

DERECHO PENAL

LA PENA INTERMINABLE: UNA REFLEXIÓN CRÍTICA SOBRE LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE A PROPÓSITO DE LA STC 169/2021, DE 6 DE OCTUBRE

Helene Colomo Iraola^{1,2}

Investigadora predoctoral FPU en Derecho Penal
Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU)

Title: *The never-ending sanction: A critical thought about the reviewable life imprisonment, starting from the Constitutional Court judgment 169/2021, of 6 October*

Resumen: Han pasado siete años desde que la pena de prisión permanente revisable pasara a ser parte del acervo de penas que conforman nuestro sistema penal y, sin embargo, hoy sigue dando de qué hablar. Esta pena constituye la consecuencia jurídica más grave de todas las que se prevén en el Código penal, por lo que su reciente constitucionalidad no es una cuestión menor, no ya por la pena *per se*, sino por la política criminal que subyace a la misma: el Derecho penal del enemigo.

Palabras clave: prisión permanente revisable; constitucionalidad; política criminal; Derecho penal del enemigo; peligrosidad.

Abstract: *Seven years have passed since the reviewable life imprisonment became part of the sanctions envisaged in our penal system, and yet it still continues to be debated. This penalty constitutes the most serious legal consequence of all those provided for in the Criminal Code; therefore, the recent judgment confirming its constitutionality is not a minor issue, not*

¹ Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación «La tutela penal de personas vulnerables: análisis de realidades criminológicas y propuestas sustantivas de “lege data” y de “lege ferenda”» del Ministerio de Ciencia e innovación (REF. PID2020-116407RB-I00).

² GICCAS/Grupo de Investigación en Ciencias Criminales (Ref: IT1486-22).

because of the penalty itself, but because of the criminal policy that underlies it: the criminal law for the enemy.

Keywords: *reviewable life imprisonment; constitutionality; criminal policy; criminal law for the enemy; dangerousness.*

Sumario: 1. La prisión permanente revisable a la luz de la STC 169/2021, de 6 de octubre de 2021: comentario de sentencia. - 1.1. Contextualización y relevancia del tema. - 1.2. Antecedentes. - 1.3. Fundamentación jurídica. - 1.3.1. La prohibición de las penas inhumanas o degradantes. - 1.3.1.1. Argumentación de la parte recurrente. - 1.3.1.2. Argumentación del Pleno del Tribunal. - 1.3.1.3. Crítica. - 1.3.2. El principio de proporcionalidad. - 1.3.2.1. Argumentación de la parte recurrente. - 1.3.2.2. Argumentación del Pleno del Tribunal. - 1.3.2.3. Crítica. - 1.3.3. El principio de resocialización. - 1.3.3.1. Argumentación de la parte recurrente. - 1.3.3.2. Argumentación del Pleno del Tribunal. - 1.3.3.3. Crítica. - 2. La última expresión del Derecho penal del Enemigo: la prisión permanente revisable. - 3. Excuso: breves consideraciones sobre la Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de ampliación del ámbito de aplicación de la pena de prisión permanente revisable. - 4. Conclusiones. - 5. Bibliografía.

1. La prisión permanente revisable a la luz de la STC 169/2021, de 6 de octubre de 2021: comentario de sentencia

1.1. Contextualización y relevancia del tema

Toda persona es conocedora de la consecuencia jurídica que, por lo general y siempre que estemos hablando de personas imputables o semi-imputables, a lo sumo, lleva aparejada la comisión de un delito: la pena. Son las penas las que dan sentido y razón al Derecho penal; tanto, que a ellas debe su nombre. Las penas siempre han ocupado un lugar privilegiado en diversas normativas penales de todo el mundo. Precisamente por ello, a día de hoy es inconcebible a ojos de la sociedad prescindir de ellas como instrumento clave para mantener el orden y la paz social, ni qué hablar de la pena de prisión. En palabras de Garland, la prisión se ha convertido en «un pilar macizo y aparentemente indispensable del orden social contemporáneo»³.

No es hasta el siglo xix cuándo la privación de la libertad, entendida como una restricción de la libertad ambulatoria, se configura como pena autónoma. Hasta entonces, la libertad era un privilegio al alcance de muy pocas personas, por lo que el hecho de privar a alguien, sin más, de este derecho, tenía efectos muy limitados en lo que al fin preventivo general de la pena se refiere. En efecto, el objetivo principal

³ D. Garland, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona, Gedisa, 2005, p. 51.

de los sistemas punitivos anteriores a la época de la Ilustración era la intimidación, por tanto, la pena de prisión como castigo quedaba descartada precisamente por las razones señaladas. Ya en el siglo xviii, y el pensamiento liberal en auge, la dignidad humana se concibe como un valor fundamental, y la libertad como un derecho inherente a todo ser humano. Por ende, la prisión, en términos de aislamiento de la persona penada, se convierte en el castigo por anonomasia de los sistemas punitivos del siglo xix⁴; hasta hoy. Ya entonces las penas estaban orientadas a la reinserción del interno o de la interna para que, una vez cumplida su condena, pudiese llevar una vida responsable y apartada de la delincuencia⁵. Y es que, en contra de la opinión extendida en la sociedad, «una persona es enviada a prisión como castigo, no para ser castigada»⁶. Sea como fuere, el fin de la reeducación y la reinserción social vuelve a estar en jaque.

1.2. Antecedentes

A pesar de las serias dudas de constitucionalidad que presenta, el Tribunal Constitucional (en adelante, TC), ha avalado la pena de prisión permanente revisable, que se configura como grave y distinta a la de la prisión.

El recurso de inconstitucionalidad promovido por más de cincuenta diputados y diputadas de diversos partidos políticos —a excepción del Partido Popular (PP)— tiene como objeto declarar contrarios a la Constitución Española (en adelante, CE) varios apartados del artículo único de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, que ha dado nueva redacción a una vasta relación de preceptos que conforman el Código penal.

Como indica el propio Tribunal, el recurso se fundamenta en la inhumanidad, la desproporción y la vulneración del fin resocializador de la pena de prisión permanente revisable. El Alto Tribunal, en la sentencia

⁴ A. Gil Gil, et al., *Consecuencias jurídicas del delito: regulación y datos de la respuesta a la infracción penal en España*, Madrid, UNED, 2018, pp. 75-77.

⁵ Recomendación Rec(2006)2 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre las Reglas Penitenciarias europeas. En concreto, la Regla n. 102.1 establece lo siguiente: «Además de las reglas que se aplican a todos los detenidos, el régimen de detenidos condenados estará diseñado para ayudarles a llevar una vida responsable y apartada de la delincuencia».

⁶ L. Lazarus, «Conceptions of liberty Deprivation», *Modern Law Review*, n.º 69, 2006, 738-769, a p. 742. Lo mismo se refleja en la Regla penitenciaria n.º 102.2 de la Recomendación previamente referenciada: «El encarcelamiento es, por la privación de la libertad que supone, un castigo en sí mismo. Por ello, el régimen de los detenidos condenados no agravará el sufrimiento padecido por el encarcelamiento mismo».

objeto de análisis, ha dado respuesta a cada una de las cuestiones planteadas por los y las diputadas recurrentes. En las líneas que prosiguen pasamos a exponer, por tanto, los siguientes extremos: la prohibición de las penas inhumanas o degradantes, el principio de proporcionalidad, y el principio de resocialización de las penas.

1.3. Fundamentación jurídica

1.3.1. La prohibición de las penas inhumanas o degradantes

1.3.1.1. Argumentación de la parte recurrente

La parte recurrente considera que la pena de prisión permanente revisable vulnera la prohibición de penas inhumanas o degradantes, reconocida en el artículo 15 de la CE —en relación con el artículo 10.1 de la CE (dignidad humana), con arreglo a una doble fundamentación: «(i) por su duración temporal, ante la posibilidad de que acabe abarcando toda la vida que le queda al penado; y (ii) por la especial intensidad de los sufrimientos psíquicos y morales que su cumplimiento es susceptible de infilir en el penado, derivados de su duración temporal y la inseguridad jurídica del procedimiento de revisión, incapaz de ofrecer una esperanza efectiva de alcanzar la libertad» (FJ 4).

1.3.1.2. Argumentación del Pleno del Tribunal

A. Sobre la posibilidad de que la pena devenga perpetua

El Pleno del TC, en respuesta no solo a la parte recurrente sino también a aquél sector de la doctrina constitucional y penal que considera que «la mera posibilidad de que algunos penados no lleguen a alcanzar, por cualquier motivo, la revisión de la pena mediante su suspensión condicional es argumento suficiente para justificar su expulsión del Ordenamiento jurídico español», empieza por traer a colación algunas sentencias en las que se aborda la cuestión de las penas perpetuas en procedimientos relativos a la extradición pasiva. Tal y como nos recuerda el Alto Tribunal, ya en la STC 65/1986, de 22 de mayo, se dictaminó que «la calificación como inhumana o degradante de una pena no viene determinada exclusivamente por su duración, sino que exige un contenido material, pues depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que esta reviste, de forma que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas) o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena» (FJ 4).

Sin embargo, el propio Tribunal reconoce que «la cuestión suscitada en el presente recurso de inconstitucionalidad no puede ser dirimida a partir de esta doctrina, elaborada en el ámbito de procedimientos de auxilio judicial internacional, en los que no se aplica ni se juzga la humanidad de la pena, sino la fiabilidad y suficiencia de las garantías ofrecidas por las autoridades de un Estado extranjero de que la persona reclamada, caso de ser entregada, no recibirá un trato incompatible con la dignidad humana» (FJ 4).

Pues bien, el TC, a falta de «precedentes históricos homologables», alude a las «exigencias impuestas y asumidas en los países de nuestro entorno jurídico y cultural» como marco de referencia al que atenerse en orden de determinar la compatibilidad de las penas de duración indeterminada con la prohibición absoluta de las penas inhumanas o degradantes (FJ 4). En este sentido, el Tribunal trae a colación la STEDH (Gran Sala), de 12 de febrero de 2008, asunto *Kafkaris contra Chipre*, donde por primera vez se establece que «cuando la legislación nacional ofrezca la posibilidad de revisar una cadena perpetua con vistas a su commutación, remisión, terminación o la liberación condicional del preso, esto será suficiente para satisfacer el artículo 3 del Convenio (...) de ello se deduce que una cadena perpetua no se convierte en «irreductible» por el mero hecho de que en la práctica pueda cumplirse en su totalidad. A efectos del artículo 3, basta con que una cadena perpetua sea reducible *de iure* y *de facto*» (§ 98).

A mayor abundamiento, en la STEDH (Gran Sala) de 9 de julio de 2013, asunto *Vinter y otros contra Reino Unido*, se afirma que «no puede plantearse ningún problema en virtud del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos si, por ejemplo, un preso condenado a cadena perpetua tiene derecho, con arreglo a la legislación nacional, a que se considere su puesta en libertad, pero se le deniega por seguir representando un peligro para la sociedad (...) los Estados tienen la obligación, en virtud del Convenio, de adoptar medidas para la protección de la sociedad contra los delitos violentos y el Convenio no prohíbe a los Estados someter a una persona condenada por un delito grave a una sentencia indeterminada que permita la continuación de la detención del delincuente cuando sea necesario para la protección de la ciudadanía (...) evitar que un delincuente vuelva a delinquir es una de las «funciones esenciales» de una pena de prisión, más si cabe, en el caso de los condenados por asesinato u otros delitos graves contra la persona». En definitiva, «el mero hecho de que tales presos puedan haber cumplido ya un largo período de encarcelamiento no debilita la obligación positiva del Estado de proteger a la sociedad» (§ 108).

El TC, en un intento de adaptar la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) a la realidad jurídica de nuestro país, en la sentencia objeto de comentario ha establecido las bases para saber cuándo una pena es acorde al principio de la prohibición de las pe-

nas inhumanas o degradantes. Así, el «test de humanidad», en términos del Tribunal, exige la comprobación de los siguientes extremos: (a) La pena debe ser objetivamente revisable; (b) El reo debe tener una esperanza o expectativa realista de alcanzar la libertad; (c) El procedimiento para recuperar la libertad debe ser predeterminado, claro y cognoscible; (d) Dicho procedimiento tiene que tomar en consideración la evolución individual del reo; (e) El reo debe recibir, de manera voluntaria, un tratamiento adecuado a sus necesidades y circunstancias (FJ 4).

Bajo el punto de vista del Tribunal, en el caso de la pena de prisión permanente revisable, se cumplen todas y cada una de las premisas arriba expuestas para considerar la misma una pena humana y, por ende, también no degradante. Las cuatro primeras, se encuadran en lo que el TEDH denomina la «reductibilidad *de iure*», ya que atienden «a la configuración jurídica de la pena y, en particular, a los presupuestos y del procedimiento para alcanzar la libertad». La quinta premisa, atinente a la «reductibilidad *de facto*», se refiere «a una actividad prestacional u obligación positiva del Estado, concebida como obligación de medios, no de resultado, de proporcionar al interno un tratamiento adecuado a sus necesidades y circunstancias que posibilite su evolución personal y haga factible su esperanza de liberación» (FJ 4).

En opinión de la mayoría del Tribunal, la «reductibilidad *de iure*» queda lo suficientemente garantizada «al imponerse al tribunal un examen actualizado y periódico de la evolución personal del interno y de sus condiciones de reingreso en la sociedad mediante un procedimiento oral contradictorio en el que intervendrán el Ministerio Fiscal y el penado, asistido por su abogado» (FJ 4).

Más problemas plantea, sin embargo, la «reductibilidad *de facto*», «pues la realización efectiva de este presupuesto dependerá de la diligente aplicación de los institutos resocializadores previstos en nuestro Ordenamiento penitenciario (...) lo que en un plan material suscita el problema de la suficiencia de los medios aportados por la administración para el éxito del tratamiento penitenciario». No obstante, señala el TC que esto último no puede ser en ningún caso determinante a la hora de declarar la inconstitucionalidad de una pena, ya que, al tratarse de una cuestión relacionada con la aplicación de la ley, esta carece de fuerza para integrar el juicio abstracto de constitucionalidad (FJ 4).

B. Sobre la afflictividad de la pena

El análisis que el Tribunal realiza sobre la afflictividad que conlleva, según la parte recurrente, la pena de prisión permanente revisable, responde a las siguientes dos alegaciones: «(i) el tiempo desmesurado de privación de libertad redundará en un deterioro psíquico y cognitivo del reo probablemente irreversible, y (ii) el procedimiento de revisión gene-

rará una enorme incertidumbre en el penado sobre sus posibilidades de alcanzar algún día la libertad» (FJ 4).

En lo que respecta a los efectos desocializadores de la pena, el Tribunal comienza por reconocer —y se muestra así de acuerdo con la doctrina penal más crítica— «que una privación de libertad de duración superior a quince o veinte años puede representar una forma de tratamiento inhumano o degradante si se atiende a su negativo impacto en el bienestar psíquico y en el equilibrio mental del interno, manifestado en forma de institucionalización, pasividad, pérdida de autoestima y depresión» (FJ 4). No obstante, y a pesar de haber reconocido la prisionalización que sufren las personas condenadas a la pena de prisión permanente revisable —incluso las condenadas a penas de prisión de larga duración— concluye que los efectos desocializadores que puede producir una pena de tales características no son, *per se*, suficientes, para declarar la constitucionalidad de la pena; y ello porque «la calificación como inhumana o degradante de una pena no puede derivarse exclusivamente de su duración, sino que exige un contenido material que asociamos a su forma de ejecución y a sus modalidades» (FJ 4).

En palabras del Tribunal, lo anterior exige atender a la regulación del Reglamento Penitenciario, donde se establecen «los medios de compensación de los efectos nocivos de la prisión prolongada» que se encmarcan en el «contexto de un sistema de ejecución progresivo basado en la individualización y planificación de la ejecución en función de las necesidades del interno para incrementar o mejorar sus posibilidades de re establecerse en el seno de la sociedad y llevar una vida respetuosa de la ley tras su puesta en libertad» (FJ 4).

Con todo, entiende el Tribunal que «la progresividad del sistema penitenciario y la adaptación del tratamiento a la personalidad del interno constituyen en definitiva paliativos de eficacia reconocida para prever el riesgo de que se produzca una disociación manifiesta entre el contenido afflictivo inherente a toda pena privativa de libertad y la intensidad de los sufrimientos infligidos con motivo de su ejecución, disociación que marcaría el punto en el que entraría en crisis el modelo penal desde la perspectiva del principio de humanidad» (FJ 4).

Amén de lo expuesto, el Tribunal expone que «solo en el caso de que el modo y las circunstancias de ejecución de la pena fueran susceptibles de generar un afecto multiplicador de su afflictividad sería posible emitir un juicio *ex ante* de que la ley ha rebasado el límite de lo constitucionalmente admisible», donde será decisivo el papel del sistema de individualización científica recogida en el artículo 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (FJ 4).

En cuanto a la incertidumbre o inseguridad jurídica que podría causar el procedimiento fijado para la revisión de la condena, si bien el Tribunal entiende que la misma puede tener relevancia a efectos de deter-

minar la compatibilidad o no de la pena de prisión permanente revisable con el principio de prohibición de las penas inhumanas o degradantes —«en la medida en que parece traslucir la idea de que al supeditar la ley la revisión de la pena a un criterio impredecible o sometido a condiciones ajena a la voluntad del penado, está imponiendo un sacrificio desproporcionado de su autonomía personal incompatible con su dignidad (art. 10.1 CE) al cerrarle toda posibilidad de influir en las decisiones de los poderes públicos que intervienen en la ejecución de la pena»—, considera que dicha circunstancia debe abordarse al analizar la cuestión de la proporcionalidad de la pena de prisión permanente revisable, precisamente por la naturaleza indeterminada que presenta (FJ 4).

1.3.1.3. Crítica

A. Sobre la posibilidad de que la pena devenga perpetua

Como ya se ha tenido ocasión de comprobar, el TC, con el fin de justificar la adecuación de la pena de prisión permanente revisable con los mandatos constitucionales de los artículos 15 y 10.1 de la CE, enumera una serie de requisitos que vienen a conformar, en sus propias palabras, el «test de humanidad». Dicho «test» es una adaptación de la doctrina del TEDH, el ya conocido como «derecho a la esperanza»⁷, que se refiere al derecho de cualquier persona condenada a prisión permanente «a conocer, desde el primer momento en el que la pena se impone, lo que tiene que hacer y bajo qué condiciones para poder obtener la libertad, incluyéndose el momento en el que la revisión de su condena tendrá lugar o puede esperarse que se produzca» (*asunto Vinter y otros contra Reino Unido*, §122). De ello dependerá que la prisión permanente revisable cumpla con las exigencias establecidas por el TEDH, esto es, que la pena sea reducible *de iure* y *de facto*.

Lo anterior exige comprobar pues, en la terminología del TC, si, en primer lugar, la pena de prisión permanente revisable es reducible *de iure* (formalmente). Dicho de otra forma, examinar, como ya se ha dicho, si la pena (a) es objetivamente revisable; (b) produce en el reo una esperanza o expectativa realista de alcanzar la libertad; (c) el procedimiento para alcanzar la libertad es predeterminado y claro; (d) tiene en consideración la evolución individual de la persona condenada. En segundo lugar, habrá que analizar si la pena es reducible *de facto* (materialmente). Ello

⁷ En este sentido, J.M. Landa Gorostiza, «Prisión perpetua y de muy larga duración tras la LO 1/2015: ¿derecho a la esperanza?: Con especial consideración del terrorismo y del TEDH», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n. 17, 2015, 1-42. N. García Rivas, «Razones para la inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable», *Revista General de Derecho Penal*, n. 28, 2017, 1-24, a pp. 6 y ss.

exige que el Estado ponga a la disposición del reo los medios necesarios para su reinserción⁸.

En lo que hace a la revisión de la condena, el TC se aferra a la jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH), en la que, en efecto, reiteradas veces se ha establecido que basta con que una pena perpetua prevea un mecanismo de revisión para que la misma se ajuste a las exigencias derivadas de dicho artículo, es decir, que la pena no sea ni inhumana, ni degradante.

Ahora bien, como acertadamente señalan los magistrados y la magistrada disidente firmantes del voto particular encabezado por el magistrado Xiol Ríos, «los textos regionales y universales de derechos humanos representan un mínimo común imprescindible». Ello quiere decir que «nunca podría concederse constitucionalmente menos que lo reconocido en el ámbito regional o universal de los derechos humanos». Sin embargo, lo anterior «no convierte a tales textos en canon de constitucionalidad desde la perspectiva de los derechos fundamentales», por lo que «no satisface la lógica (...) de que el contenido constitucionalmente declarado de los derechos fundamentales y libertades a nivel nacional quede limitado o se agote al proclamado por los intérpretes de esos textos internacionales». Así lo exige el principio de no limitación (voto conjunto, punto 3).

Este principio que, si bien por sí solo no alberga fuerza suficiente para declarar la inconstitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable, resulta de gran relevancia, ya que tiene como fin evitar que se deduzca, sin más, la constitucionalidad de una pena por su conformidad con el Convenio. El TEDH, como es sabido, puede establecer el contenido mínimo de un derecho fundamental, que por supuesto, no puede desconocerse por el TC. No obstante, no quiere esto decir que la Constitución de cada país no pueda otorgar un plus de protección determinado derecho, como pasa con el mandato constitucional de la reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE). El CEDH no hace mención expresa a que las penas y las medidas de seguridad deban estar orientadas a la

⁸ Decir que no va a ser analizada porque tal y como afirma el Tribunal, «plantea un problema de naturaleza diferente, pues la realización efectiva de este presupuesto dependerá de la diligente aplicación de los institutos resocializadores (...) lo que en un plano material suscita el problema de la suficiencia de los medios aportados por la administración para el éxito del tratamiento penitenciario». No obstante, el Tribunal considera que «la inconstitucionalidad de la norma no puede basarse en la disponibilidad de medios (...) por lo que no es susceptible de integrar el juicio abstracto de constitucionalidad» (FJ 4). Ahora bien, tal y como señala en nuestra opinión acertadamente J.A. Lascuraín, «La insoportable levedad de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la prisión permanente revisable», *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 36, 2022, 1-45, a p. 17, «el derecho al tratamiento de los penados a pena de prisión permanente forma parte de su derecho a no sufrir penas inhumanas, lo que no es solo un derecho legal, sino que es un derecho constitucional y fundamental».

reeducación y la reinserción de la persona condenada, lo que no ha sido óbice para que dicho mandato se recoja, con carácter fundamental, en la CE. En este sentido, el voto particular adicional que formula uno de los magistrados de la minoría recuerda que respetar el CEDH no siempre es respetar la Constitución. En efecto, la jurisprudencia del TEDH se limita a establecer un mínimo común a los Estados firmantes, que después la Constitución de cada Estado puede incrementar. Esto impide que se haga una traslación mimética de los pronunciamientos del TEDH que ignore las diferencias existentes entre lo establecido en el CEDH y la Constitución de cada país (voto adicional, punto 3).

Pero es que, además, al Alto Tribunal se le olvida, y así, lo exponen los magistrados y la magistrada disidente del fallo, que los pronunciamientos del TEDH en lo atinente a las penas perpetuas redimibles en los que no se aprecia una vulneración del artículo 3 del Convenio, han sido dictadas en sustitución de la pena de muerte, lo que constituía un avance humanizador en el sistema interno de penas de dichos países. Puede afirmarse, por tanto, que el argumento esgrimido en el fallo por la Sala no es del todo exacto, ya que no se hace alusión alguna al contexto en las que las sentencias aludidas fueron dictadas. Actualmente y desde 1928, en España no se prevé la prisión perpetua, menos aún, la pena de muerte, por lo que la pena de prisión permanente revisable no se estaría aplicando en sustitución de una consecuencia jurídica más gravosa (voto conjunto, punto 6).

Al respecto cabe traer a colación lo que los magistrados y la magistrada de la minoría han dado en llamar el principio de no regresión, el cual prohíbe que «se perjudiquen contenidos de los derechos y libertades fundamentales ya consolidados o que pudieran consolidarse conforme al nivel de reconocimiento estatal» (voto conjunto, punto 3). Es más, la trascendencia de este principio viene dada por su eficacia autónoma en la fundamentación de la inconstitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable, ya que, en términos generales, «proscribe el retorno peyorativo en el nivel de consolidación de una situación generada a partir de la compresión del contenido de un derecho fundamental o de mandatos, valores y principios constitucionales sin razones extraordinarias que lo justifiquen» (voto conjunto, punto 5). La inclusión en el Ordenamiento jurídico español de la pena de prisión permanente revisable, lejos de ser un «avance humanizador», supone un retroceso en la historia de las penas de nuestro país. Un cambio este que «sin duda cabe calificar de histórico»⁹.

La humanización de las penas se caracteriza, entre otras cuestiones, «por su respeto a la dignidad humana conforme al devenir desde socie-

⁹ M. Cancio Meliá, «La pena de cadena perpetua («prisión permanente revisable») en el Proyecto de reforma del Código Penal», *Diario La Ley*, n.º 8175, 2013, 1-9, a p. 4.

dades más autoritarias a otras más democráticas y respetuosas de los valores humanos en el curso histórico de eliminación de la残酷 como regla de convivencia»; es precisamente este proceso humanizador el que ha hecho desaparecer del mapa legislativo la pena de muerte o las penas indefectiblemente perpetuas de por vida (voto conjunto, punto 5). En definitiva, la dignidad humana exige, junto con el principio de prohibición de penas inhumanas o degradantes, que el sistema penal progrese hacia penas más humanas donde las penas privativas de libertad estén limitadas en el tiempo, descartando así, las «indefectiblemente perpetuas»¹⁰.

Los dos principios mencionados —el de no limitación y no retroacción— se ven reflejados en el artículo 53 del CEDH, donde se recoge que «ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que esta sea parte». El equivalente nacional a dicho precepto es el artículo 10.2 de la CE, en virtud del cual «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Quiere esto decir que las disposiciones previstas en la CE no pueden estar por debajo del estándar internacional, lo que no resta que puedan estar por encima¹¹.

En definitiva, «los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la compatibilidad de la cadena perpetua con el Convenio Europeo de Derechos Humanos son insuficientes para evaluar la conformidad de tal pena con la Constitución Española, pues ésta pude garantizar un estándar de protección superior»¹².

A mayor abundamiento, el mero hecho de que la pena pueda ser revisada no convierte en constitucional a la prisión permanente¹³. Tal y como apunta en este sentido Lascuraín, «¿sería acaso constitucional si

¹⁰ A. Cuerda Riezu, *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España*, Barcelona, Atelier, 2011, p. 42.

¹¹ P. Santolaya Machetti, «La apertura de las Constituciones a su interpretación conforme a los tratados internacionales», en E. Ferrer Mac Gregor, A. Herrera García, (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, 447-456, a p. 450.

¹² L. Arroyo Zapatero et al., «Dictamen sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable», en L. Arroyo Zapatero et al. (eds.), C. Rodríguez Yagüe (coord.), *Contra la cadena perpetua*, Cuenca, Universidad de la Castilla- La Mancha, 2016, 17-79, a p. 26.

¹³ J.L. De la Cuesta Arzamendi, «Principio de humanidad y prisión perpetua», en L. Arroyo Zapatero et al. (eds.), C. Rodríguez Yagüe (coord.), *Contra la cadena perpetua*, Cuenca, Universidad de la Castilla- La Mancha, 2016, 125-133, a 131.

se previera en el Código Penal la pena de muerte con ejecución aplazada y sometida a la condición de no reinsertabilidad social del reo?¹⁴

En idéntico sentido se pronuncia el magistrado que encabeza en solitario el voto particular adicional al subrayar que «el enjuiciamiento constitucional de la restricción de la libertad que impone la norma recurrida no puede ser resuelto, como de alguna forma se propone, por referencia al mejor de los supuestos de aplicación posibles, es decir, a aquel en el que la suspensión de la ejecución se produce transcurridos 25 años de cumplimiento (...) tratándose de penas de larga duración no pueden ser obviadas las peores hipótesis que establece y admite la norma, esto es, que la duración de la privación de libertad sea de más larga duración, o indefinida» (voto adicional, punto 4).

En suma, como ha sido señalado a nuestro entender acertadamente, «el hecho de que la prisión permanente sea revisable no la convierte o transforma en otra sanción o pena diferente, sino que sigue siendo una pena de prisión a perpetuidad (...) la propia norma ampara que el penado pueda seguir encarcelado sine fine, hasta su muerte. Una ley que permita dicha circunstancia, aunque sólo afecte a un condenado, contradice de forma flagrante el art. 15 CÉ»¹⁵.

Con todo, la revisión de la condena resulta, a nuestro entender, insuficiente, ya que no garantiza la puesta en libertad del reo. Cuando la prisión es revisable, existe la posibilidad de que la revisión de la condena sea negativa y, con ello, que la pena pase a ser perpetua¹⁶. Lejos, empero, de esta conclusión, el TC parece no tener en consideración que, para algunas de las personas condenadas a prisión permanente, por muy revisable que esta sea, la pena va a ser perpetua¹⁷.

B. Sobre la afflictividad de la pena

La afflictividad de la pena, recordemos, viene dada por dos razones: las consecuencias que tiene para la persona interna una privación de libertad tan extensa en el tiempo, y la incertidumbre que genera el actual procedimiento de revisión, lo que resulta en una merma de las esperanzas reales de la persona condenada para recuperar su libertad. Todo ello está relacionado con otro de los extremos que integran el llamado «test

¹⁴ Lascuraín, «La insopportable levedad», cit., p. 4.

¹⁵ A. Daunis Rodríguez, «La prisión permanente revisable. Principales argumentos en contra de su incorporación al acervo punitivo español», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 10, 2013, 64-114, a p. 91.

¹⁶ J.A. Lascuraín, «Los males de la cadena perpetua revisable», *Diario El Mundo*, 2010. https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1042759 (consultado el 20.07.2022).

¹⁷ Arroyo Zapatero et al., ob. cit., p. 33.

de humanidad», y que se refiere precisamente a la necesidad de que la persona condenada tenga una esperanza realista sobre su liberación.

En lo que hace a la cuestión de cómo afecta en la en la persona condenada un tiempo tan excesivo en prisión, está en lo cierto el TC, y así lo reconoce, además, que es un lugar común entre la doctrina penal establecer el límite de quince años de cumplimiento efectivo como el punto de inflexión que separa lo admisible de lo degradante¹⁸. Más allá de ese plazo la anulación total de la persona, tanto física como psíquica, se torna irreversible. Esta afirmación, empero, nada tiene de novedoso, pues ya en el año 1986 Beristain advirtió de que «la privación de libertad durante más de 14 o 15 años resulta nefasta (...) la carencia de verdaderas relaciones interpersonales, durante tanto tiempo perturba y destroza la psicología del recluso»¹⁹. Precisamente por ello, como acertadamente señala el profesor de la Cuesta Arzamendi, la duración de 15 años «debería adoptarse como límite máximo de cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad»²⁰.

El TC, parece que en un intento de avalar los veinticinco años de cumplimiento efectivo que establece la norma en el caso que nos ocupa, alega que la objeción arriba mencionada «es aplicable por igual a las penas perpetuas y a las penas de prisión de duración determinada en el caso de que por sí solas, o refundidas con otras, superen ese marco temporal» (FJ 4). No parece, empero, que la prisión permanente revisable pueda equipararse a otras penas privativas de libertad de larga duración, ya que la persona condenada a la pena referida «solo puede tener un conocimiento aproximado, pero nunca cierto sobre su puesta en libertad, y muchas dudas sobre las posibilidades reales de su excarcelación». Y no solo eso. A ello hay que sumarle el «estrés que genera el sentirse constantemente evaluado»²¹.

Lo cierto es, pues, que existe una diferencia fundamental entre las penas muy largas de prisión y la prisión permanente revisable, ya que las personas condenadas a esta última carecen de cualquier «horizonte de condena», lo que resulta en «un sufrimiento específico derivado de la posibilidad, no remota, de que su condena sea en realidad una conde-

¹⁸ Vid. Por todos, S. Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, ed. 10, Barcelona, Reppertor, 2016, p. 720. Para un análisis más exhaustivo de los efectos del tiempo en prisión véase, F.J. De León Villalba, «Penas de prisión de larga duración: eficacia versus legitimidad, determinación versus ejecución», en F.J. De León Villalba (dir.), B. López Lorca, (coord.), *Penas de prisión de larga duración*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, 35-117, a pp. 94 y ss.

¹⁹ A. Beristain, *Derecho penal y criminología*, Bogotá, Temis, 1986, p. 198.

²⁰ J.L. De la Cuesta Arzamendi, «El principio de humanidad en Derecho Penal», *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n. 23, 2009, 209-225, a p. 219.

²¹ Arroyo Zapatero et al., ob. cit., p. 39.

na a morir en la cárcel»²². Como acertadamente señala Cuerda Riezu, «la perspectiva que tiene un recluso que cuenta con la seguridad de que nunca va a salir con vida de los muros de la cárcel, es completamente diferente a la del sentenciado a una pena de prisión de cinco o incluso de diez años, que sabe que más pronto o más tarde se reintegrará a la sociedad: en el primer caso la vivencia será semejante a la de un túnel que carece de fin; en el segundo, la sensación será la de un túnel, con una considerable longitud, pero en el que se ve, o cuando menos se intuye, el fin. El condenado a cadena perpetua carece de un horizonte de libertad, y por ello esta pena es cualitativamente diferente de las penas de prisión de corta o mediana duración»²³. Lo dicho anteriormente no se ve afectado por el carácter revisable de la condena, debido a que «el trámite de revisión puede ser equiparado, en términos de ansiedad para el recluso, al síndrome del corredor de la muerte propio de algunos de los Estados Unidos de América»²⁴.

Respecto a la incertidumbre del procedimiento de revisión que alega en este punto la parte recurrente, con el fin de ceñirnos a la exposición argumentativa seguida por el TC en la sentencia comentada, el análisis de dichos preceptos, que están relacionados con los dos requisitos restantes de la «reductibilidad de iure», serán abordados más adelante, en el punto que versa sobre la cuestión de la proporcionalidad de la pena de prisión permanente revisable.

1.3.2. El principio de proporcionalidad

1.3.2.1. Argumentación de la parte recurrente

Los diputados y diputadas recurrentes consideran que la pena de prisión permanente revisable vulnera el principio de proporcionalidad, en cuanto entienden que con la inclusión de dicha pena en nuestro Ordenamiento jurídico se ven vulnerados, por un lado, el derecho a la libertad personal garantizado en el artículo 17.1 de la CE, en cuanto su regulación legal «impide al tribunal sentenciador adecuar la reacción penal a las circunstancias del hecho y del culpable al establecerla como pena de imposición obligatoria, sin alternativa posible»; y por otro lado, el derecho a la legalidad penal consagrado en el artículo 25.1 de la CE, en la medida en que consideran que es una pena «socialmente innecesaria y jurídicamente indeterminada, pues su duración máxima se hace de-

²² D. Varona Gómez, «Quo vadis T.C.? sobre la constitucionalidad de la Prisión Permanente Revisable (PPR). STC 169/2021», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.1, 2022, 6-11, a p. 10.

²³ A. Cuerda Riezu, «Inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable y de las penas muy largas de prisión», *Otrosí*, n. 12, 2012, 29-33, a p. 31.

²⁴ *Ibidem.*, p. 33.

pender de un criterio inseguro como es, a juicio de los recurrentes, el de reinserabilidad».

1.3.2.2. Argumentación del Pleno del Tribunal

Los diversos argumentos de los que se han servido los y las recurrentes para fundamentar la inconstitucionalidad de la pena referida por vulneración del principio de proporcionalidad han sido agrupados y analizados por el Tribunal como sigue: (a) Irrelevancia criminológica de la pena; (b) Falta de proporcionalidad estricta de la pena; (c) Rigididad de la pena; (d) Indeterminación de la pena (FJ 5).

a. Impugnación criminológica de la pena

Respecto al primer factor, es decir, la irrelevancia criminológica de la pena, el TC se aferra a la misma justificación empleada por el legislador o legisladora española en el Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que entra en vigor la pena de prisión permanente revisable. En concreto, en el apartado II de dicho Preámbulo se afirma que la referida pena «podrá ser impuesta únicamente en supuestos de excepcional gravedad —asesinatos especialmente graves, homicidio del Jefe del Estado o de su heredero, de Jefes de Estado extranjeros y en los supuestos más graves de genocidio o de crímenes de lesa humanidad— en los que está justificada una respuesta extraordinaria mediante la imposición de una pena de prisión de duración indeterminada, si bien sujeta a un régimen de revisión» (FJ 6).

Asimismo, el Pleno del Tribunal cita la STC 55/1996, de 28 de marzo, donde se establece que «en el ejercicio de su competencia de selección de los bienes jurídicos que dimanan de un determinado modelo de convivencia social y de los comportamientos atentatorios contra ellos, así como de determinación de las sanciones penales necesarias para la preservación del referido modelo, el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática», de ahí que «la relación de proporción que deba guardad un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad del legislador que, aunque no puede prescindir de ciertos límites constitucionales, estos no le imponen una solución precisa y unívoca» (FJ 6).

En definitiva, el Tribunal se muestra acorde con la justificación ofrecida en el Preámbulo de la LO 1/2015, donde se apela no ya solo a la extraordinaria gravedad de los delitos en los que será de aplicación, sino también «a exigencias retributivas especiales y a una suerte de homologación con países democráticos de nuestro entorno», que si bien «han

suscitado opiniones discrepantes en amplios sectores de la doctrina española e incluso en la propia jurisprudencia, no resultan axiológicamente incompatibles con la Constitución» (FJ 6).

b. Infracción del principio de proporcionalidad

En cuanto al segundo factor, esto es, la infracción de la proporcionalidad estricta, el TC empieza por recordar lo ya establecido en la STC 207/1996, de 16 de diciembre sobre el canon o juicio de proporcionalidad que toda medida ha de superar, en la que habrá que comprobar: «si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)» (FJ 4).

Ahora bien, afirma el Tribunal que «el análisis de la validez de la nueva modalidad de pena de prisión debe partir necesariamente de una correcta comprensión de los fines perseguidos por el legislador (...). Una vez identificados dichos fines, «procede examinar si la medida es en sí misma idónea para alcanzarlos y seguidamente si se trata de una medida necesaria. Finalmente se examina la proporcionalidad estricta de la medida» (FJ 7).

(i) Fines de la pena de prisión permanente revisable

En cuanto a la primera de las cuestiones, considera el Tribunal que uno de los fines de la prisión permanente revisable se identifica «con el reforzamiento de la función protectora de los bienes jurídicos tutelados por los tipos penales a los que se asigna esta pena —la vida humana independiente y la libertad sexual— frente a ataques de extraordinaria gravedad por las circunstancias del sujeto que los sufre y el modo en que se producen». A su vez, de los artículos 36.1 y 92.1.c) se infiere que otro de los fines es «evitar la reincorporación a la sociedad de penados que no se haya rehabilitado y que presenten un pronóstico sombrío de comportamiento futuro». En cualquier caso, ambos responden, en palabras del Tribunal, a la «insuficiencia del sistema de penas precedente» y, por ende, a la necesidad de sustituirlo por otro «en el que la peligrosidad criminal del penado pasa de ser una variable determinante de la forma de ejecución de la pena, a ser un elemento relevante en la concreción de su propia duración» (FJ 7).

Con todo, y al entender el TC que los fines arriba expuestos —la función protectora de bienes jurídicos relevantes y la protección de la socie-

dad— no presentan dudas de legitimidad y, por ende, son acordes a la Constitución, considera acertado centrar el debate en «la adecuación de los medios dispuestos en la norma para su realización» (FJ 7).

(ii) Necesidad de la pena

En cuanto a la necesidad de la pena, el Tribunal considera que «la idoneidad de la agravación de la prisión para producir un efecto reforzado de disuasión no parece discutible» de tal modo que «el examen de la medida ha de centrarse en su necesidad», siendo preciso, a tal fin, «valorar el conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos para determinar si resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador» (FJ 7).

En este sentido, el Tribunal trae a colación los delitos para los que actualmente se prevé la pena de prisión permanente revisable, y recuerda, que previa a la introducción de la referida pena, dichos delitos estaban castigados con penas de prisión que podían llegar hasta los 20, 25 y 30 años. Tal es el caso de ciertas tipologías de asesinato y homicidio, genocidio y lesa humanidad, por citar algunos. Pues bien, en opinión del TC, «se puede discutir si estos límites proporcionaban ya en su momento una respuesta suficiente para afianzar el Ordenamiento jurídico y el sentimiento colectivo de justicia (...) pero no que la pena de prisión permanente revisable no haya contribuido a reforzar la finalidad disuasoria del sistema de justicia penal». Es precisamente la constatación de tal incremento el que permite descartar «la existencia de medidas alternativas menos gravosas pero de una funcionalidad manifiestamente similar a la que se critique por desproporcionada», donde además se agota, entiende el Tribunal, «el juicio de necesidad que a él le corresponde» ya que de lo contrario, «se vería abocado a realizar consideraciones políticas, económicas y de oportunidad que le son institucionalmente ajenas y para las que no está orgánicamente concebido» (FJ 7).

(iii) Proporcionalidad estricta

Respecto a la proporcionalidad estricta, el Tribunal señala que el juicio estricto de proporcionalidad «compara la gravedad del delito que se trata de impedir y la gravedad de la pena que se impone» y que, para su verificación, en un lado ha de situarse «la gravedad de las conductas sancionadas» y, en el otro, «los costes fácticos que la medida comporta para los valores constitucionales» (FJ 7).

Para realizar dicha ponderación, el Tribunal realiza una comparativa con otras normas penales del derecho interno y las diferentes soluciones

adoptadas en el derecho comparado. Respecto al derecho interno el TC señala que «la concreción normativa básica de la pena de prisión permanente revisable franque el acceso del penado al tercer grado de clasificación penitenciaria a los 15 años de condena y a la suspensión condicional a los 25 años», plazos que no sobrepasan «el marco de la pena de prisión de duración determinadas en su expresión máxima (30 años: art. 70.3.1 CP)». Lo mismo sucede con «las restricciones temporales agravadas para el acceso al tercer grado de clasificación penitenciaria, de 20 años en caso de delitos terroristas y de 18, 20, 22, 24 y 32 años para diversos supuestos de pluralidad de condenas y para el acceso a la libertad condicional, de 28, 30 y 35 años para supuestos de pluralidad de condenas», que si bien nadie discute su severidad, «no llegan a desbordar el nivel de retribución fijado en casos de acumulación jurídica de penas en el art. 76 CP, que contempla límites de cumplimiento de 25, 30 y 40 años de duración» (FJ 7).

En lo que hace al derecho comparado, el Tribunal enumera una serie de países que conforman el Consejo de Europa con el fin de «descartar la idea de que estemos en presencia de una reacción punitiva arbitraria y extravagante». Así, «el periodo más corto es el de 12 años previsto en Dinamarca y Finlandia, 15 años en Austria, Bélgica, Alemania y Suiza, y el más extenso es el de 40 años, previsto en Turquía para determinados delitos» (FJ 7).

Con todo, considera el Tribunal que la respuesta penal que ofrece la pena de prisión permanente revisable, atendiendo la culpabilidad del autor, el fin de protección de las normas penales y la relevancia de los bienes jurídicos afectados, no supone «un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma», por lo que «el riesgo de desproporción no reside en el cumplimiento penitenciario de los periodos de seguridad predeterminados por la ley (...) sino en la posibilidad de que, vencidos estos plazos, la prisión se prolongue más allá de la subsistencia de todo motivo legítimo de política criminal» (FJ 7). En efecto, el propio tribunal reconoce que «aquellos que en el momento inicial podía constituir la justificación principal para justificar la pena de prisión puede que no lo sea después del cumplimiento de un periodo largo de condena», por lo que resulta con todo necesario establecer, una vez hayan transcurrido los plazos mínimos de seguridad, un sistema de verificación judicial de naturaleza periódica que revise la existencia o no de esos factores criminológicos que motivaron la imposición de la condena para en última instancia determinar, si procede o no, la prolongación de la pena de prisión permanente revisable (FJ 7).

c. Rrigidez de la pena

El tercer factor atañe a la rigidez de la pena, ya que los y las diputadas recurrentes entienden que, al ser la prisión permanente revisable de imposición obligatoria, «impide satisfacer el canon de proporcionalidad

estricta que la doctrina constitucional viene aplicando al examen de la adecuación entre la pena prevista en la ley y el hecho punible al que se aplica». Asimismo, considera la parte recurrente que la pena referida «no es susceptible de graduación al no tener un límite máximo previsto en la ley, y consecuentemente un marco en el que moverse, lo que impide al tribunal valorar las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y graduar la pena conforme a las mismas, lo que genera una restricción desproporcionada de la libertad, dado que no se pueden tomar en consideración las circunstancias atenuatorias de la culpabilidad que hubieran concurrido en el sujeto» (FJ 8).

Al respecto, el Tribunal considera que, si bien es cierto que el hecho de que la pena de prisión permanente revisable fuera de imposición facultativa haría que esta fuera más flexible en su aplicación, ello no constituye motivo suficiente «para entender que represente una tacha insalvable de inconstitucionalidad la decisión de nuestro legislador de exigir esta pena en hechos que presentan por sí mismos una extrema gravedad» (FJ 8).

Respecto a esa falta de un marco penal que posibilite la aplicación del artículo 66.1 en su totalidad, el Tribunal considera que también en estos casos el tribunal sentenciador puede tener en cuenta «las circunstancias objetivas y subjetivas susceptibles de atenuar la responsabilidad criminal del acusado». Es el caso de los artículos 70.4 y 92.1.c) CP. En base al primero de ellos, existe la posibilidad de imponer la pena inferior en grado a la prisión permanente revisable, que será la pena de prisión de veinte a treinta años. De lo anterior se deduce que ciertos supuestos que conforman el artículo 66 CP pueden ser aplicados para atenuar, en su caso, la responsabilidad penal. El segundo de los artículos, referente a las condiciones de la suspensión de la ejecución de la condena, contempla la posibilidad de apreciar «las circunstancias del delito cometido», las cuales podrán afectar al reo tanto negativa como positivamente a la hora de revisar su condena y valorar, de este modo, la posibilidad de concederle la libertad condicional (FJ8).

En fin y a la postre, el TC considera que «no es cierto que la ley elimine la eficacia de las circunstancias atenuantes que haya sido apreciadas en sentencia, pues tales circunstancias constituirán criterios de valor en la concreción posterior de la duración de la pena a través del procedimiento revisor» (FJ 8).

d. Indeterminación de la pena

El cuarto factor, pero no por ello menos importante, es la indeterminación de la pena. Los y las recurrentes entienden que la prisión permanente revisable, al no tener límite máximo previsto, vulnera el artículo 25.1 CE (el principio de legalidad penal), ya que su duración exacta de-

pende de un criterio a su entender impreciso e inseguro, esto es, la reinserabilidad del reo (FJ 9). Rechazan, a su vez, que las condiciones previstas para revocación de libertad condicional, por entender que pueden no depender de la persona condenada. El primer argumento se refiere a la taxatividad de la pena, mientras que el segundo tiene que ver con la arbitrariedad judicial respecto a la decisión de suspensión de la libertad condicional (FJ 9).

e. Taxatividad de la pena

El Tribunal, en respuesta a lo que alega la parte recurrente, entiende que «la pena de prisión permanente revisable no es una pena indeterminada, sino una pena determinable con arreglo a criterios legales pre establecidos cuya individualización judicial se completa en fase de ejecución mediante la aplicación de unos parámetros, los del art. 92.1 CP, claros y accesibles al reo desde el momento de la imposición de la condena, y cuya finalidad no es asegurar su encierro perpetuo, sino supeditarlo, tras la realización de un contenido mínimo retributivo, a su evolución personal». En este sentido, variables como «su conducta penitenciaria» y «la evolución personal que experimente a lo largo de la condena», dependientes de la voluntad del reo, influirán, de manera relevante, en el pronóstico de la reincisión social (FJ 9).

Con todo, el TC considera que el actual régimen jurídico de la pena de prisión permanente revisable es acorde a la doctrina del «derecho a la esperanza», ya que entiende dicho procedimiento de revisión es lo suficientemente garantista como para que le permita a la persona condenada conocer lo que debe hacer para obtener su libertad (FJ 9).

f. Arbitrariedad judicial respecto a la decisión de revocación de la libertad condicional

Sentado lo anterior, procede traer a colación la cuestión de la revocación de la suspensión de la libertad condicional, sin duda, de inegable relevancia, ya que ha llevado al Tribunal a dar la razón a los diputados y diputadas recurrentes por entender estas que las condiciones de la revocación de la suspensión condicional son, en gran parte, ajena a la voluntad del reo. Por ello, el Tribunal, en la sentencia objeto de discusión, ha establecido las bases para interpretar, de una forma concreta, las referidas condiciones, recogidas en el párrafo tercero del artículo 92.3 CP, donde se recoge que procederá la suspensión condicional «cuando se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada» (FJ 9).

En este sentido, resulta ilustrativa la afirmación del TC cuando expone que «el art. 92.3, párrafo tercero CP es susceptible de generar en el liberado condicional la sensación insuperable de incertidumbre sobre su modo de aplicación efectiva (...) pues podrían integrar el fundamento de la decisión revocatoria circunstancias personales del liberado condicional completamente desconectadas con el fundamento de su condena y de su ulterior liberación —un determinado modo de conducirse por la vida— e incluso ajena a su voluntad —la pérdida del puesto de trabajo, o de un apoyo familiar o institucional—», para acabar reconociendo que, en efecto, el retorno a prisión fundamentada en estos supuestos, resulta, a todas luces, desproporcionada (FJ 9).

Con todo, considera el Tribunal que el párrafo tercero del artículo 92.3 CP admite una reducción teleológica que, a efectos prácticos, implica revocar la suspensión condicional solamente en aquellos supuestos en que se verifique la existencia de alguno de los incumplimientos recogidos en el artículo 86.1 CP. Es más, el TC estima necesario interpretar, a raíz de la incertidumbre generada por las condiciones de la revocación, las consecuencias que conlleva la revocación de la suspensión condicional de la pena de prisión permanente revisable. De este modo, el Tribunal establece que la única interpretación válida al respecto será, con el fin de proteger los valores fundamentales en juego (arts. 15, 17.1, 25.1 y 2 CE), aquella que estime que subsisten las exigencias derivadas del artículo 92.4 CP, y que exigen al tribunal sentenciador «verificar, con una periodicidad bianual, el cumplimiento de los requisitos para el acceso a la libertad condicional y de resolver las peticiones que el penado le dirija con los condicionamientos temporales establecidos en dicha norma» (FJ 9).

1.3.2.3. Crítica

A. Sobre la justificación criminológica de la pena

En lo que hace a la justificación penológica que habría llevado al legislador o legisladora a incluir la pena de prisión permanente revisable en el elenco de consecuencias jurídicas que conforman el vigente Código penal, lo cierto es que la misma resulta insuficiente. En efecto, consideramos que la implantación de una pena de tal calado como es la prisión permanente revisable no se fundamenta en ninguna razón de imperiosa necesidad que pudiera justificar el desplazamiento del principio de no regresión mencionado *supra*, no siendo suficiente la alusión realizada a la extrema gravedad de las conductas que subyacen a la aplicación de la pena de prisión permanente revisable.

A nadie se le escapa la curiosa e, insistimos, insuficiente argumentación que recoge la Exposición de Motivos (en adelante, EM) de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que entra en vigor la pena de

prisión permanente revisable. Según establece la misma, la reforma viene motivada por «la necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia, lo que hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas. Con esta finalidad, siguiendo el modelo de otros países de nuestro entorno europeo, se introduce la prisión permanente revisable para aquellos delitos de extrema gravedad, en los que los ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido» (EM. I.).

Aquí interesa ante todo señalar que, por un lado, el sistema punitivo no debe, en ningún caso, buscar resoluciones previsibles, sino justas; es más, lo previsible, no siempre es justo. Por otro lado, la idea de justicia que impera en la sociedad y, por ende, la que tiene que primar en las resoluciones judiciales según la EM, no tiene por qué constituir una «garantía de acierto» en las mismas²⁵. A mayor abundamiento, el Tribunal, que tampoco hace mención alguna a datos empíricos que muestren la necesidad de incorporar a nuestro Ordenamiento jurídico una pena de tales características, hace uso de términos tan jurídicamente indeterminados como «la conciencia del derecho» o «sentimiento de justicia» de la población.

Como vemos, las razones de imperiosa necesidad a las que alude la EM parecen escudarse simplemente en, primero, el fortalecimiento de la confianza de la población respecto a la Administración de Justicia, que se quiere conseguir a base de dictar lo que para la sociedad constituyen resoluciones previsibles y justas; y segundo, en la demanda social del endurecimiento de las penas para que de este modo sean proporcionales a la gravedad de los delitos y, resarcir así, lo que el propio Tribunal califica como «sentimiento de justicia» de la sociedad.

En otro orden de cosas, cuando el Tribunal en su fundamentación alude a una suerte de «homologación con países democráticos de nuestro entorno», lo hace pare dejar claro que en ningún caso la decisión de incluir la pena de prisión permanente revisable adoptada por nuestro país es contraria a lo que se viene haciendo en nuestros países vecinos (Francia, Alemania, Italia, etc.). Ahora bien, en este punto resulta interesante señalar lo expuesto por Atienza, quien realiza una comparación a nuestro entender acertada de la sentencia aquí comentada y la STC 148/2021, de 14 de julio, mediante el cual se declararon inconstitucionales algunas de las medidas adoptadas por el Gobierno durante la crisis sanitaria de la COVID-19. En su interesante reflexión, señala que en dicha sentencia «no fue para nada tomado en consideración que el tipo de

²⁵ J.A. Poncela García, «La prisión permanente revisable», en I. Ordeñana Gezuraga, M. Uriarte Ricote (dirs.), *Justicia en tiempos de crisis*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2016, 397-420, a p. 398.

medidas restrictivas de la libertad de circulación adoptadas en España eran sustancialmente idénticas a las que se adoptaron en otros países de nuestro entorno cultural, concretamente de Europa». En cambio, ahora, ese criterio interpretativo parece haber jugado un papel relevante²⁶.

B. Sobre la falta de proporcionalidad

En cuanto a la falta de proporcionalidad estricta de la pena de prisión permanente revisable que alega la parte recurrente, no cabe contradecir que los fines de dicha pena que señala el Tribunal —protección de bienes jurídicos y protección de la sociedad— son del todo legítimos. Ahora bien, que los fines perseguidos por la pena de prisión permanente revisable sean legítimos no quiere decir que la misma supere el juicio de idoneidad. En efecto, si bien el Tribunal considera que no parece discutible «la idoneidad de la agravación de la prisión para producir un efecto reforzado de disuasión» (FJ 7), lo cierto es que no disponemos de datos que avalen dicha afirmación²⁷.

En cuanto al canon de necesidad, la misma exige que «no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia» (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4). Como señala Juanatey Dorado, en este caso existen varias razones que hacen tambalear dicha necesidad. Por un lado, no hay ningún estudio que certifique que las penas ya existentes de 20, 25, 30 o 40 años, hayan mostrado ser ineficaces en términos de prevención especial. Quiere esto decir que a falta de datos que demuestren la alta tasa de reincidencia en personas condenadas por los delitos para los que se prevé la pena de prisión permanente revisable, la inclusión de dicha medida no encuentra justificación. Desde luego, no en el argumento de que dichos períodos de privación de libertad son insuficientes. Tampoco hay estudios que evidencien el incremento de los delitos penados con pena de prisión permanente revisable que justificara la adopción de una medida de tales características²⁸.

En cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto, recordemos que los y las recurrentes alegan que la prisión permanente revisable atenta contra el derecho a la libertad individual, consagrado en el artículo 17.1

²⁶ M. Atienza, C. Juanatey Dorado, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la prisión permanente revisable», *Diario La Ley*, n. 10017, 2022, 1-9, a p. 6.

²⁷ Así lo denuncia J.A. Lascuraín, «Ni aunque sea revisable», *El País*, 2013. https://elpais.com/elpais/2013/09/26/opinion/1380193198_680132.html (consultado el 20.07.2022).

²⁸ C. Juanatey Dorado, «Una moderna barbarie: la prisión permanente revisable», *Revista General de Derecho Penal*, n. 20, 2013, 1-13, a p. 6. Para un análisis exhaustivo de la evolución de la delincuencia en España véase, E. García España et al., «Evolución de la delincuencia en España: análisis longitudinal con encuestas de victimización», *Revista Española de Investigación Criminológica: REIC*, n. 8, 2010, 1-27.

de la CE, por entender que, por un lado, los períodos de seguridad para acceder a la libertad condicional son excesivamente altos (mínimo 25 años) y, por otro lado, que existe el riesgo de que la prisión devenga perpetua.

Ya se ha hablado sobre las implicaciones que supone el hecho de que la pena de prisión permanente revisable pueda llegar a ser perpetua, por lo que en las líneas que prosiguen nos centraremos en los períodos de seguridad que establece la norma.

En cuanto a esta cuestión, el TC, una vez más, alude una vez más al derecho comparado como muestra de que los períodos de seguridad establecidos en nuestra legislación no son consonantes con otros que han adoptado los estados que conforman el Consejo de Europa. Llega incluso a mencionar a Turquía —quien prevé un periodo de seguridad de 40 años—, lo que no resulta del todo apropiado, debido al historial que presenta este país en materia de protección de derechos humanos²⁹. Sin embargo, el Tribunal parece haber pasado por alto que el TEDH, si bien aclara que no le compete determinar la forma de revisión que debe de adoptar cada Estado, destaca «los documentos de derecho comparado y derecho internacional presentados ante él que apoyan con claridad la existencia de un mecanismo de revisión que tenga lugar no más tarde del transcurso de los veinte y cinco años desde la imposición de la pena a cadena perpetua» (*Vinter y otros contra Reino Unido*, § 120).

Con todo, solo cabe preguntarnos lo siguiente: «¿cómo es posible que España, con su despiadada pena de prisión de 40 años de cumplimiento efectivo y con su plazos de revisión de la cadena perpetua de una extensión que no tiene equivalente en los países de la Europa occidental, haya superado, con mucho, la extensión de las penas privativas de libertad que podían aplicarse durante el franquismo, donde éstas, con la pena máxima de reclusión de 30 años y la institución de la redención de penas por el trabajo, nunca excedían —en los casos más extremos— de 20 años de privación real de libertad?»³⁰.

C. Sobre la rigidez de la pena

Más controversia suscita si cabe la cuestión de lo que se ha dado en llamar la «rigidez» de la pena de prisión permanente revisable. En

²⁹ Amnistía Internacional ha puesto varias veces la situación de Turquía sobre la mesa, subrayando la necesidad de «hablar de Turquía» de cómo «la represión a escala nacional ha dado lugar a detenciones y destituciones en masa, al vaciado del sistema judicial y al silenciamiento de las voces disidentes mediante amenazas, acoso y encarcelamiento». <https://www.amnesty.org/es/latest/campaigns/2018/04/turkey-human-rights-defenders-under-attack/> (consultado el 20.07.2022).

³⁰ E. Gimbernat Ordeig, «Contra la prisión permanente revisable», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 71, Fasc/Mes 1, 2018, 491-507, a p. 494.

este sentido se ha advertido sobre la escasa elasticidad que presenta la referida pena, en cuanto es de imposición obligatoria y no tendría en consideración las diversas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal³¹. No obstante, creemos que está en lo cierto Lascuraín al señalar que es necesario diferenciar «el enjuiciamiento político de la pena de su inconstitucionalidad». En este sentido, dice, «resulta convincente la argumentación de la sentencia (...) la rigidez existente es relativa y para los casos en que concurre tal rigidez —en forma de imposibilidad de ponderar la pena a través de circunstancias atenuantes ordinarias— cabe sostener que no se da la desproporción manifiesta que veda la Constitución si se considera, en percepción no irrazonable, que en los mismos, dada la entidad del delito cometido, no deviene desproporcionada la pena no atenuada» Con todo, pues, «las distinciones en función de la lesividad y la culpabilidad podrían resultar improcedentes a partir de una pena tan elevada»³².

D. Sobre la indeterminación de la pena

Aunque el TEDH mantenga que la pena de prisión permanente, debido a su condición de revisable, no constituye una pena inhumana, consideramos que esta pena sí conlleva un sufrimiento considerablemente mayor que otras penas privativas de libertad de larga duración, debido a su indeterminación³³.

En la indeterminación de la pena de prisión permanente revisable reside, pues, su contrariedad al mandato de determinación, derivado del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE). En rigor, son tres los factores que hacen que dicha pena sea imprecisa. En primer lugar, no se establece límite máximo, sino tan solo un mínimo (25 años). En segundo lugar, los requisitos para obtener la libertad condicional son de contenido impreciso. En tercer lugar, no está claro ante qué circunstancias puede darse la revocación de dicha libertad condicional³⁴.

En cuanto a la garantía temporal, como señala Cervelló Donderis, «la regulación de la pena perpetua, para cumplir con el mandato de taxatividad en el establecimiento de los límites penales, ha de contar con un mínimo de cumplimiento que impida la excarcelación hasta ese momento, pero la permita a partir del mismo, o bien, con el establecimiento de límites máximos de cumplimiento que se sitúen en un plazo razonable de respecto a la dignidad del ser humano»³⁵, cosa que no ocurre con la actual

³¹ Vid. Por todos, V. Cervelló Donderis, *Prisión perpetua y de larga duración. Régimen jurídico de la prisión permanente revisable*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 115.

³² Lascuraín, «La insopportable levedad», cit., p. 39.

³³ En este sentido, Cervelló Donderis, ob. cit., p. 127.

³⁴ Arroyo Zapatero et al., ob. cit., p. 51.

³⁵ Cervelló Donderis, ob. cit., p. 105.

regulación de la prisión permanente revisable, ya que el hecho de cumplir el mínimo de cumplimiento previsto en la norma no garantiza que el interno o la interna vaya salir de prisión. Volvemos a insistir aquí en la idea de que la pena de prisión permanente revisable, tal y como está regulado ahora, puede llegar a ser perpetua, lo que incumple el mandato da taxatividad.

Es además el propio TC quien ya en STC 29/1989, de 6 de febrero, declaró que la genérica previsión de una sanción de multa «de 2.500.000 pesetas en adelante» vulneraba el derecho a la legalidad sancionadora por indeterminación absoluta del límite máximo del marco de la sanción (FJ 4). Siendo esto así, parece obvio que una pena de «veinticinco años en adelante» también vulnera dicho mandato constitucional.

En lo que se refiere a la garantía de revisión, esto es, las condiciones a cumplir para suspender la ejecución de la pena, hemos de traer a colación lo dispuesto en la letra c) del artículo 92.1, donde se establecen los criterios que tendrá que tener en consideración el tribunal sentenciador en orden de apreciar el pronóstico, favorable o no, sobre la reinserción social del reo; esos criterios son: «la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas».

El magistrado firmante del voto adicional considera que se trata no ya solo de criterios de naturaleza incierta, esto es, de difícil valoración objetiva, sino que, además, se tienen en consideración sucesos del pasado, como pueden ser los antecedentes; o del futuro, como las circunstancias familiares y sociales que, parece obvio, pueden sufrir alteraciones. Estos requisitos, amplios a la par que y ambiguos, impiden —o al menos dificultan— realizar un pronóstico de peligrosidad futura del reo, ya que este ni siquiera puede incidir personalmente en ellos (voto adicional, punto 4).

Por ejemplo, cuando se habla de «las circunstancias del delito cometido» o de «la relevancia de los bienes jurídicos que podrán verse afectados por una reiteración en el delito», los mismos contarán en perjuicio de la persona condenada, ya que el delito cometido siempre será muy grave y, por ende, la afectación de los bienes jurídicos protegidos por tales conductas también. Lo mismo ocurre con «la personalidad del penado» o «sus antecedentes», ya que se trata de extremos en los que el reo no puede incidir directamente, o no al menos, de tal forma que pudiera hacer algo para mejorarlo y conseguir así el pronóstico favorable de reinserción social. Ni que decir tiene la alusión a «las circunstancias familiares y sociales», cuando resulta obvio que cualquier tipo de relación que tuviera la persona condenada en el exterior se verá deteriorada y muy posiblemente, después de tantos años en prisión, sea difícil que el

sujeto cuente con un círculo familiar o social al que aferrarse una vez haya conseguido la libertad³⁶.

Lo cierto es que la única condición en la que el sujeto puede hacer algo al respecto ataña a «su conducta durante el cumplimiento de la pena», sin embargo, en nada ayudan los diferentes tiempos —todos ellos, excesivos— establecidos para el periodo de seguridad, que lejos de incentivar un buen comportamiento de la persona condenada, más bien pueden favorecer actitudes de frustración e ira, al no tener el sujeto esperanza alguna de obtener de nuevo la libertad³⁷.

En este sentido, consideramos que está en lo cierto la parte recurrente cuando afirma que «la libertad del reo no depende de su autonomía». Con ello se quiere decir que, al contrario de lo que parece querer decir el TC, la naturaleza revisable de la pena de prisión permanente revisable «no pone en manos del reo una posibilidad cierta de ser liberado, ni permite justificar su mantenimiento en prisión como merecido por no haber hecho lo suficiente para resocializarse». Es más, «si para la resocialización, para mejorar el pronóstico de peligrosidad y alcanzar la excarcelación, nunca basta con la buena voluntad del reo», ni qué decir tiene cuando la pena impuesta es la pena de prisión permanente revisable, que genera, además de los efectos desocializadores que conlleva toda pena de prisión, graves efectos en cuanto a la personalidad y habilidades psíquicas de la persona condenada. Es precisamente por ello que «no podría ponerse a cargo de ningún condenado a cadena perpetua su no resocialización³⁸.

Por último, en lo que ataña a los presupuestos y efectos de la revocación de la suspensión condicional es de destacar que el TC haya dado la razón a la parte recurrente en la medida en que reconoce, tal y como ya se ha expresado, que el artículo 92.3 del CP puede generar una sensación insuperable de incertidumbre sobre la persona condenada, en cuanto que la decisión de revocación puede fundarse en circunstancias personales que nada tienen que ver con el fundamento de su condena o de su posterior liberación. De ahí que el Tribunal sentencia que el cambio de circunstancias personales tenga efecto revocatorio solo cuando vaya acompañado de los incumplimientos previstos en el artículo 86.1 del CP (FJ 9).

Ahora bien, tal y como advierte Lascuraín, «resulta llamativo que la sentencia considere que no es indeterminado el criterio de la reinserabilidad fundado en determinados factores para acceder a la liber-

³⁶ L. Martínez Garay, «Predicción de peligrosidad y juicio de constitucionalidad de la prisión perpetua», en L. Arroyo Zapatero et al. (eds.), C. Rodríguez Yagüe (coord.), *Contra la cadena perpetua*, Cuenca, Universidad de la Castilla- La Mancha, 2016, 139-162, a p. 156.

³⁷ L. Martínez Garay, ob. cit., p. 157.

³⁸ Arroyo Zapatero et al., ob. cit., p. 35.

tad condicional, y que en cambio sí lo es exactamente el mismo criterio fundado en exactamente las mismas condiciones para revocarla» (pp. 27-28), esto es, «un cambio de circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada» (art. 92.3 CP). En este sentido, consideramos importante destacar las siguientes preguntas formuladas por el referido autor: «¿Por qué no es indeterminada una regulación jurídica para recuperar la libertad privada —para seguir en prisión— y sí para perder la libertad que se recuperó? ¿Hay algo distinto a la seguridad jurídica en relación con el derecho fundamental a la libertad? Si la inseguridad depende de la probabilidad y del daño amenazante, y la probabilidad jurídica es exactamente la misma, ¿es acaso un daño mayor perder la libertad que no recuperarla? ¿Podría por ejemplo regularse el régimen de revocación de la libertad condicional por ley orgánica en cuanto desarrollo negativo del derecho a la libertad y en cambio regularse por ley ordinaria, porque no afecta al desarrollo de la libertad, el diseño de la prisión permanente revisable en cuanto a la revisabilidad?»

En fin y a la postre, lo que está claro es «en el caso de la prisión permanente estamos ante una inseguridad en relación con la duración real de la pena (de la privación del derecho fundamental a la libertad) que acompaña al momento del delito, al dictado de la sentencia y a los muchos años a los que como poco se extiende la pena. El delincuente queda permanentemente inseguro durante muchos años en relación con algo tan esencial como lo es su libertad»³⁹.

1.3.3. El principio de resocialización

1.3.3.1. Argumentación de la parte recurrente

La parte recurrente sostiene que la pena objeto de consideración «vulnera el mandato de resocialización del artículo 25.2 de la CE por establecer períodos mínimos de cumplimiento de una duración de 25 años y más, que resultan más amplios que los que se suelen aplicar en el derecho comparado y que no se acomodan a los estándares de Naciones Unidas y del Comité para la prevención de la tortura del Consejo de Europa, y por la propia indeterminación de los criterios de revisión de la pena, incapaces de proporcionar al reo una expectativa razonable de libertad» (FJ 1).

1.3.3.2. Argumentación del Pleno del Tribunal

El TC no comparte con los y las recurrentes la afirmación de que la pena de prisión permanente revisable vulnere el artículo 25.2 de la CE y

³⁹ Lascuraín, «La insoportable levedad», cit., p. 27.

anule, por ende, cualquier resquicio de esperanza de conseguir algún día la libertad, «pues se constata que esa expectativa es inherente a uno de sus rasgos estructurales, su revisabilidad en fase ejecutiva: por medio de la suspensión condicional de la pena el interno tiene una posibilidad real de reintegrarse plenamente en la sociedad y de extinguir definitivamente su condena» (FJ 10).

Este precepto, que no es un derecho subjetivo sino más bien una orientación política hacia el legislador o legisladora española, «ha de armonizarse con otros fines legítimos de la pena, que adquieren mayor protagonismo en otros momentos de intervención del *ius puniendi*. En particular, la finalidad de prevención general, tanto en su vertiente de disuasión de potenciales delincuentes mediante la amenaza de pena, como de reafirmación de la confianza de los ciudadanos en el respeto de las normas penales». Ahora bien, tal y como reconoce el propio Tribunal, «ese complejo entramado de funciones de la pena no funciona sin tensiones, en la medida en que lo necesario para la satisfacción de la prevención general (...) puede no ser lo idóneo (...) desde la óptica de la reinserción social». Es por ello labor del legislador o legisladora articular dicha relación de tal manera que no se perjudique en extremo ninguna de las funciones con las que han de cumplir las penas (STC 160/2012, de 20 de septiembre, FJ 4). Ya se dijo entonces que «una norma que impidiera de modo radical» la posibilidad de reinserción vulneraría el artículo 25.2 de la CE (STC 160/2012, de 20 de septiembre, FJ 5).

Con todo, el principio de resocialización debe coexistir junto con otros fines igualmente legítimos de la pena, y verificar, a tal fin, los siguientes extremos: «(i) la existencia de un fin legítimo, que en este caso se corresponde con la finalidad de protección de los bienes jurídicos tutelados por los tipos penales en relación con los cuales se contempla la imposición obligatoria de la pena, sin descartar los fines inmediatos de la pena como son la retribución, la prevención general y la evitación de la venganza privada; y (ii) la intensidad de la restricción, que deviene desproporcionada y por lo tanto constitucionalmente ilegítima si llega al grado de representar un obstáculo insalvable para la realización de las expectativas de reinserción social del interno» (FJ 10).

Como vemos, el TC, en un intento de adaptar la doctrina referida al régimen jurídico de la pena de prisión permanente revisable, entiende que las restricciones que en este caso se establecen para poder acceder al tercer grado y a la libertad condicional «viene dadas por la necesidad de que la reacción penal se adecue a la importancia de los bienes jurídicos lesionados por su conducta —la vida humana independiente y, en su caso, también la libertad sexual en el contexto de crímenes contra la humanidad— a la gravedad del ataque dirigido contra los mismos y a las circunstancias de la víctima» (FJ 10).

Una vez contrastada la legitimación del fin constitucional perseguido, habrá que examinar si puede resultar desmesurado la limitación o

restricción a la que se ve sometida el principio de resocialización. Lo anterior exige analizar el contenido de las medidas adoptadas para dicho constreñimiento, desde un doble plano temporal y cualitativo (FJ 10).

En lo que ataña a su dimensión temporal, «las medidas restrictivas materializadas en los periodos de seguridad instituidos en los arts. 36.1, 92.1 c) y 78 bis 2 y 3 CP para el acceso al tercer grado de clasificación penitenciaria y a la suspensión condicional presentan magnitudes homologables en el derecho comparado y no conllevan la anulación de la expectativa del penado de reincorporarse a la sociedad (...). Estas medidas tampoco incorporan presunciones legales irrebatibles de peligrosidad criminal o que vinculen dicha peligrosidad a la naturaleza del delito cometido».

Por lo que respecta a la dimensión cualitativa, la misma exige que «las medidas sean analizadas en el contexto del sistema penitenciario en el que se inserta el condenado a pena de prisión permanente revisable», donde cobra especial importancia la existencia de un «plan individualizado de ejecución», adoptado a las necesidades y circunstancias de cada persona condenada, que le permita «progresar en el sistema penitenciario y prepararse para su liberación con vistas a una fecha predeterminada para verificar su primera revisión» (FJ 10).

Amén de lo expuesto, si bien el Tribunal sentencia que «la prisión permanente revisable no entraña la anulación del principio de resocialización (...) el juicio de constitucionalidad que se solicita de este Tribunal no puede reducirse a la aplicación de la doctrina precedente». En efecto, «la pena de prisión permanente revisable presenta una naturaleza singular que la diferencia netamente de las penas y medidas privativas de libertad de duración determinada (...) pues al tratarse de una pena de extensión no determinada (...) la noción de reeducación y reinserción social como medio para alcanzar el juicio pronóstico favorable demandado en el art. 92.1 c) *in fine* CP funge de criterio orientados de la ejecución de la pena en presupuesto de su revisión y elemento clave en su delimitación personal», por lo que «institutos como el tercer grado de clasificación penitenciaria y la libertad condicional trascienden de su condición de elementos del estatuto jurídico penitenciario del interno para convertirse en factores de moderación y humanización de la pena, por lo que resultarían constitucionalmente rechazables no solo las medidas que representaran un impedimento insalvable para su acceso, sino también las que no restringieran más allá de lo razonable (FJ 10).

Sin perjuicio de todo lo apuntado hasta ahora, el TC acaba reconociendo que existe la necesidad de «reforzar la función moderadora que el principio constitucional consagrado en el art. 25.2 CE (...) debe ejercer sobre la pena de prisión permanente revisable». En otras palabras, el Tribunal es consciente de que la inclusión en nuestro Ordenamiento jurídico

co de una consecuencia jurídica como es la pena de prisión permanente revisable genera tensiones con el mandato resocializador, lo que le lleva a concluir que dichas tensiones «precisan ser compensadas reforzando institucionalmente por medios apropiados la posibilidad de realización de las legítimas expectativas que pueda albergar el interno de alcanzar algún día su libertad» (FJ 10).

1.3.3.3. Crítica

Como ya se ha adelantado, el mandato constitucional de la reeducación y la reinserción social (art. 25.2 CE) establece que tanto las penas como las medidas de seguridad deben estar orientadas a favorecer la reintegración en la sociedad del interno o interna una vez haya cumplido su condena. Este artículo está estrechamente relacionado con el principio de progresividad, por el cual «se asume el compromiso de avanzar en la plena efectividad de los derechos fundamentales, que en este contexto es la irrenunciable finalidad de que la privación de libertad sirva y sea instrumental para la reinserción social del condenado» (voto conjunto, punto 7).

Sabido es que el fin referido no es el único con el que deben cumplir las penas. Es más, en aras de cumplir con dichos fines (la retribución, la prevención de los delitos, etc.), el fin de la reinserción social puede verse en cierto modo sacrificado. Ahora bien, para que dicha limitación pueda ser acorde a los parámetros constitucionales, como bien apunta el TC en la sentencia aquí objeto de análisis, han de darse dos condiciones: que el fin perseguido sea legítimo, y que las restricciones impuestas al fin resocializador no lo conviertan en inalcanzable.

En este sentido, ya se ha concluido con anterioridad que los fines perseguidos —la protección de los bienes jurídicos y la protección de la sociedad— por la pena de prisión permanente revisable son legítimos, por lo que debemos centrarnos en la «intensidad de la restricción» impuesta al fin resocializador. En efecto, que el fin perseguido por la referida pena sea legítima no significa que la misma pueda dejar de lado el fin consagrado en el artículo 25.2 de la CE. Así lo indica este mismo Tribunal en su STC 160/2012, de 20 de septiembre, al establecer que no será conforme a la Constitución «una norma que impida de modo radical las posibilidades de reinserción social» (FJ 5).

Pues bien, en opinión del TC el contenido de las restricciones aplicadas al fin resocializador «no conllevan la anulación de la expectativa del penado de reincorporarse a la sociedad» (FJ 10), pero lo cierto es que además de lo ya señalado sobre las consecuencias que genera en la persona condenada una encarcelación tan extensa en el tiempo, parece obvio que una privación de libertad de tales características es contraria al fin de la reinserción social, ya que es tal el alejamiento de la persona con la so-

ciedad, que se acaba por romper todo vínculo social, familiar y/o laboral, lo que en última instancia resulta en «la muerte social del individuo»⁴⁰. Como denuncia Sáez Rodríguez, «solo quien carezca de una mínima capacidad de empatía o no haya tenido jamás contacto alguno con el mundo penitenciario puede afirmar seriamente que el internamiento en una cárcel durante un periodo tan prolongado como el previsto como mínimo antes de revisar la pena de prisión permanente, no está abocado a convertirse en un serio obstáculo para la reincorporación del penado, ya rehabilitado, a la vida en libertad, y hasta cabría afirmar, para su misma supervivencia personal»⁴¹.

Tal y como ha puesto de manifiesto Varona Gómez, el Tribunal «acaba precisamente donde debería haber empezado», esto es, reconociendo que sí existe una tensión entre el mandato resocializador y la pena de prisión permanente revisable⁴². Sin embargo, el Tribunal parece pasar de puntillas sobre este asunto, y se limita a decir que es necesario reforzar la función moderadora del fin de la reeducación y la reinserción social, dejándonos con la duda de cuál sería la vía para intentar aflojar dicha tensión.

Lo que sí parece estar claro es que «no se trata de analizar si la posibilidad de reinserción queda anulada, sino si la regulación la favorece o la posibilita» (voto adicional, punto 5). La respuesta a nuestro entender es obvia, ya que la regulación actual apuesta claramente por la inocuización del delincuente mediante el refuerzo del fin retributivo de la pena, y teniendo en cuenta que es una medida que puede llegar a ser de por vida, entendemos que el fin resocializador se convierte en uno de imposible consecución.

2. La última expresión del Derecho penal del Enemigo: la prisión permanente revisable

La política criminal que subyace a la prisión permanente revisable recuerda a los postulados del Derecho penal del enemigo, enmarcado dentro de lo que se conoce como la «nueva penología»⁴³, cuyo único fin es la exclusión y la inocuización de la persona delincuente peligrosa.

⁴⁰ Arroyo Zapatero et al., ob. cit., p. 64.

⁴¹ C. Sáez Rodríguez, «Comentarios acerca del sistema de penas en la proyectada reforma del Código Penal español», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 2, 2013, 1-26, a p. 11.

⁴² Varona Gómez, ob. cit., p. 11.

⁴³ En este sentido y referentes en manifestar la irrupción en la política criminal del pensamiento actuarial, o lo que ellos llaman «Nueva Penología»: M.M. Feeley, J. Simon, «The Ney Penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications», *Criminology*, vol. 30, n. 4, 1992, 449-474.

Si aceptamos la idea de que la persona delincuente es el «enemigo» de la sociedad, y como tal, hay que eliminar y apartar de la misma, hemos de acudir necesariamente a los postulados de la teoría del Derecho penal del enemigo creado por JAKOBS. Este autor ha sentado las bases conceptuales y ontológicas de un Derecho penal que, en realidad, se aleja de manera considerable de lo que normalmente se suele entender por «Derecho»; esta construcción doctrinal responde más bien a una especie de lucha o de guerra contra la criminalidad —en especial, la criminalidad organizada—, y por ende, contra el enemigo, cuyo único objetivo es su exclusión e inocuización⁴⁴. Partiendo, por tanto, de un concepto amplio como la criminalidad organizada, en la que el Derecho penal del enemigo vería legitimada a la par que justificada su aplicación, podemos apreciar las siguientes esferas de actuación: la lucha contra el terrorismo, la lucha contra el narcotráfico y la lucha contra el inmigrante irregular. O lo que viene a ser lo mismo «aquellos luchas —en teoría— excepcionales por la «emergencia» o por lo «anormal» de las mismas, por las cuales la «civilización occidental» busca justificar y legitimar el hecho de dejar de lado sus máspreciadas «conquistas», tales como la universalización de los derechos humanos y los principios de un derecho penal y procesal penal liberal que se basa en el respeto a tales derechos humanos»⁴⁵.

Por desgracia, dicha construcción no solo es teórica, sino que, como ya se ha señalado, materialmente está presente en nuestra legislación penal y procesal, así como en la práctica de la política internacional⁴⁶. La existencia de un Derecho penal diferenciado para erradicar al enemigo se aparta del Derecho penal ordinario y sus límites; lo que significa que el Derecho penal del enemigo es uno de naturaleza totalmente opuesta al ordinario, que incluye reglas y principios totalmente diferentes a la de este. A fin de cuentas, el «romper» con el Derecho penal ordinario es lo que le da sentido y razón al Derecho penal del enemigo, convirtiéndose así en un Derecho penal de carácter excepcional y autónomo. Ahora bien, lo que verdaderamente constituye la piedra angular del Derecho penal del enemigo es la privación y la negación de la condición de persona a determinados individuos. Respecto a esto, lo que se puede extraer de la teoría planteada por Jakobs es que la negación de la condición de persona a un individuo y su consiguiente paso a la categoría de «enemigo»

⁴⁴ C. Prittzwitz, «Derecho penal del enemigo: ¿análisis crítico o programa del Derecho Penal?», en M. Corcoy Bidasolo, S. Mir Puig (dirs.), V. Gómez Martín (coord.), *La política criminal en Europa*, Barcelona, Atelier, 2004, 107-120, a p. 108. J.M. Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal. Aproximación de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, ed. 3, Madrid, Edisofer, 2011, p. 187.

⁴⁵ L.P. Palacios, F.L. Riquert, «Teoría penal de excepción: el derecho penal del enemigo y el Estado de Derecho», en N. García Rivas et al., *El Derecho penal frente a la inseguridad global*, Albacete, Bomarzo, 2007, 149-170, a p. 153

⁴⁶ E. Demetrio Crespo, «Del Derecho penal liberal al Derecho penal del enemigo», en F. Pérez Álvarez (coord.), *Serta: in memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, 1027-1054, a pp. 1029-1030.

solo es posible si entendemos la personalidad no como algo dado por la naturaleza, sino como una atribución normativa, ya sea de carácter moral social y/o jurídica⁴⁷.

En efecto, para el profesor de Bonn, un individuo que no sabe hacer un buen uso de sus habilidades o capacidades cognitivas, esto es, las aptitudes relacionadas con el procesamiento de la información, no puede pretender que se le considere persona; es más, en opinión de este autor, es el propio Estado quien no debe calificarlo como tal, ya que eso supondría aceptar una vulneración de la seguridad del resto de personas⁴⁸. Por ello, considera necesario que el Estado establezca claramente la diferencia entre el Derecho penal del ciudadano y el Derecho penal del enemigo. De este modo, dice, se evita que este último viole a aquél⁴⁹, ya que, a su juicio, la única manera de que subsista una vida con seguridad cognitiva es que los ciudadanos de una sociedad sean parte del Derecho, de forma habitual y sistemática. Ello significa que los «enemigos» no tienen cabida en ese mundo ideal al que aspira Jakobs, por apartarse de manera constante del Derecho. Con todo, es necesario excluirlos de la sociedad, convirtiéndolos a tal fin en no-personas⁵⁰.

Lo expuesto nos permite observar las dos regulaciones de las que se compone el Derecho penal. Por una parte, el Derecho penal del ciudadano, el que exige la exteriorización de la conducta para poder intervenir. En las antípodas, el Derecho penal del enemigo, que se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, por un más que notable adelantamiento de las barreras de intervención penal; en segundo lugar, por incluir penas exageradamente altas a la vez que desproporcionadas; y en tercer lugar, por la flexibilización —llegando incluso hasta la supresión— de ciertos principios y garantías procesales⁵¹.

Con todo, Jakobs insiste en la importancia de delimitar adecuadamente los dos tipos de Derechos a los que previamente nos hemos referido, dado que, a su entender, incluir en el Derecho penal del ciudadano elementos del Derecho penal del enemigo puede desencadenar circuns-

⁴⁷ L. Gracia Martín, «Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 7, 2005, 1-43, a pp. 22-23.

⁴⁸ G. Jakobs, «Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo», en G. Jakobs, M. Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, ed. 2, Navarra, Thomson Civitas, 2006, 21-56, a p. 47.

⁴⁹ G. Jakobs, «¿Terroristas como personas en Derecho?», en G. Jakobs, M. Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, ed. 2, Navarra, Thomson Civitas, 2006, 57-84, a p. 82.

⁵⁰ Prittitz, ob. cit., p. 115. En opinión de E.R. Zaffaroni, *El enemigo en el Derecho penal*, Bogotá, Grupo editorial Ibáñez, 2006, p. 29, la pérdida de la ciudadanía no implica la privación de la condición de persona y los derechos que le asisten a esta.

⁵¹ M. Cancio Meliá, «De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?», en G. Jakobs, M. Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, ed. 2, Navarra, Thomson Civitas, 2006, 85-152, a p. 112.

tancias nocivas para aquellos a los que se les aplica el Derecho penal ordinario. Por ello, considera que es más favorable y beneficioso para la sociedad la creación de un Derecho penal del enemigo, que esté bien definido, y que disponga de sus propias características e instrumentos que, vaya por delante, solamente surgirían efectos en su propio ámbito de aplicación⁵².

En definitiva, el Derecho penal del enemigo se aplica a los individuos con el status de «enemigos de la sociedad», a los no-personas, y como tales, se entiende que no son dignos de ser titulares de derechos como sí lo son, en cambio, los ciudadanos y ciudadanas que, a diferencia de los primeros, sustentan la condición de personas⁵³. Es por ello que, en estos casos, la única función de la pena es la exclusión y la inocuización del enemigo, y con ello, la erradicación del peligro⁵⁴.

Cuestión distinta es el problema de la legitimidad de un Derecho de estas características en nuestro Ordenamiento Jurídico. Como todo, esta concepción tiene sus defensores y detractores⁵⁵, si bien a nuestro juicio es difícil defender la legitimidad de un Derecho penal del enemigo en los parámetros de un estado social, democrático y de Derecho. No podemos estar más de acuerdo con Zaffaroni cuando con firmeza asevera que «resulta intolerable la categoría jurídica de enemigo o extraño en el derecho ordinario de un estado constitucional de derecho», por lo que, esta concepción «solo es compatible con un modelo de estado absoluto total»⁵⁶.

En lo que aquí interesa, el solo hecho de que se diseñe una pena específica, en este caso, la prisión permanente revisable, para un perfil muy concreto de sujeto activo, hace que se genere una desconfianza irretornable hacia todo aquel sujeto que cometa este tipo de delitos (asesinatos especialmente graves, homicidio del Jefe del Estado o de su heredero, de Jefes de Estado extranjeros y en los supuestos más graves de genocidio o de crímenes de lesa humanidad). Parece que el legislador o legisladora parte de la base de que estas personas nunca van a cambiar, por mucho que estén toda una vida en prisión⁵⁷. De algún modo, sostiene la profesora Acale Sánchez, se reconoce la inimputabilidad de estas personas que

⁵² Jakobs, «Derecho penal», cit., p. 55.

⁵³ M. Corcoy Bidasolo, «Protección de bienes jurídico-penales supraindividuales y derecho penal mínimo», en S. Mir Puig (dir.), *Derecho penal del siglo XXI*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2008, 363-402, a p. 373.

⁵⁴ *Ibidem.*, p. 125. Jakobs, «Derecho penal», cit., p. 55. J.L. Díez Ripollés, «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 6, 2004, 1-34, a p. 24.

⁵⁵ Para un análisis pormenorizado de las diversas posturas véase R. Ríos Álvarez, «El Derecho penal del enemigo. El problema de su legitimidad a la luz de algunos de sus defensores y detractores», *Ars Boni et Aequi*, vol. 8, n. 2, 2012, 145-184.

⁵⁶ Zaffaroni, ob. cit., pp. 20-21.

⁵⁷ M. Acale Sánchez, *La prisión permanente revisable ¿pena o cadalso?*, Madrid, Iustel, 2016, p. 37.

se considera, no son capaces de entender sus hechos o que, entendiéndolos, les resulta imposible actuar en base a ese entendimiento, precisamente por no ser capaces de controlar su comportamiento. Es por ello que la consecuencia jurídica que se les establece se asemeja más a una medida de seguridad de naturaleza inocuizadora, que persigue al sujeto simple y llanamente por la peligrosidad que este presenta⁵⁸.

Siendo, por tanto, la inocuización del «enemigo» el objetivo principal de la prisión permanente revisable, cualquier opción a la reinserción desaparece, vulnerando así, entre otros, el principio de proporcionalidad y humanidad de las penas, con la excusa de salvaguardar los intereses de la población valiéndose para ello del aislamiento total y de por vida de la persona delincuente⁵⁹, dejando nada más que «un horizonte de libertad en la frontera de la muerte»⁶⁰.

3. Excuso: breves consideraciones sobre la Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de ampliación del ámbito de aplicación de la pena de prisión permanente revisable

Como indica el propio título del presente epígrafe, la Proposición de Ley Orgánica de modificación del Código penal⁶¹ presentada por los grupos parlamentarios Partido Popular, Ciudadanos y Mixto, pretende ampliar el ámbito de aplicación de la pena de prisión permanente revisable a dos nuevos supuestos. A tal fin, la EM de la referida Proposición plantea ciertas cuestiones que conviene aquí argüir.

En primer lugar, se alude al número de casos en los que la pena de prisión permanente revisable ha sido impuesta. Más en concreto, se asevera que ha sido aplicada, desde su entrada en vigor en el año 2015, en una veintena de casos; lo que, sin duda, consideramos un número considerable. Lo que no resulta del todo claro es si a los partidos políticos autores de la propuesta dicha cifra les parece notable o si, por el contrario, la consideran insuficiente en términos de aplicabilidad de la norma. Muy a nuestro pesar, parece que todo apunta a esto último, ya que, como ya se ha dicho, el fin de la propuesta presentada es precisamente la ampliación

⁵⁸ *Ibidem.*, pp. 37-38.

⁵⁹ Cervelló Donderis, ob. cit., pp. 34-35.

⁶⁰ J.C. Ríos Martín, *La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad*, Donostia-San Sebastián, Tercera Prensa = Hirugarren Prentsa, D.L., 2013, p. 40.

⁶¹ Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-211-1.PDF (consultado el 20.07.2022).

de la pena de prisión permanente revisable. De ello nos ocuparemos más adelante.

Sea como fuere, al legislador o legisladora española no le falta razón cuando afirma que los casos en los que se ha aplicado la pena de prisión permanente revisable han sido «de gran repercusión en la opinión pública por las circunstancias de especial crueldad de los delitos objeto de enjuiciamiento» (EM. I.). Ahora bien, lo anterior no puede ser equivalente a estar a favor de la pena de prisión permanente revisable. Dicho de otro modo, reconocer la extrema gravedad y dureza de ciertos crímenes, así como la commoción social que los mismos generan, no obsta para que se muestre nuestro absoluto rechazo y disconformidad hacia esta pena que, valga la redundancia, es cruel e inhumana. No opinaría así, según recoge la EM, un gran porcentaje de la población, que conforme a lo recogido por «sucesivos estudios demoscópicos» se mostraría a favor de la aplicación de la pena de prisión permanente revisable para los delitos de extrema gravedad.

En segundo lugar, la EM habla sobre las pocas dudas de constitucionalidad que presenta la pena de prisión permanente revisable, antes incluso de que el TC se pronunciase al respecto en la STC 169/2021, de 6 de octubre. Y ello porque el TC ya había tenido la oportunidad de pronunciarse y establecer doctrina sobre las penas de naturaleza perpetua, si bien se trataba de casos en los que se decidía sobre la procedencia o no de la extradición pasiva.

Pues bien, esto que a ojos de los partidos políticos firmantes constituye una razón suficiente para afirmar la constitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable, no lo es tanto para el propio TC, que en la STC 169/2021, de 6 de octubre, inmediatamente después de decir que, «el problema de la constitucionalidad de las penas perpetuas ha sido abordada por este Tribunal en algunas ocasiones en relación con personas reclamadas por otros Estados en procedimientos de extradición pasiva (por ejemplo, STC 91/2000, de 30 de marzo; STC 148/2004, de 13 de septiembre; STC 181/2004, de 2 de noviembre)», estima, sin embargo, que «la cuestión suscitada en el presente recurso de inconstitucionalidad, sin embargo, no puede ser dirimida a partir de esta doctrina, elaborada en el ámbito de procedimientos de auxilio judicial internacional, en los que no se aplica ni se juzga la humanidad de la pena, sino la fiabilidad y suficiencia de las garantías ofrecidas por las autoridades de un Estado extranjero de que la persona reclamada, caso de ser entregada, no recibiría un trato incompatible con la dignidad humana, definiéndose el grado mínimo de control exigible a los tribunales españoles para cooperar eficazmente con otros Estados en la lucha contra la criminalidad sin incurrir en vulneración indirecta del derecho fundamental garantizado en el art. 15 CE» (FJ 4).

Por tanto, no parece aventurado afirmar, que en contra de lo que sostiene la EM, la constitucionalidad de una pena como es la prisión per-

manente revisable no es —o al menos no lo era hasta ahora— del todo clara, por lo que resultaba del todo necesario que el TC se pronunciara al respecto.

Una vez realizadas las puntualizaciones necesarias sobre las consideraciones precedentes, pasamos a analizar más detenidamente la propuesta de la ampliación del ámbito de aplicación de la pena de prisión permanente revisable, así como las razones que han llevado a los partidos políticos firmantes a presentar la misma.

En el estadio actual, el apartado primero del artículo 140 CP está redactado como sigue: «1. El asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: 1.^a Que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad; 2.^a Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima; 3.^a Que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal».

Como vemos, el apartado primero del artículo 140 CP abarca tres supuestos en los que es de aplicación la pena de prisión permanente revisable. La propuesta de ampliación, como ya se ha adelantado, pretende incluir a los supuestos ya descritos, otros dos más: «4.^a que el reo hubiere hecho desaparecer el cadáver de la víctima o no diere razón de su paradero; 5.^a que el autor hubiere sido condenado con anterioridad como reo de delito de asesinato».

La circunstancia segunda, esto es, cuando el asesinato es subsiguiente a un delito contra la libertad sexual, ya ha sido objeto de rigurosa atención por parte de la doctrina y la jurisprudencia⁶²; también por parte del Magistrado don Cándido Conde-Pumpido en el voto particular adicional que formula a la STC 169/2021, de 6 de octubre, con el que ya se ha manifestado nuestra conformidad en lo atinente a la desproporción exagerada e injustificada existente entre los artículos 139.4 y 140.1.2 CP, por lo que damos por reproducidas las observaciones realizadas al respecto.

Por lo que al objeto de nuestro estudio interesa, debemos ahora poner el acento en las circunstancias 4.^a y 5.^a que la Proposición de Ley Orgánica quiere introducir. Como ya se ha adelantado, las mismas responden a los supuestos de ocultación del cadáver y reincidencia.

El primero de ellos —que el sujeto activo del delito haga desaparecer el cadáver o no dé cuenta de su paradero— ya fue puesto sobre la mesa años atrás. En efecto, el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en

⁶² Vid. Por todos, F. Muñoz Conde, M. García Arán, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 59 y ss.

materia de prisión permanente revisable, pretendía ampliar el ámbito de aplicación de la prisión permanente revisable, donde se estimaba procedente ampliar la pena de prisión permanente revisable, a los efectos que aquí pretendidos, al siguiente supuesto: «que, descubierto el delito, el autor impida u obstruya la recuperación y entrega del cadáver a los familiares directos de la víctima, provocándoles un especial sufrimiento, físico o mental, o una situación de grave humillación».

Pues bien, ya entonces la referida propuesta fue objeto de severas críticas⁶³. Críticas que hoy son trasladables a lo que plantea la Proposición de Ley Orgánica aquí analizada que, si bien no se expresa en los mismos términos, el presupuesto de aplicación no deja de ser el mismo. En efecto, parte de la doctrina y la jurisprudencia ha puesto de manifiesto que el supuesto aludido vulnera el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia, recogido en el artículo 24.2 CE. En este sentido, se ha señalado en nuestra opinión acertadamente que «incluso en el supuesto de que el asesino o asesina sepa donde se encuentra el cadáver de su víctima, de ningún modo tendrá la obligación de colaborar con la Justicia si ello le perjudica, y obviamente, la indicación del paradero del cuerpo de su víctima, lo hace», lo que impide, casi resulta una obviedad decirlo, que la agravación de la pena se sustente sobre el ejercicio legítimo de un derecho fundamental⁶⁴.

Por lo que respecta a la circunstancia 5.^a, la reincidencia, parece procedente, antes que nada, hacer una aproximación al concepto, así como a la naturaleza que le otorga el Código penal español. Expresado sucintamente, en España⁶⁵, la reincidencia constituye una agravante genérica de responsabilidad penal que como su propio nombre indica, agrava la pena señalada por el delito cometido, cuando «al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza».

La reincidencia ha sido objeto de fundados reparos por parte de la doctrina⁶⁶ y la jurisprudencia⁶⁷. No es posible tratar en este lugar con el detalle que merece la cuestión del fundamento de la reincidencia y

⁶³ Vid. Por todos, C. Sánchez Benítez, *Derecho penal del enemigo en España*, Madrid, Reus editorial, 2020, pp. 173 y ss.

⁶⁴ *Ibidem.*, p. 183.

⁶⁵ En el derecho comparado, son tres las formas en las que se ha abordado la cuestión de la reincidencia o la reiteración delictiva, a saber: modelo agravatorio, moldeo de la peligrosidad y el modelo mixto. La mayoría de los Ordenamientos Jurídicos de nuestro entorno se acogen a la primera vía, mientras que, por ejemplo, en Alemania, la agravante de reincidencia es inconstitucional. J.M. Silva Sánchez et al., «La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura», en C. Da Agra et al., *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Barcelona, Atelier, 2003, 113-135, a pp. 115-116.

⁶⁶ Vid. Por todos, Mir Puig, ob. cit., pp. 657 y ss.

⁶⁷ Vid. Por todos, TS (Sala de lo Penal) Sentencia de 6 abril 1990 (RJ\1990\3195). Fundamento Jurídico primero.

su constitucionalidad, pero sí conviene resaltar, en línea con un sector doctrinal, que «la reiteración delictiva no es una cuestión que afecte a la gravedad del hecho cometido, de modo que la imposición de una pena superior en la condena por un delito determinado quede justificada por el mero hecho de la existencia de condenas anteriores. La reiteración delictiva, más bien, está en estrecha relación con la idea de peligrosidad futura del sujeto y, por ello, las reacciones que se adopten contra ella no deberían tener naturaleza automática sino distintiva en función de los correspondientes juicios de pronóstico»⁶⁸. En otras palabras, si aceptamos la idea de que la peligrosidad futura nada tiene que ver con el hecho antijurídico, ni tampoco con la pena que como consecuencia de ello se impone, tendremos que aceptar también que el delito no es más que un vestigio donde se manifiesta dicha peligrosidad. En suma, «la agravación de la pena por el delito cometido carece de sentido en el derecho penal de la pena que debe ser respetuoso con el principio de culpabilidad (...) lo procedente sería, más bien, en su caso, la imposición de medidas de seguridad o reglas de conducta que incidieran en el auténtico núcleo del problema y tendieran a solucionarlo»⁶⁹.

Como observa acertadamente Silva Sánchez, la sociedad tiene que asumir el riesgo de reincidencia, lo que resulta del todo razonable en el seno de un Estado de derecho que se sustenta sobre el equilibrio entre individuo y sociedad⁷⁰. Es más «una sociedad que quiere mantenerse en un Derecho penal respetuoso con la individualidad y los derechos fundamentales de la persona, también del delincuente, una sociedad que, por tanto, quiere conceder a todo autor la posibilidad de la resocialización, debe también estar dispuesta necesariamente a soportar un riesgo para la seguridad de la colectividad»⁷¹.

Amén de lo expuesto, hemos de rechazar no ya solo la pena de prisión permanente revisable, sino cualquier propuesta de ampliación de su ámbito de aplicación, que en todo caso debería reducirse, no ampliarse.

4. Conclusiones

1. La prisión permanente revisable supone un auténtico retroceso en la evolución histórica de las penas en España. En el año 1928 se puso fin a la prisión perpetua; sin embargo, hoy, casi 100 años

⁶⁸ Silva Sánchez et al., «La ideología», cit., p. 118.

⁶⁹ *Ibídem*.

⁷⁰ J.M. Silva Sánchez, «El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos», en *Revista de Derecho*, n.º 8, 2001, 177-188, a p. 187.

⁷¹ H. Schall, M. Schreibauer, *Prognose und Rückfall bei Sexualstraftätern*, NJW, 1997, citado en Silva Sánchez, «El retorno», cit., p. 188.

después de aquel memorable hito, la pena privativa de libertad no determinada en el tiempo vuelve a formar parte del elenco de penas que conforman el Código penal español. Resulta evidente que esta pena, que ha sido creada —según se dice— para «hacer justicia», se desmarca del principio de humanización que han de respetar todas las penas. Y ello porque las condiciones para lograr la libertad son, en parte, subjetivas, y no dependen en todos los casos de la persona presa. Por tanto, las opciones de que la revisión resulte positiva son realmente mínimas. No obstante, siendo este extremo, el carácter redimible de la pena, el único sustento de su constitucionalidad, el o la legisladora española se agarra a la misma como un clavo ardiendo, negándose a aceptar que la esperanza de obtener algún día la libertad, en realidad, no es más que una utopía.

2. Los argumentos de los que se sirve el o la legisladora española para justificar la entrada en vigor de la pena de prisión permanente revisable adolecen de fundamento empírico alguno que demuestre que haya habido un incremento en la tasa de criminalidad que motivaría la implantación de una consecuencia jurídica de tal envergadura. Aludir a la necesidad de restablecer la confianza en la Administración de Justicia, o incluso a un «sentimiento de justicia de la población» no son razones suficientes para incluir en el acervo punitivo una pena de tales características. La evidencia ha demostrado que penas más largas y severas no reducen la criminalidad, ni tampoco disuaden a la población de cometer delitos. Ni la argumentación del legislador o legisladora en el Preámbulo de la Ley ni la del Tribunal en la sentencia convencen.
3. La pena de prisión permanente revisable no deja de ser una manifestación más del Derecho penal del enemigo, que como aquí se ha expuesto es un Derecho penal diseñado para los «enemigos» de la sociedad, que tiene como principal objetivo la inocuización de la persona delincuente. A este tipo de sujetos se les niega la condición de persona, lo que posibilita implantar ciertas medidas que de otra manera sería inconcebible aplicar. La sociedad también contribuye en la creación de este «enemigo», y acepta las consecuencias jurídicas que este derecho, creado *ad hoc*, les impone. La pena de prisión permanente revisable es a todas luces la clara consecuencia de este tipo de políticas que a su vez han contribuido a la creación del Derecho penal del enemigo. Lo que resulta verdaderamente alarmante es que, en un estado social, democrático y de Derecho como el nuestro, esta pena, insistimos, cruel e inhumana, tenga incluso defensores.
4. La propuesta de ampliación del ámbito de aplicación de la pena de prisión permanente revisable es todo un despropósito, al igual que lo es la propia pena *per se*. Resulta, cuanto menos, llamativo

a la par que preocupante, que partidos políticos que en un principio habían mostrado su repulsa respecto a la implantación de la referida pena, muestren hoy su conformidad con la propuesta de Ley Orgánica que tiene como fin ampliar el ámbito de aplicación de la misma; ni que decir sobre aquellos que, de llegar al poder, pretenden expandir hasta tal punto la pena de prisión permanente revisable de tal manera que fuese de aplicación en cualesquiera de los comportamientos delictivos que constituyesen un delito grave. Es evidente, por de pronto, que estamos a años luz de eliminar esta pena del elenco de consecuencias jurídicas que conforman el Código penal, más si cabe, desde que goza de respaldo constitucional. No es casualidad que la propuesta de ampliación, que recordemos fue rechazada en 2018, haya tenido lugar apenas unos meses después de que el TC se pronunciara sobre la constitucionalidad de la mentada pena. Con todo, no cabe más que aventurar que, de seguir así, más pronto que tarde, la ya insostenible situación del Derecho penal se tornará irreversible.

5. Bibliografía

- Acale Sánchez, M., *La prisión permanente revisable ¿pena o cadalso?*, Madrid, Iustel, 2016.
- Arroyo Zapatero, L. et al., «Dictamen sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable», en L. Arroyo Zapatero et al. (eds.), C. Rodríguez Yagüe (coord.), *Contra la cadena perpetua*, Cuenca, Universidad de la Castilla-La Mancha, 2016, 17-79.
- Atienza, M., Juanatey Dorado, C., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la prisión permanente revisable», *Diario La Ley*, n. 10017, 2022, 1-9.
- Beristain, A., *Derecho penal y criminología*, Bogotá, Temis, 1986.
- Cancio Meliá, M., «De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?», en G. Jakobs, M. Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, ed. 2, Navarra, Thomson Civitas, 2006, 85-152.
- «La pena de cadena perpetua («prisión permanente revisable») en el Proyecto de reforma del Código Penal», *Diario La Ley*, n. 8175, 2013, 1-9.
- Cervelló Donderis, V., *Prisión perpetua y de larga duración. Régimen jurídico de la prisión permanente revisable*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- Corcoy Bidasolo, M., «Protección de bienes jurídico-penales supraindividuales y derecho penal mínimo», en S. Mir Puig (dir.), *Derecho penal del siglo XXI*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2008, 363-402.

- Cuerda Riezú, A., *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España*, Barcelona, Atelier, 2011.
- «Inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable y de las penas muy largas de prisión», *Otrosí*, n. 12, 2012, 29-33.
- Daunis Rodríguez, A., «La prisión permanente revisable. Principales argumentos en contra de su incorporación al acervo punitivo español», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 10, 2013, 64-114.
- De la Cuesta Arzamendi, J.L., «Principio de humanidad y prisión perpetua», en L. Arroyo Zapatero *et al.* (eds.), C. Rodríguez Yagüe (coord.), *Contra la cadena perpetua*, Cuenca, Universidad de la Castilla-La Mancha, 2016, 125-133.
- «El principio de humanidad en Derecho Penal», *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n. 23, 2009, 209-225.
- De León Villalba, F.J., «Penas de prisión de larga duración: eficacia versus legitimidad, determinación versus ejecución», en F.J. De León Villalba (dir.), B. López Lorca, (coord.), *Penas de prisión de larga duración*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, 35-117.
- Demetrio Crespo, E., «Del Derecho penal liberal al Derecho penal del enemigo», en F. Pérez Álvarez (coord.), *Serta: in memoriam Alessandro Baratta*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, 1027-1054.
- Díez Ripollés, J.L., «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 6, 2004, 1-34.
- Feeley, M.M., Simon, J., «The Ney Penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications», *Criminology*, vol. 30, n. 4, 1992, 449-474.
- García España, E. *et al.*, «Evolución de la delincuencia en España: análisis longitudinal con encuestas de victimización», *Revista Española de Investigación Criminológica: REIC*, n. 8, 2010, 1-27.
- García Rivas, N., «Razones para la inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable», *Revista General de Derecho Penal*, n. 28, 2017, 1-24.
- Garland, D., *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona, Gedisa, 2005.
- Gil Gil, A., *et al.*, *Consecuencias jurídicas del delito: regulación y datos de la respuesta a la infracción penal en España*, Madrid, UNED, 2018.
- Gimbernat Ordeig, E., «Contra la prisión permanente revisable», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 71, Fasc/Mes 1, 2018, 491-507.
- Gracia Martín, L., «Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 7, 2005, 1-43.

- Jakobs, G., «Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo», en G. Jakobs, M. Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, ed. 2, Navarra, Thomson Civitas, 2006, 21-56.
- «¿Terroristas como personas en Derecho?», en G. Jakobs, M. Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, ed. 2, Navarra, Thomson Civitas, 2006, 57-84.
- Juanatey Dorado, C., «Una moderna barbarie: la prisión permanente revisable», *Revista General de Derecho Penal*, n. 20, 2013, 1-13.
- Landa Gorostiza, J.M., «Prisión perpetua y de muy larga duración tras la LO 1/2015: ¿derecho a la esperanza?: Con especial consideración del terrorismo y del TEDH», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n. 17, 2015, 1-42.
- Lascuraín, J.A., «La insoportable levedad de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la prisión permanente revisable», *Revista General de Derecho Constitucional*, n. 36, 2022, 1-45.
- «Ni aunque sea revisable», *El País*, 2013.
- «Los males de la cadena perpetua revisable», *Diario El Mundo*, 2010.
- L. Lazarus, «Conceptions of liberty Deprivation», *Modern Law Review*, n. 69, 2006, 738-769.
- Martínez Garay, L., «Predicción de peligrosidad y juicio de constitucionalidad de la prisión perpetua», en L. Arroyo Zapatero et al. (eds.), C. Rodríguez Yagüe (coord.), *Contra la cadena perpetua*, Cuenca, Universidad de la Castilla-La Mancha, 2016, 139-162.
- Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, ed. 10, Barcelona, Reppertor, 2016.
- Muñoz Conde, F., García Arán, M., *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- Palacios, L.P., Riquert, F.L., «Teoría penal de excepción: el derecho penal del enemigo y el Estado de Derecho», en N. García Rivas et al., *El Derecho penal frente a la inseguridad global*, Albacete, Bomarzo, 2007, 149-170.
- Poncela García, J.A., «La prisión permanente revisable», en I. Ordeñana Gezuraga, M. Uriarte Ricote (dirs.), *Justicia en tiempos de crisis*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2016, 397-420.
- Prittowitz, C., «Derecho penal del enemigo: ¿análisis crítico o programa del Derecho Penal?», en M. Corcoy Bidasolo, S. Mir Puig (dirs.), V. Gómez Martín (coord.), *La política criminal en Europa*, Barcelona, Atelier, 2004, 107-120.
- Ríos Álvarez, R., «El Derecho penal del enemigo. El problema de su legitimidad a la luz de algunos de sus defensores y detractores», *Ars Boni et Aequi*, vol. 8, n. 2, 2012, 145-184.

- Ríos Martín, J.C., *La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad*, Donostia-San Sebastián, Tercera Prensa = Hirugarren Prentsa, D.L., 2013.
- Sáez Rodríguez, C., «Comentarios acerca del sistema de penas en la proyectada reforma del Código Penal español», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 2, 2013, 1-26.
- Sánchez Benítez, C., *Derecho penal del enemigo en España*, Madrid, Reus editorial, 2020.
- Santolaya Machetti, P., «La apertura de las Constituciones a su interpretación conforme a los tratados internacionales», en E. Ferrer Mac Gregor, A. Herrera García, (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, 447-456.
- Silva Sánchez, J.M., *La expansión del Derecho penal. Aproximación de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, ed. 3, Madrid, Edisofer, 2011.
- «El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos», en *Revista de Derecho*, n. 8, 2001, 177-188.
- Silva Sánchez, J.M. et al., «La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura», en C. Da Agra et al., *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Barcelona, Atelier, 2003, 113-135.
- Varona Gómez, D., «Quo vadis T.C.? sobre la constitucionalidad de la Prisión Permanente Revisable (PPR). STC 169/2021», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.1, 2022, 6-11.
- Zaffaroni, E.R., *El enemigo en el Derecho penal*, Bogotá, Grupo editorial Ibáñez, 2006.

