

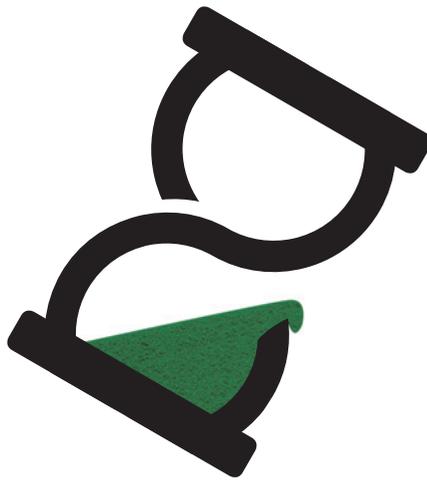
Contra la cadena perpetua

Editores:

**Luis Arroyo Zapatero, Juan Antonio Lascaraín Sánchez y
Mercedes Pérez Manzano**

Coordinadora:

Cristina Rodríguez Yagüe



CONTRA LA CADENA PERPETUA

Editores:
Luis Arroyo Zapatero, Juan Antonio Lascuráin Sánchez
y Mercedes Pérez Manzano

CONTRA LA CADENA PERPETUA

Coordinadora:
Cristina Rodríguez Yagüe



Ediciones de la Universidad
de Castilla-La Mancha

Cuenca, 2016

CONTRA la cadena perpetua / Luis Arroyo Zapatero, Juan Antonio Lascuraín Sánchez, Mercedes Pérez Manzano (Edit.) ; Cristina Rodríguez Yagüe (Coord.). – Cuenca : Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2016

188 p.– (Marino Barbero Santos ; 16)

ISBN 978-84-9044-220-3

1. Cadena perpetua 2. Penas de prisión - España I. Arroyo Zapatero, Luis ed. II. Lascuraín Sánchez, Juan Antonio, ed. III. Pérez Manzano, Mercedes ed. IV. Rodríguez Yagüe, Cristina, coord. V. Universidad de Castilla-La Mancha, ed. VI. Serie

343.26(460)

343.261

LNF

LNDC

Este libro ha sido financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España a través del Proyecto «La abolición de la pena de muerte en el Derecho» (Ref. DER2012-31859 MINECO2012).

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación solo puede ser realizada con la autorización de EDICIONES DE LA UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA, salvo excepción prevista por la ley.

Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos – www.cedro.org), si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

© de los textos e imágenes: sus autores.

© de la edición: Universidad de Castilla-La Mancha.

Edita: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Colección de estudios penales

MARINO BARBERO SANTOS nº 16

Dirigida por Luis Arroyo Zapatero

Diseño de la colección y de la cubierta:

CIDI (Universidad de Castilla-La Mancha)



Esta editorial es miembro de la UNE, lo que garantiza la difusión y comercialización de sus publicaciones a nivel nacional e internacional.

I.S.B.N.: 978-84-9044-220-3

Fotocomposición: Compobell, S.L.

Hecho en España (U.E.) – *Made in Spain (U.E.)*

ÍNDICE

<i>Prólogo</i> . Luis Arroyo Zapatero	11
---	----

PARTE I. DICTAMEN SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA PENA DE PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE

<i>Dictamen sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable</i> Lascuráin Sánchez, Juan Antonio; Pérez Manzano, Mercedes; Alcácer Guirao, Rafael; Arroyo Zapatero, Luis; de León Villalba, Javier; Martínez Garay, Lucía	17
I. ANTECEDENTES	17
II. OBJETO DEL DICTAMEN.....	22
III. DICTAMEN.....	22
III.1. Introducción: los pronunciamientos previos del Tribunal Consti- tucional y el estándar aplicable en la resolución de un recurso de inconstitucionalidad sobre la prisión perpetua revisable.....	22
A. Sobre los pronunciamientos previos del Tribunal Constitu- cional	22
B. Sobre el valor de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el estándar aplicable por el Tribunal Constitucional español	24

C. El valor de los pronunciamientos del TEDH sobre la cadena perpetua	26
D. Recapitulación.....	27
III.2. Sobre la posible inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable por su contrariedad a la prohibición de penas inhumanas o degradantes contenida (art. 15 CE).....	28
A. La cadena perpetua es inhumana y vulnera los arts. 15 CE y 3 CEDH y así ha sido declarado por el Tribunal Constitucional español y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos	28
a. La cadena perpetua es denigrante porque priva al reo de forma absoluta y de por vida de su autonomía personal ...	29
b. La prisión permanente es cruel e inhumana porque ocasiona al reo padecimientos psíquicos de gran intensidad..	30
c. La prisión permanente es cruel e inhumana porque produce el deterioro de la personalidad del reo.....	30
d. La prisión permanente es una pena de naturaleza corporal...	32
B. El carácter revisable de la privación perpetua de la libertad no la convierte en una pena humana	32
a. Aunque la prisión permanente sea revisable, se mantiene la posibilidad de que sea perpetua y, por tanto, inconstitucional	33
b. Tampoco la pena de muerte sería constitucional si se la sometiera a la condición de reinsertabilidad social del reo .	34
c. La libertad del reo no depende de su autonomía.....	34
d. Para la revisibilidad de la cadena perpetua no dispone el juez de un instrumento racional y certero	37
e. Las condiciones absolutamente indeterminadas de la revisión no pueden generar una expectativa razonable sobre la puesta en libertad	38
C. La inconstitucionalidad por falta de garantías de preservación de la humanidad de la pena	40
D. Recapitulación.....	41
III.3. Sobre la posible inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable por su contrariedad con los principios de culpabilidad y proporcionalidad y por vulnerar, en consecuencia, el derecho a la libertad (art. 17 CE).....	42
A. Sobre el canon aplicable.....	43
B. La vulneración del derecho a la libertad (art. 17 CE) derivada de la conculcación de los principios de proporcionalidad y culpabilidad por el hecho propio.....	45
C. Recapitulación.....	49

III.4. Sobre la posible inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable por su contrariedad al mandato de determinación (art. 25.1 CE)	49
A. El mandato de determinación	49
B. La prisión permanente revisable desde la perspectiva del mandato de determinación	50
C. El canon constitucional de la determinación penal	56
D. Recapitulación	59
III.5. Sobre la posible inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable por su contrariedad al mandato de resocialización (art. 25.2 CE)	60
A. El canon de constitucionalidad	60
B. La inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable <i>ex</i> mandato de resocialización	63
a. Desproporcionada duración del periodo de cumplimiento efectivo sin posibilidad de revisión	63
b. Indeterminación y arbitrariedad de los criterios que permiten suspender la ejecución de la pena	67
c. La perpetuidad de la condena que se impone al ciudadano	72
C. La inconstitucionalidad por falta de garantías de preservación del mandato de resocialización	74
D. Recapitulación	75
IV. CONCLUSIONES	76

**PARTE II.
REFLEXIONES PARA EL DEBATE**

<i>La ideología expiatoria y la cadena perpetua</i> Quintero Olivares, Gonzalo	83
<i>La esperanza</i> Álvarez García, Francisco Javier	87
<i>Prisión permanente revisable y derechos humanos</i> de León Villalba, Francisco Javier	91
<i>La prisión permanente revisable en los informes de los órganos consultivos</i> García Rivas, Nicolás	107

<i>Está terminantemente prohibido legislar sin evaluar</i> Nieto Martín, Adán	115
<i>No solo mala: inconstitucional</i> Lascuraín Sánchez, Juan Antonio	119
<i>Principio de humanidad y prisión perpetua</i> de la Cuesta Arzamendi, José Luis	125
<i>La cadena perpetua vulnera el artículo 14 de la Constitución, que prohíbe cualquier trato discriminatorio</i> Cuerda Riezu, Antonio	135
<i>Predicción de peligrosidad y juicio de constitucionalidad de la prisión perpetua</i> Martínez Garay, Lucía	139
<i>Apuntes sobre la inconstitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable desde la perspectiva del derecho penitenciario</i> Acale Sánchez, María	163
<i>Sobre la prisión permanente y sus consecuencias penitenciarias</i> García Valdés, Carlos	171
<i>La dignidad de todas las personas</i> Vives Antón, Tomás S.	179
<i>Relación de Profesores que se han sumado a la Declaración contra la pena de prisión perpetua</i>	183

PARTE I.
DICTAMEN SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD
DE LA PENA DE PRISIÓN PERMANENTE
REVISABLE

DICTAMEN SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE

JUAN ANTONIO LASCURAÍN SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho Penal
(Universidad Autónoma de Madrid)

MERCEDES PÉREZ MANZANO

Catedrática de Derecho Penal
(Universidad Autónoma de Madrid)

RAFAEL ALCÁCER GUIRAO

Profesor Titular de Derecho Penal
(Universidad Rey Juan Carlos)

LUIS ARROYO ZAPATERO

Catedrático de Derecho Penal
(Universidad de Castilla-La Mancha)

JAVIER DE LEÓN VILLALBA

Profesor Titular de Derecho Penal
(Universidad de Castilla-La Mancha)

LUCÍA MARTÍNEZ GARAY

Profesora Titular de Derecho Penal
(Universidad de Valencia)

I. ANTECEDENTES

1. El día 31 de marzo se publicó en el BOE la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 1071995, de 23 de noviembre, del Código Penal. A través de esta reforma se introduce en el Código Penal una nueva pena denominada “prisión permanente revisable”.

2. Según el **artículo 36.1 CP**:

«1. La pena de prisión permanente será revisada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 92.

La clasificación del condenado en el tercer grado deberá ser autorizada por el tribunal previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, oídos el Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias, y no podrá efectuarse:

a) Hasta el cumplimiento de veinte años de prisión efectiva, en el caso de que el penado lo hubiera sido por un delito del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código.

b) Hasta el cumplimiento de quince años de prisión efectiva, en el resto de los casos.

En estos supuestos, el penado no podrá disfrutar de permisos de salida hasta que haya cumplido un mínimo de doce años de prisión, en el caso previsto en la letra a), y ocho años de prisión, en el previsto en la letra b)».

Según el **artículo 78 bis CP**:

«1. Cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable, la progresión a tercer grado requerirá del cumplimiento:

a) de un mínimo de dieciocho años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos, uno de ellos esté castigado con pena de prisión permanente revisable y el resto de las penas impuestas sumen un total que exceda de cinco años.

b) de un mínimo de veinte años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos, uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de las penas impuestas sumen un total que exceda de quince años.

c) de un mínimo de veintidós años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos y dos o más de ellos estén castigados con una pena de prisión permanente revisable, o bien uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de penas impuestas sumen un total de veinticinco años o más.

2. En estos casos, la suspensión de la ejecución del resto de la pena requerirá que el penado haya extinguido:

a) Un mínimo de veinticinco años de prisión, en los supuestos a los que se refieren las letras a) y b) del apartado anterior.

b) Un mínimo de treinta años de prisión en el de la letra c) del apartado anterior.

3. Si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, los límites mínimos de cum-

plimiento para el acceso al tercer grado de clasificación serán de veinticuatro años de prisión, en los supuestos a que se refieren las letras a) y b) del apartado primero, y de treinta y dos años de prisión en el de la letra c) del apartado primero.

En estos casos, la suspensión de la ejecución del resto de la pena requerirá que el penado haya extinguido un mínimo de veintiocho años de prisión, en los supuestos a que se refieren las letras a) y b) del apartado primero, y de treinta y cinco años de prisión en el de la letra b) del apartado primero».

Según el **artículo 92 CP**:

«1. El tribunal acordará la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que el penado haya cumplido veinticinco años de su condena, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 78 bis para los casos regulados en el mismo.

b) Que se encuentre clasificado en tercer grado.

c) Que el tribunal, a la vista de 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, pueda fundar, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario y por aquellos especialistas que el propio tribunal determine, la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social.

En el caso de que el penado lo hubiera sido por varios delitos, el examen de los requisitos a que se refiere la letra c) se realizará valorando en su conjunto todos los delitos cometidos.

El tribunal resolverá sobre la suspensión de la pena de prisión permanente revisable tras un procedimiento oral contradictorio en el que intervendrán el Ministerio Fiscal y el penado, asistido por su abogado.

2. Si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, será además necesario que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio

de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.

3. La suspensión de la ejecución tendrá una duración de cinco a diez años. El plazo de suspensión y libertad condicional se computará desde la fecha de puesta en libertad del penado. Son aplicables las normas contenidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 80 y en los artículos 83, 86, 87 y 91.

El juez o tribunal, a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas, podrá modificar la decisión que anteriormente hubiera adoptado conforme al artículo 83, y acordar la imposición de nuevas prohibiciones, deberes o prestaciones, la modificación de las que ya hubieran sido acordadas, o el alzamiento de las mismas.

Asimismo, el juez de vigilancia penitenciaria revocará la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la libertad condicional concedida 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.

4. Extinguida la parte de la condena a que se refiere la letra a) del apartado 1 de este artículo o, en su caso, en el artículo 78 bis, el tribunal deberá verificar, al menos cada dos años, el cumplimiento del resto de requisitos de la libertad condicional. El tribunal resolverá también las peticiones de concesión de la libertad condicional del penado, pero podrá fijar un plazo de hasta un año dentro del cual, tras haber sido rechazada una petición, no se dará curso a sus nuevas solicitudes».

3. El **Preámbulo** de la Ley Orgánica dedica el apartado II a la justificación de la nueva pena:

“La reforma introduce una nueva pena de prisión permanente revisable, que 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 (prisión permanente), si bien sujeta a un régimen de revisión: tras el cumplimiento íntegro de una parte relevante de la condena, cuya

duración depende de la cantidad de delitos cometidos y de su naturaleza, acreditada la reinserción del penado, éste puede obtener una libertad condicionada al cumplimiento de ciertas exigencias, en particular, la no comisión de nuevos hechos delictivos.

La prisión permanente revisable, cuya regulación se anuncia, de ningún modo renuncia a la reinserción del penado: una vez cumplida una parte mínima de la condena, un tribunal colegiado deberá valorar nuevamente las circunstancias del penado y del delito cometido y podrá revisar su situación personal. La previsión de esta revisión judicial periódica de la situación personal del penado, idónea para poder verificar en cada caso el necesario pronóstico favorable de reinserción social, aleja toda duda de inhumanidad de esta pena, al garantizar un horizonte de libertad para el condenado.

En la prisión permanente revisable, cumplida esa primera parte mínima de la pena, si el tribunal considera que no concurren los requisitos necesarios para que el penado pueda recuperar la libertad, se fijará un plazo para llevar a cabo una nueva revisión de su situación; y si, por el contrario, el tribunal valora que cumple los requisitos necesarios para quedar en libertad, se establecerá un plazo de libertad condicional en el que se impondrán condiciones y medidas de control orientadas tanto a garantizar la seguridad de la sociedad, como a asistir al penado en esta fase final de su reinserción social. La pena de prisión permanente revisable no constituye, por ello, una suerte de «pena definitiva» en la que el Estado se desentiende del penado. Al contrario, se trata de una institución que compatibiliza la existencia de una respuesta penal ajustada a la gravedad de la culpabilidad, con la finalidad de reeducación a la que debe ser orientada la ejecución de las penas de prisión. Se trata, en realidad, de un modelo extendido en el Derecho comparado europeo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado ajustado a la Convención Europea de Derechos Humanos, pues ha declarado que cuando la ley nacional ofrece la posibilidad de revisión de la condena de duración indeterminada con vistas a su conmutación, remisión, terminación o libertad condicional del penado, esto es suficiente para dar satisfacción al artículo 3 del Convenio (cfr. SSTEDH 12-2-2008, caso Kafkaris vs. Chipre; 3-11-2009, caso Meixner vs. Alemania; 13-11-2014, caso Bodein vs. Francia; 3-2-2015, caso Hutchinson vs. Reino Unido).

El Consejo de Estado ha tenido también oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las penas de duración indeterminada –pero revisables–, al informar con relación a la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional, en el que está prevista la posible imposición de una pena de prisión permanente”.

En el apartado V se añade:

“Y, finalmente, se introduce la regulación del régimen de revisión de la prisión permanente revisable como un supuesto de libertad condicional o de suspensión de la ejecución de la pena. Si el tribunal concede la libertad, fija un plazo de «suspensión» de la ejecución durante el cual el penado queda sujeto a condiciones: el incumplimiento de las mismas o la comisión de nuevos delitos determina –durante este período de suspensión– la revocación de la misma y el reingreso del penado en prisión. Para la revisión de la prisión se establece un doble régimen. Cumplida una parte de la condena que oscila entre veinticinco y treinta y cinco años de condena, el tribunal deberá revisar de oficio si la prisión debe ser mantenida cada dos años; y lo hará también siempre que el penado lo solicite, si bien tras la desestimación de una petición podrá fijar un plazo máximo de un año dentro del cual no se dará curso a nuevas solicitudes”.

II. OBJETO DEL DICTAMEN

¿Resultan conformes a la Constitución española los artículos 33.2.a, 35, 36, 76.1.e, 78 bis y 92 del Código Penal, en la redacción dada por la LO 1/2015, reguladores de la prisión permanente revisable, y los artículos 140, 485.1, 605.1, 607.1.1º, 607.1.2º y 607 bis 2.1º del Código Penal, en la redacción dada por la LO 1/2015, en cuanto que imponen esta pena para los delitos en ellos tipificados?

III. DICTAMEN

III.1. Introducción: Los pronunciamientos previos del Tribunal Constitucional y El estándar aplicable en la resolución de un recurso de inconstitucionalidad sobre la prisión perpetua revisable.

A. Sobre los pronunciamientos previos del Tribunal Constitucional.

1. El Tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre la compatibilidad de la prisión perpetua, revisable o no, con la Constitución española, sino sobre la adecuación a un estándar constitucional mínimo, el núcleo absoluto de los derechos fundamentales, de las resoluciones que acordaban la procedencia de la extradición en casos en los que se había impuesto, o era previsible la imposición, de una pena de cadena perpetua configurada en otros ordenamientos jurídicos.

Si bien es cierto que es posible encontrar alguna sentencia en la que el Tribunal Constitucional ha realizado alguna afirmación indirecta sobre la compatibilidad de la cadena perpetua con la Constitución, como vamos a ver, no constituye argumentación aplicable al caso. Esta afirmación se sustenta en el hecho de que los pronunciamientos del Tribunal Constitucional se han producido al analizar resoluciones judiciales que acordaban la procedencia de la **extradición** reclamada por otro país y en estos casos **no rige el estándar pleno** de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución. Como es sabido, desde la STC 91/2000, de 30 de marzo, el Tribunal Constitucional ha señalado que en estos casos en los que, indirectamente, se está juzgando la adecuación de resoluciones judiciales extranjeras a la Constitución Española no puede regir el estándar pleno de nuestros derechos fundamentales, sino tan sólo su “**núcleo absoluto**” (SSTC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 8; 32/2003, de 13 de febrero, FJ 2; 26/2014, de 13 de febrero, FJ 4). Además, precisó que en la determinación de ese núcleo o contenido absoluto del derecho, vinculante en todo caso, hay que utilizar como parámetro los convenios internacionales de protección de los derechos humanos y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7).

Fue en este contexto en el que el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la compatibilidad de la pena de *ergastolo*; el comienzo del fundamento jurídico noveno de la STC 91/2000 es muy claro en este sentido:

“Admitida en tales términos la posible relevancia constitucional de las quejas consistentes en las que hemos denominado «vulneraciones indirectas» de los derechos fundamentales, nos corresponde analizar ahora la supuesta lesión de los arts. 15 y 25 CE que se anuda a la decisión de entrega incondicionada basada en los mandamientos de prisión («Ordinanze di custodia in carcere») por los que se concedió la extradición, en la medida en que los hechos investigados en ellas son, según dice, de los que podrían dar lugar a la imposición de la pena de «reclusión perpetua», pena que considera inhumana y degradante e incompatible con los fines de reinserción social que nuestra Constitución proclama como orientación de las penas privativas de libertad”¹.

En todas las ocasiones en las que **el Tribunal Constitucional** se ha pronunciado sobre la cuestión desde entonces (STC 162/2000, de 12 de junio, FJ 7; 351/2006, FJ 7), ha analizado resoluciones dictadas en procedimientos de extradición y, por tanto, **ha examinado la cadena perpetua tomando como parámetro de valoración el núcleo absoluto de los derechos fundamentales invocados y no su contenido**

1 Todas las cursivas y las negritas de las sentencias transcritas en este dictamen son añadidas.

pleno. El carácter limitado de los pronunciamientos en esta materia se ha hecho literalmente explícito en la STC 49/2006, de 13 de febrero, FJ 5, al sostener:

“Finalmente se invoca en la demanda la vulneración del derecho del recurrente a la vida e integridad física y a no ser sometido a tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes, fundamentada en la eventualidad de que, tras su enjuiciamiento en Albania, le sean impuestas la pena ... de cadena perpetua. Esta pretensión, sin embargo, también ha de ser desestimada, por cuanto... *la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de este Tribunal han considerado garantías necesarias y suficientes* de salvaguarda de los derechos a la vida, integridad física y prohibición de tortura y tratos inhumanos o degradantes *en este ámbito extradicional*, a saber: que, ... en caso de imponerse la pena de cadena perpetua, el cumplimiento de la misma no será indefectiblemente «de por vida»”.

B. Sobre el valor de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el estándar aplicable por el Tribunal Constitucional español.

2. Al Tribunal Constitucional le vincula la Constitución Española y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no es una instancia superior supranacional.

Es patente, y así ha sido declarado en innumerables ocasiones por el Tribunal Constitucional español, que a este alto Tribunal le vincula sólo la Constitución española (art. 53.2 CE) y, por ello, no cabe la invocación directa de la vulneración de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos o en otros tratados internacionales relativos a los derechos humanos, que sólo forman parte del Derecho interno, como cualquier otro tratado, a partir del cumplimiento del procedimiento previsto en el art. 96.1 CE. El parámetro de constitucionalidad de las normas es la propia Constitución y no los tratados internacionales:

“[N]o le corresponde a este Tribunal ... examinar la observancia o inobservancia, *per se*, de textos internacionales, sino comprobar el respeto o la infracción de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales y libertades públicas ... (arts. 53.2 C.E. y 49.1 LOTC) sin perjuicio de que por mandato del art. 10.2 C.E. deban tales preceptos ser interpretados «de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España»” (STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 1).

“[E]l art. 10.2 CE ... «no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Si así fuera, sobraría la proclamación constitucional de tales derechos, bastando con que el constituyente hubiera efectuado una remisión a las Declaraciones internacionales de derechos humanos o, en general, a los tratados que suscriba al Estado español sobre derechos fundamentales y libertades públicas” STC 236/2007, 8 de noviembre, FJ 5).

El art. 10.2 CE “[n]o da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución” (STC 36/1991, 14 de febrero, FJ 5; 236/2007, de 8 de noviembre, FJ 5).

También ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional que “[d]esde la perspectiva del Derecho Internacional y de su fuerza vinculante (art. 96 C.E.), el Convenio [Europeo de Derechos Humanos no] ... ha introducido en el orden jurídico interno una instancia superior supranacional en el sentido técnico del término, de revisión o control directo de las decisiones judiciales o administrativas internas” (STC 245/1991, de 16 de diciembre, FJ 2).

3. La cláusula de apertura al Derecho Internacional de los derechos humanos del art. 10.2 CE no habilita para el recorte de los derechos proclamados por ella, ni, por último, para la disminución del contenido de los mismos reconocido en la Constitución.

Aunque las anteriores declaraciones del Tribunal han sido realizadas para limitar la obligación de acrecentar de forma automática los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española o el contenido que la Constitución les garantiza, con mayor razón estas declaraciones cobran sentido si se tratara de limitar los derechos fundamentales o recortar su contenido.

Como la doctrina científica ha señalado, el art. 10.2 CE habilita para realizar una **interpretación de la Constitución conforme al Derecho Internacional de los derechos humanos** lo que debe ser entendido como **compatibilidad** con el mismo y no como deductibilidad lógica o identidad absoluta. En primer lugar, esta conclusión deriva naturalmente de la condición de **mínimos de los derechos que tales convenios reconocen**, pues los tratados internacionales de derechos humanos configuran el estándar mínimo de derechos que los Estados Parte se obligan a respetar. Por tal razón, el art. 53 CEDH, establece que “[n]inguna 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 ésta sea parte". Esta condición de contenido mínimo ha sido reconocida, como no podía ser de otro modo, por la jurisprudencia constitucional (SSTC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7).

En segundo lugar, aceptar que la interpretación de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española, conforme al Derecho Internacional de los derechos humanos, implica la deducción del contenido de los derechos y su identidad con el contenido asignado a los mismos en los textos internacionales, produciría dos resultados absolutamente inasumibles. De un lado, implicaría de facto "**subvertir la condición del Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la norma fundamental**", si estuviera sometido en todo caso a la interpretación que de los derechos realizara el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y, de otro, "el Tribunal Constitucional **no podría declarar la contradicción con la Constitución de ningún acuerdo internacional en materia de derechos** ya que toda oposición, incluso flagrante, entre ambos habría de salvarse en beneficio de este último, del que deberían deducirse lógicamente los contenidos de los derechos presentes en la Constitución que, de este modo, en la práctica, dejaría de ocupar la cabecera del ordenamiento"².

En consecuencia, si la Constitución Española proclama derechos o garantías en un nivel de protección superior al de los tratados internacionales, no existe obligación alguna derivada del propio Derecho Internacional de los derechos humanos o del art. 10.2 CE de minorar el contenido constitucionalmente garantizado de tales derechos en su ámbito de aplicación interno, dentro de las fronteras jurisdiccionales del Estado.

C. El valor de los pronunciamientos del TEDH sobre la cadena perpetua.

4. 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 puede garantizar un estándar de protección superior.

Aunque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en distintas ocasiones sobre la compatibilidad de la cadena perpetua con el Convenio

2 SAÍNZ ARNAÍZ, A.: «Comentario al art. 10.2 CE», en *Comentarios a la Constitución, XXX Aniversario*, Fundación Walter Kluwers, Madrid, 2009.

Europeo de Derechos Humanos, dichos pronunciamientos **no son definitivos** dado que, en primer lugar, la Constitución española reconoce expresamente otros derechos, como es el caso del mandato de reinserción y resocialización contenido en el art. 25.2 CE, que no se contempla en el Convenio Europeo de Derechos Humanos; en segundo lugar, nada impide que la Constitución, en la interpretación que de la misma haga el Tribunal Constitucional, haya asignado un contenido más protector y garantista a algún derecho también reconocido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos; y finalmente, el texto constitucional es un parámetro de análisis más rico y diverso en cuanto que, junto con el catálogo de derechos fundamentales, comprende valores, principios y reglas que los complementan o que constituyen perspectivas diferentes de constitucionalidad.

Como ejemplo de lo afirmado recuérdese que el Tribunal Constitucional ha asignado un alcance mayor a la libertad de expresión, y que por ello estimó la inconstitucionalidad parcial del precepto penal que sancionaba la negación del genocidio (STC 235/2007, de 7 de noviembre) a pesar de los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; o que, en relación con el derecho al *non bis in idem*, desde antiguo se reconoce en la jurisprudencia constitucional la aplicación de este derecho en el marco de un único procedimiento, sin que sea necesario el dictado de una primera resolución con efecto de cosa juzgada como exige el art. 4 del Protocolo 7 del CEDH [por todas SSTC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; 221/1997, de 4 de diciembre, FJ 3; 2/2003, de 16 de enero, FJ 3. a); 188/2005, de 7 de julio, FJ 2.b)].

D. Recapitulación

5. Como deriva de lo expuesto:

1. El estándar que debe aplicar el Tribunal Constitucional cuando se presenta un recurso de inconstitucionalidad sobre una ley española, como la que prevé la prisión permanente revisable, es el estándar pleno de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y no un estándar reducido cual es el denominado “núcleo absoluto”, que es el aplicable sólo y exclusivamente cuando se examinan vulneraciones indirectas de derechos fundamentales, ocasionadas directamente por un poder público no español, en relación con resoluciones dictadas en procedimientos de extradición.

2. No existe ningún pronunciamiento directo del Tribunal Constitucional sobre la compatibilidad de la cadena perpetua con la Constitución en su estándar pleno, sino tan sólo declaraciones sobre la compatibilidad de la misma con el estándar disminuido del “núcleo absoluto” de los derechos invocados, aplicable sólo respecto de la extradición.

3. Para la determinación del contenido de los derechos fundamentales, si bien se han de tener en cuenta los tratados internacionales en materia de derechos humanos firmados por España (art. 10.2 CE), tal “interpretación conforme” no puede conducir por sí misma a una minoración de los derechos o del contenido asignado en la Constitución.

4. El contenido y ámbito de protección establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos no puede utilizarse como parámetro interpretativo de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española con el objetivo de reducir su alcance y contenido, como, de otra parte, establece de forma tajante el art. 53 del CEDH y deriva de la condición de mínimos de asignada a tales derechos.

5. Ninguno de los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la compatibilidad de la cadena perpetua con los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos puede considerarse suficiente a los efectos de examinar la compatibilidad de tal pena con la Constitución española, pues el Tribunal Constitucional Español debe examinar la prisión perpetua revisable a la luz del contenido de nuestras normas constitucionales, que, como se acaba de razonar, puede contener un estándar superior de derechos fundamentales.

III.2. Sobre la posible inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable por su contrariedad a la prohibición de penas inhumanas o degradantes contenida (art. 15 Ce).

A. La cadena perpetua es inhumana y vulnera los arts. 15 CE y 3 CEDH y así ha sido declarado por el Tribunal Constitucional español y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

6. El punto de partida para valorar la adecuación de la prisión perpetua revisable al art. 15 CE es que tanto el Tribunal Constitucional (SSTC 91/2000 de 30 de marzo, FJ 9; 162/2000, FJ7) como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todas, STEDH de 9 de julio de 2013, asunto Vinter y otros c. Reino Unido, párs. 113, 121; de 3 de febrero de 2015, asunto Hutchinson contra el Reino Unido, pár. 19) han reconocido expresamente que un “riguroso encarcelamiento de por vida” sin expectativas de libertad es inhumano, o en palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que **vulnera la dignidad humana la privación de libertad de por vida sin otorgar al reo una posibilidad de recobrarla un día**. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido muy claro al exponer las razones que avalan la necesidad de la revisión: si la retribución, las **necesidades** de disuasión y prevención general y reinserción aparecen en una determinada relación en el momento de la imposición de

la condena, sin embargo, el equilibrio entre ellos **no es inmutable** y evolucionará a lo largo de la ejecución de la pena, por lo que la argumentación que puede justificar la prisión cuando se impone la condena no puede justificar el mantenimiento en prisión del condenado una vez cumplida una parte sustancial de ella (STEDH de 9 de julio de 2013, asunto Vinter y otros c. Reino Unido, párr. 111). Y, en segundo lugar, haciendo suya la argumentación del Tribunal Constitucional alemán, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostiene que privar a la persona de por vida de su libertad sin darle una **oportunidad de recobrarla** conculca su dignidad (párr. 113).

Si el estándar de inhumanidad de las penas depende de la intensidad de los padecimientos que provoca la pena por su propia naturaleza o su forma de ejecución, o depende del alcance de la sensación de humillación y envilecimiento que acarrea (por todas STC 65/1986, de 22 de mayo, FJ 4), no requiere ninguna argumentación suplementaria sostener que **la cadena perpetua no revisable traspasa el umbral exigido** por la jurisprudencia constitucional española y europea y, por tanto, que vulnera la prohibición de penas o tratos inhumanos o degradantes reconocida en el art. 15 CE y 3 CEDH.

No obstante, conviene recordar **las razones que avalan el carácter inhumano, cruel y degradante de la cadena perpetua** no revisable para estar en condiciones de argumentar si, como pretende el legislador, el carácter revisable de dicha condena, o el procedimiento y regulación previstos en particular, desactiva tan importante tacha de inconstitucionalidad. Estos argumentos son: la cadena perpetua es denigrante porque priva al reo del atributo que le hace humano, su libertad; la cadena perpetua es cruel e inhumana porque ocasiona graves padecimientos psíquicos al condenado; la cadena perpetua es cruel e inhumana porque produce el deterioro de la personalidad del reo y un menoscabo cierto de sus capacidades y habilidades cognitivas y sociales; la cadena perpetua es inhumana y degradante porque, consecuencia de lo anterior, ha de ser catalogada como pena corporal.

a. La cadena perpetua es denigrante porque priva al reo de forma absoluta y de por vida de su autonomía personal.

7. La cadena perpetua es denigrante porque priva al reo de forma absoluta y de por vida de aquello que le hace sencillamente humano: su libertad y autonomía personal y así lo reconoció el Tribunal Constitucional (STC 147/2000, FJ 3) al declarar que la libertad humana es lo que “hace al hombre sencillamente hombre”.

Negar la libertad de forma indefinida al reo es negarle su condición de persona, de miembro de una comunidad social y política, y, por tanto, supone privarle de su dignidad y condición humana. Al revocarle el atributo esencial inherente a su

condición humana, el penado queda reducido a mero ser biológico, a su sustrato físico. Por ello, la prisión de por vida es a la persona lo que la pena de muerte es a su sustrato biológico: un instrumento para su destrucción permanente³.

b. La prisión permanente es cruel e inhumana porque ocasiona al reo padecimientos psíquicos de gran intensidad.

8. La prisión de por vida genera en el reo desesperanza, desánimo, desaliento, desmotivación, en definitiva, para la vida, debido a la falta de expectativas de libertad futura. La prisión de por vida supone saberse sometido a control y disciplina de forma permanente y a todo tipo de restricciones inherentes a la propia situación de encierro. Es el mantenimiento de dicha situación la que convierte la privación de libertad en intolerablemente dolorosa para el reo. Como algún autor ha sostenido, del propio respeto a la dignidad del reo deriva el “derecho a la esperanza”⁴; esto es, en palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el deber de los Estados de proporcionar a todo interno una **expectativa realista** de puesta en libertad (STEDH asunto Vinter y otros c. Reino Unido, 9 de julio de 2013, pár. 113 y ss.).

c. La prisión permanente es cruel e inhumana porque produce el deterioro de la personalidad del reo.

9. **La prisión permanente deteriora la personalidad del preso, produciéndole un menoscabo cierto de sus capacidades y habilidades cognitivas y sociales.** Estudios científicos realizados en distintos países y cárceles han evidenciado que a partir de un cierto período de privación de libertad, se produce un **grave deterioro en el núcleo esencial** de la persona, en su personalidad. Se dañan las capacidades cognitivas, emocionales, comunicativas y sociales del reo. Estos graves menoscabos suponen una afección, por tanto, de su integridad física y moral: un **daño suplementario que se añade al inherente a la restricción de libertad** que es propia de la pena de prisión. Y si bien este deterioro es paulatino, hay acuerdo en señalar que los daños comienzan a ser irreparables a partir de un momento que puede fijarse en torno a los veinte años. No se trata de menoscabos leves, que son inherentes a cualquier pena de prisión, sino de daños especialmente graves y de carácter permanente e irreversible.

3 PÉREZ MANZANO, M., en LASCURAÍN, J.A., dir.: *Introducción al Derecho Penal*, 2011, pp. 132 y ss.

4 VAN ZYL SMIT, D. et al: «Whole Life Sentences and the Tide of European Human Rights Jurisprudence: What Is to Be Done?». *Human Rights Law review*, 14, 2014, pp. 65 y ss.

Como ha sido puesto de relieve por el **Comité de Prevención de la Tortura del Consejo de Europa**⁵ y **ONU en sus informes**⁶, el encarcelamiento a largo plazo tiene graves efectos sobre los internos. A la **institucionalización** que sufre cualquier interno, se añade respecto de los prisioneros de largo plazo la experimentación de una serie de **trastornos** psicológicos, que incluyen la **pérdida de la autoestima**, el **deterioro de las habilidades** sociales y una tendencia a estar cada vez más **alejados** de la sociedad.

Confluyen con los resultados de estos informes **rigurosas investigaciones científicas** realizadas en el ámbito europeo, que muestran que muchos de los sujetos que cumplen penas de larga duración **sufren psicológicamente hasta un nivel clínicamente relevante**⁷, sin que existan medios para su tratamiento ni siquiera tras su puesta en libertad⁸. Estas investigaciones detectan, además, un **aumento significativo de las tasas de suicidio**, mostrando como causas, los altos niveles de estrés debido a la falta de seguridad y de contacto con el exterior y al modelo de relaciones en prisión⁹.

Los mismos devastadores efectos han sido detectados en uno de los pocos estudios realizados dentro de nuestro sistema penitenciario, el realizado en el Centro Penitenciario El Dueso. Este estudio, realizado sobre internos que llevaban más de diez años continuados e ininterrumpidamente en prisión (doce años y tres meses de media) concluye que los efectos fundamentales que producen las penas de larga duración son¹⁰:

- Descenso del rendimiento cognitivo.
- Descenso especialmente agudo en las funciones de atención, cálculo y memoria. El déficit en el rendimiento en estas funciones incapacita para el

5 European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: *CPT Standards*. CPT/Inf/E (2002) – Rev. 2015, p. 28.

6 UN Crime Prevention and Criminal Justice Branch (1994) document ST/CSDHA/24. Naciones Unidas, de forma reiterada, ha venido insistiendo en la existencia de efectos negativos, tanto psíquicos como físicos de los internos de larga duración: “Prisoners sentenced to life imprisonment may suffer from psychological and sociological problems that may cause desocialisation and dependence, which are harmful to the health of the individual prisoner”.

7 Vid. DUDECK, et. al.: «Traumatization and mental distress in long-term prisoners in Europe». En *Punish Soc*, n. 13, pp. 403 y ss.

8 SALIZE, et. al.: *Mentally disordered persons in European prison systems-Needs, programmes and outcomes (EUPRIS)*. Zentralinstitut für seelische Gesundheit, Mannheim, 2007. En http://ec.europa.eu/health/ph_projects/2004/action1/docs/action1_2004_frep_17_en.pdf (Mayo, 2015)

9 LIEBLING, A., et. Al: «Revisiting prisons suicide: the roll of fairness and distress». En LIEBLING and MARUNA (eds): *The effects of imprisonment*, Willand Cullompton (2005), pp. 209 y ss.

10 P.R.D.G. y J.A.A.D.: *Efectos de las condenas de larga duración: deterioro psicológico y exclusión social*. CP. Dueso, 2003.

- estudio, para la formación profesional y para los programas de tratamiento psicológico de tipo cognitivo.
- Incremento generalizado de las alteraciones psicopatológicas, a tres niveles de análisis: global, dimensional y de síntomas discretos, lo que se concreta en un mayor nivel de sufrimiento.
 - Alta puntuación en la dimensión depresión, como enfermedad tanto física como psíquica, con alto grado de sufrimiento en las personas.
 - Elevado nivel de paranoidismo, que provoca suspicacia y desconfianza generalizada en los demás, generando un problema importante de soledad; se observa con frecuencia que estos internos de largo internamiento son solitarios crónicos.
 - Alto nivel de psicoticismo, cuya sintomatología abarca un espectro que va del trastorno esquizoide leve hasta la esquizofrenia.
 - Pérdida progresiva de vínculos familiares y deterioro de los mismos.
 - Aislamiento exterior: pérdida de relación con el exterior; lo cual en el momento de la libertad provoca importantes problemas “podría existir cierta vinculación con el fenómeno del sinhogarismo, como expresión manifiesta de una escasa competencia social adquirida y consolidada con la acumulación de tiempo de privación de libertad”.
 - Insuficiente grado de superación de las drogodependencias y alcoholismo.

d. La prisión permanente es una pena de naturaleza corporal.

10. La prisión permanente es una pena cualitativamente distinta a la pena de prisión, pues no sólo restringe la libertad del reo; es una pena de naturaleza corporal, dado que menoscaba psíquica y físicamente a la persona.

Conforme a los conocimientos neurológicos actuales, el deterioro cognitivo, emocional y comunicativo, es un **daño físico**, tanto como lo es una mutilación; los daños psíquicos, las alteraciones en la configuración de las estructuras neuronales son el efecto y la explicación biológica de las modificaciones en la personalidad y en las capacidades psíquicas del penado. **La prisión permanente** no es, entonces, tan sólo una pena que priva de su libertad al reo, es una **pena corporal que cercena las capacidades psíquicas del reo**, como las mutilaciones cercenan otras partes o funciones del cuerpo humano. **La prisión permanente supone un cambio cualitativo en el contenido y naturaleza de la prisión porque no se trata de efectos sólo posibles, sino ciertos e irreversibles.**

B. El carácter revisable de la privación perpetua de la libertad no la convierte en una pena humana.

11. Si, como acabamos de sostener, hay acuerdo en el carácter inhumano, cruel y degradante de la cadena perpetua, la cuestión es entonces cómo puede una pena de cadena perpetua que es inhumana dejar de serlo tan sólo por la posibilidad de que pueda no ser perpetua. El legislador parece moverse, de forma no explícita, entre varios argumentos, que, como vamos a ver, no son sostenibles, y no cumplen ni con los mínimos exigidos en esta materia por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ni con los derivados de la dignidad humana (art. 10.1 CE) y la prohibición de penas inhumanas o degradantes del art. 15 CE:

- Primero porque aunque la prisión permanente sea revisable, se mantiene la posibilidad de que sea perpetua y, por tanto, su inconstitucionalidad cuando llegue a serlo.
- Segundo, porque el sometimiento de la prisión permanente a la condición de reinsertabilidad del reo no evita su crueldad e inhumanidad como tampoco la pena de muerte o las mutilaciones son constitucionales si se las somete a la condición de reinsertabilidad social del reo.
- Tercero, porque el carácter revisable de la prisión permanente ni deja en manos del reo la llave de su libertad ni pone en manos del juez un instrumento racional y previsible, por lo que, al mantener intolerables niveles de inseguridad, no es capaz de reducir los niveles de desesperanza y padecimientos psíquicos del reo.
- Y, por último, porque la extensión de los plazos para la revisión previstos –25, 28, 30, 35– por sí mismos y en ausencia de una regulación penitenciaria específica que garantice el acceso a tratamientos rehabilitadores específicos, no permite augurar ni menores sufrimientos en el condenado ni la existencia de una expectativa cierta de excarcelación.

Veamos en detalle los argumentos.

a. Aunque la prisión permanente sea revisable, se mantiene la posibilidad de que sea perpetua y, por tanto, inconstitucional.

12. En una primera aproximación pareciera que la prisión perpetua revisable es constitucional porque puede conducir a la excarcelación. Pero con ello se olvida que **el encarcelamiento de por vida sigue siendo una posibilidad**; se obvia que **habrá reos –muchos o pocos, es igual– para los que la prisión siga siendo de por vida**. ¿Cómo es posible que la aplicación de modo constitucional de la norma a algunos reos (a los que tras alguna revisión en algún momento se excarcela) pueda convertir en constitucional “el riguroso encarcelamiento de por vida” en el que consistirá

finalmente la privación de libertad para otros (aquellos para los que la revisión no conducirá a la libertad)? ¿Es, acaso, que la puesta en libertad de unos puede rebajar los niveles de desesperanza, sufrimiento psíquico o deterioro cognitivo de los otros, de los que seguirán en prisión de manera perpetua? Ninguna de estas preguntas puede tener una respuesta razonablemente positiva.

b. Tampoco la pena de muerte sería constitucional si se la sometiera a la condición de reinsertabilidad social del reo.

13. El sometimiento de la cadena perpetua a la condición de reinsertabilidad del reo no la hace más humana y constitucional como tampoco la pena de muerte o las mutilaciones serían constitucionales si se las sometiera a la condición de reinsertabilidad social del reo.

En la concepción del legislador la prisión permanente dejaría de ser inhumana porque se somete a la condición de reinsertabilidad social del reo. Como ha expuesto repetidamente LASCURAÍN SÁNCHEZ, no parece que el sometimiento a condición de la prisión permanente modifique su carácter inhumano: “¿Qué diríamos de la constitucionalidad de una ley que incluyera la pena de muerte para el supuesto, de que, pasados veinticinco años, el condenado no diera síntomas de rehabilitación? ¿Sería constitucional esta pena de muerte por ser condicional, por ser evitable?”; si estamos de acuerdo en que cortar la mano al ladrón es inhumano, “¿dejaría de ser inhumana y posible la pena si ponemos una condición para su cumplimiento (la falta de resocialización)?”¹¹. **Si ni la pena de muerte, ni las mutilaciones ni, no olvidemos, ningún tipo de pena corporal pasan el filtro de la humanidad de las penas**, aunque se las someta a condición, tampoco la cadena perpetua, se transmuta en humana porque sea revisable. La prisión permanente sometida a revisión sigue siendo cruel y degradante por todo lo que conlleva.

c. La libertad del reo no depende de su autonomía.

14. El carácter revisable de la prisión permanente no deja en manos del reo la llave de su libertad ni, por tanto, permite responsabilizarle de su mantenimiento en prisión.

Un tercer argumento parece estar en la mente del legislador y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: **el carácter revisable de la privación permanente de libertad la convertiría en conforme a la prohibición de penas inhumanas o degradantes porque otorga al reo una posibilidad cierta de recuperación de su**

11 LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.: “Pena indigna y arbitraria”, *El Mundo*, 2 de abril de 2015.

libertad si el reo se rehabilita y consigue, así, mejorar su pronóstico de peligrosidad. Tras este argumento se esconde la idea de que la prisión permanente revisable **pone en manos del reo la llave de su libertad, y, que, por tanto, será “culpa” suya si no resulta excarcelado**. La excarcelación, sólo posible tras el período de seguridad, dependería de la propia actuación del reo, de la propia gestión de su autonomía personal durante el período de privación de libertad obligatoria. Pero también **este argumento es profundamente falaz**, pues el carácter revisable de la pena 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.

Si para la resocialización, para mejorar el pronóstico de peligrosidad y alcanzar la excarcelación, nunca basta con la buena voluntad del reo, menos aún cuando se trata de la cadena perpetua, pues a los **efectos desocializadores** habituales de toda pena de prisión se **añaden**, como ya se ha expuesto, **los graves efectos** en la personalidad y habilidades psíquicas del reo ocasionadas por la larga estancia en prisión; por ello, y sin contar, con otras necesidades de tratamiento que el interno requiera en atención a la etiología del delito, sus condicionamientos sociales u otros, **no podría ponerse a cargo de ningún condenado a cadena perpetua su no resocialización**.

Es por ello que tanto las **Recomendaciones del Consejo de Europa**¹² como la propia jurisprudencia del **Tribunal Europeo de Derechos Humanos exigen una regulación específica y proactiva para la ejecución de la cadena perpetua** que prevea **tratamientos orientados a contrarrestar los especiales efectos negativos** que el encarcelamiento de larga duración tiene en los internos. En particular, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia en el asunto James, Wells y Lee c. Reino Unido, 18 de septiembre de 2012, declaró que si el fundamento de la privación de libertad reside en el peligro que el sujeto representa para los intereses públicos, se han de poner a su alcance los instrumentos para su resocialización, para disminuir el peligro, mejorar su conducta y reducir la duración de su detención (párr. 196, 208 y ss., 218).

Desde esta perspectiva, **el mero sometimiento a condición de revisión no es suficiente para garantizar que la cadena perpetua respeta el art. 3 CEDH** y no es una privación de libertad que se mantiene de forma arbitraria (art. 5.1 CEDH), si no va acompañada de específicos programas de rehabilitación, que no se contemplan en la legislación impugnada. Estos requisitos, mínimos, son incrementados por la Constitución española que establece que la pena privativa de libertad estará orientada a la rehabilitación y reinserción social (art. 25.2 CE), como más adelante se razonará¹³.

12 Recomendación 2003 (23), de 9 de octubre, párr. 2.

13 V. infra núms. 39 y ss.

15. Lo anteriormente expuesto se corrobora en la regulación tanto de la suspensión de la pena de prisión permanente revisable con puesta en libertad condicional (art. 92.1 CP nuevo), como de la revocación de dicha suspensión (art. 92.3 CP nuevo). En ambos casos juega un papel fundamental el **pronóstico de peligrosidad** del condenado, y para llevarlo a cabo, tanto respecto de la **suspensión** de la pena como para su **revocación**, se han de considerar factores, indeterminados que son **absolutamente ajenos a la conducta del reo**, con alguna excepción escasamente significativa.

En primer término, el art. 92.1.c) CP establece que “el tribunal, a la vista de 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, **pueda fundar**, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario y por aquellos especialistas que el propio tribunal determine, la existencia de un **pronóstico favorable de reinserción social**”. **De los factores mencionados, muchos contarán irremediabilmente en perjuicio del reo** y ya se habrán tomado en consideración para la condena: “las circunstancias del delito cometido”, pues por definición el delito habrá sido un delito muy grave, asesinato especialmente grave, genocidio etc.; “la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito” será por definición también elevadísima, ya que se trata de la posibilidad de reiterar la misma clase de delitos que el cometido de asesinato, genocidio etc., que son los más graves delitos contemplados en el Código penal. **Otros elementos no son modificables por el reo de modo que difícilmente podrá hacer algo para mejorarlos de forma que pudiera contribuir con su conducta a mejorar su pronóstico**: su personalidad, sus antecedentes, sus circunstancias familiares y sociales; más bien al contrario, los estudios científicos evidencian que con períodos de restricción de la libertad tan largos –tras un mínimo de 25 años de cumplimiento– su personalidad, las relaciones sociales y familiares se habrán deteriorado mucho. Del conjunto de factores mencionado, el único **que parece susceptible de mejora voluntaria por parte del condenado es su conducta durante el cumplimiento de la pena**, pero también en este caso el factor tiempo hace cuestionable su valoración, pues un período tan excesivo de cumplimiento mínimo no permite exigir a la persona un comportamiento ejemplar continuado en prisión, cuando el propio hecho de la privación tan larga de libertad influirá muy negativamente en su personalidad y habilidades sociales, cognitivas etcétera.

En segundo término, **para la revocación de la suspensión el legislador no requiere en todo caso la reincidencia del condenado**, sino que basta que se haya

producido un cambio de las circunstancias que fundaron el pronóstico que permitió la libertad del reo (art. 92.3 CP). La indeterminación del precepto es tal que permite que se tomen en consideración circunstancias absolutamente **ajenas al comportamiento del sujeto** durante el plazo de suspensión, y, por tanto, ajenas a su propio merecimiento, así, por ejemplo, podría valorarse a los efectos del arraigo laboral o familiar, la pérdida de un trabajo por la crisis o el fallecimiento de los familiares del condenado con los que convive.

16. En este contexto, es pertinente **comparar** la regulación española con otras previsiones de nuestro entorno que contienen reglas mucho más precisas. Especialmente significativa resulta la regulación de la Corte Penal Internacional debido a la gravedad de los delitos que juzga. Pues bien entre las Reglas para el procedimiento y prueba del Estatuto de la Corte Penal Internacional –aprobadas el 9 de septiembre de 2002, BOE de 26 de septiembre de 2011–, la regla 223, relativa a la reducción de la cadena perpetua, enumera entre los factores a tomar en cuenta para la revisión y reducción de dicha pena: a) La **conducta** del condenado durante su detención, que revele una auténtica **disociación de su crimen**; ...; d) Cualquier medida de importancia que haya tomado el condenado **en beneficio de las víctimas**, ...”. Es decir, incorpora dos criterios de ponderación mucho más seguros: que el recluso muestre su distancia respecto del crimen cometido y que coopere en la reparación del daño causado a las víctimas. Igualmente en el art. 110 del Estatuto de la Corte penal internacional se menciona la conducta del condenado de cooperación con la propia Corte penal.

17. De lo expuesto deriva que la regulación de la revisión **no cumple las exigencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**, quien ha declarado que el condenado a cadena perpetua “tiene el **derecho a saber**, desde el comienzo de la ejecución de su pena **lo que debe hacer para que su liberación** sea considerada y cuáles son las condiciones aplicables” (STEDH de 9 de julio de 2013, asunto Vinter y otros c. Reino Unido, pár. 122; igualmente STEDH de febrero de 2015, asunto Hutchinson c. Reino Unido, pár. 20). Más bien al contrario, de esta regulación deriva que el condenado no sabe qué puede hacer para cooperar en su reinserción y que el legislador no ha previsto procedimientos específicos que vaya a facilitar al condenado para garantizar una expectativa y oportunidad cierta de excarcelación.

d. Para la revisibilidad de la cadena perpetua no dispone el juez de un instrumento racional y certero.

18. La revisibilidad de la cadena perpetua en atención al pronóstico de peligrosidad del reo no pone en manos del juez un instrumento racional y certero,

menos aún en atención a la excesiva duración de los plazos de seguridad mínimos establecidos y a la ausencia de una regulación específica de los programas de rehabilitación necesarios.

El elemento central sobre el que pivota la **constitucionalidad** de la cadena perpetua reside en que el condenado pueda tener **una expectativa cierta** de puesta en libertad futura (SSTEDH de 9 de julio de 2013, asunto Vinter y otros c. Reino Unido, párs. 113, 121; de 3 de febrero de 2015, asunto Hutchinson contra el Reino Unido, pár. 19). Sin perjuicio de que esta expectativa depende del modelo de revisión de la condena, como el procedimiento de revisión se basa en el **pronóstico de peligrosidad** y reinserción social del reo y éste, de conformidad con los estudios científicos, es absolutamente **incierto, con un tasa muy elevada de error**, no se puede afirmar que genere una expectativa cierta de excarcelación.

En efecto, todo el sistema de revisión de la prisión permanente y de acceso a la libertad condicional, depende, tras un período obligatorio de privación de libertad, de que “el tribunal ... pueda fundar ... la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social” del condenado (art. 92.1.c) CP). Sin perjuicio de lo que a continuación se razonará con más detalle y a lo que nos remitimos¹⁴, resulta necesario poner de relieve la **dudosa fiabilidad de los pronósticos de peligrosidad**, hayan sido realizados con el método clínico o con métodos actuariales. Los estudios evidencian el **elevado número de falsos positivos** que se producen, esto es, del número de personas respecto de las cuales se pronosticó su peligrosidad –la posibilidad de reincidencia– y que, sin embargo, no reiteraron su conducta delictiva tras ser excarcelados. Y este índice de falsos positivos aumenta exponencialmente cuando se trata de efectuar pronósticos sobre la reincidencia relativa a delitos poco frecuentes como el asesinato, el genocidio o el magnicidio del jefe del Estado, que es para los que específicamente está prevista la prisión permanente revisable.

e. Las condiciones absolutamente indeterminadas de la revisión no pueden generar una expectativa razonable sobre la puesta en libertad.

19. Las condiciones absolutamente indeterminadas de la revisión no pueden generar una expectativa razonable sobre el resultado de la revisión que haga previsible para el condenado la puesta en libertad, por lo que mantendrá niveles de inseguridad y desesperanza inhumanos máxime con los dilatados plazos de revisión previstos, sin regulación de programas resocializadores específicos.

A partir de las consideraciones anteriores es imposible sostener que se habilita una posibilidad cierta de puesta en libertad, sino que, **al contrario, la revisión**

14 V. infra núms. 33.

basada en el pronóstico de peligrosidad genera una posibilidad cierta de que la mayoría de los condenados a prisión permanente serán mantenidos en prisión a pesar de la ausencia de peligrosidad real. No se trata sólo de que el modelo sea injusto e irracional, sino de que, a los efectos que aquí interesan, la **inhumanidad de la pena no disminuye de forma significativa** porque el sistema no está en condiciones de generar un horizonte razonable de puesta en libertad del condenado. **La desesperanza, la desconfianza y la desafección social del reo, lejos de decrecer, no pueden sino aumentar** en un sistema como el descrito que adolece de una mínima racionalidad.

Como se ha puesto de relieve por estudios científicos, la causa principal del **estrés psicológico, que constituye por sí mismo un padecimiento inhumano**, en el cumplimiento de penas de larga duración es su **indeterminación** absoluta, la inseguridad respecto del tiempo restante de cumplimiento hasta la puesta en libertad. Esta indeterminación en yuxtaposición al factor “tiempo”, puede ser tremendamente relevante en la determinación de las actitudes y estados de ánimo, experiencias psicológicas, en definitiva, de los reclusos¹⁵. Estos efectos negativos serán tanto más graves respecto de los condenados a cadena perpetua revisable, pues sólo puede tener un conocimiento aproximado, pero nunca cierto sobre su puesta en libertad, y, muchas dudas sobre las posibilidades reales de su excarcelación. A ello se añade el estrés que genera el sentirse constantemente evaluado y el hecho de que cualquier circunstancia fuera de su control puede dar al traste con su expectativa¹⁶.

20. A estos efectos debe tenerse de nuevo en cuenta la **extensión de los períodos de cumplimiento obligatorio previstos**, pues si los efectos de **menoscabo** de la integridad psíquica y moral de los reclusos **son mayores cuanto mayor es la duración** de la privación de libertad, traspasar el horizonte de los 25 años para la revisión –28, 30, 35 años– supone poner en riesgo de forma grave la integridad psíquica y moral de los reclusos, máxime si, como ya se ha expuesto, la previsión de tamaños períodos de privación de libertad no se ve acompañada de cautelas específicas, de programas resocializadores, que permitan prevenir y contrarrestar tales devastadores efectos.

En este contexto resulta de nuevo pertinente la **comparación** con otras normativas de nuestro entorno, pues de la misma resulta que la extensión del **período de seguridad** nos aleja de países como Suiza, Suecia, Luxemburgo, Irlanda, Dinamarca, Finlandia, Bélgica, Austria o Alemania que prevén períodos de revisión

15 Sobre la influencia del tiempo en prisión COHEN y TAYLOR: *Psychological Survival. The experience of Long-Term Imprisonment*. Penguin, 1972.

16 SAPSFORD, R.: «Life-sentence prisoners: psychological changes during sentence», *British Journal of Criminology*, vol. 18, 2 (1978), pp. 128-145.

inicial de entre 10 y 15 años y **nos acerca** a países como **Turquía**, único país europeo con un plazo para casos excepcionales de 36 años¹⁷. Nos aleja, de otra parte, de las Recomendaciones del Consejo de Ministros del Consejo de Europa (76, 2) que establece que la primera revisión debe producirse entre 8 y 14 años. Y **nos sitúa, también, al margen de la aplicación automática de la orden europea de detención y entrega** pues el art. 5.2 de la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002, establece que los estados podrán condicionar la entrega a que el ordenamiento del Estado emisor de la orden de detención y entrega prevea la revisión en un plazo no superior a **20 años**. Incluso, aunque el Tribunal Europeo no ha querido pronunciarse sobre el plazo para la revisión dado el margen de apreciación de los Estados no ha dudado en señalar que en el **Derecho Internacional se observa una tendencia clara a que la primera revisión se produzca en un plazo no superior a 25 años** (STEDH, de 9 de julio de 2013, asunto Vinter y otros c. Reino Unido pár. 120).

Por consiguiente, **al menos las revisiones previstas para 28, 30 y 35 años no cumplen con las exigencias derivadas del respeto de la dignidad humana y la prohibición de las penas inhumanas o degradantes (art. 3 CEDH y 15 CE)**, pues, por sí mismas y por insertarse en un sistema que no ha previsto instrumentos específicos de resocialización, no permiten concluir que se habilite una oportunidad cierta de excarcelación capaz de minorar los graves padecimientos que la reclusión de por vida conlleva.

C. La inconstitucionalidad por falta de garantías de preservación de la humanidad de la pena.

21. De la anterior argumentación se deriva con nitidez que la prisión permanente es una pena inhumana, incluso atendiendo a su posible reducibilidad a partir de la revisión que de la misma se haga a partir, como pronto, de los veinticinco años de privación de libertad.

No sobra en este punto reseñar que, si no se considerara convincente la impugnación del esquema punitivo adoptado por el legislador, deberá al menos apreciarse que el mismo **carece de las garantías necesarias para advenir que el sacrificio de la dignidad del penado que comporta una pena tan incierta y prolongada se realiza en pro de la protección de la sociedad**, para evitar “la comisión de nuevos hechos delictivos” (apartado II del preámbulo de la LO 1/2015). Se abundará luego en este argumento en relación con el mandato de resocialización¹⁸ que indica simplemente que, ante la enorme trascendencia de

17 V. infra núm. 44.

18 V. infra núm. 50.

los intereses en juego y la indicada fragilidad de los pronósticos de peligrosidad criminal, el legislador debería establecer garantías para la realización de tal ponderación, algunas tan básicas como el número y la cualificación de las personas que van a realizar el pronóstico y el objeto preciso de éste, pues no está claro si el mismo se refiere a la ausencia de comisión de delitos violentos, o de delitos, o de conductas irregulares.

La adecuación a la Constitución y específicamente al principio de humanidad de la pena (art. 15 CE) **exige como mínimo la fijación clara de los factores de la conducta** del reo que puedan conducir a una valoración positiva de la misma de cara a conseguir la excarcelación y la **configuración legal** de un sistema de opciones de **tratamiento específico** tendentes, como exige la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 9 de julio de 2013, asunto Vinter y otros c. Reino Unido; de 3 de febrero de 2015, Hutchinson c. Reino Unido) a evitar los perniciosos e inhumanos efectos de una privación tan prolongada de la vida en prisión, para que el propio transcurso del período obligatorio de privación de libertad de 25 años no se convierta en obstáculo insalvable para el propio acceso a la libertad una vez concluido.

Este modo de análisis ya lo realizó el Tribunal Constitucional en la STC 83/1985, en la que no reprochó que se despenalizaran ciertos supuestos de aborto por el conflicto que la continuación del embarazo suponía para la embarazada, pero sí la ausencia de mecanismos de garantía dirigidos a advenir la existencia de tal conflicto.

D. Recapitulación.

22. La prisión permanente revisable, como la cadena perpetua, **no consigue adecuarse** a las exigencias derivadas de los arts. **10.1 CE y 15 CE y 3 CEDH**, porque:

a. Aunque sea revisable, **se mantiene la posibilidad de que sea perpetua** y, por tanto, **inconstitucional cuando llegue a serlo**, de modo que la aplicación constitucional a unos reos no puede contrarrestar la aplicación inconstitucional a otros.

b. El sometimiento a la **condición** de reinsertabilidad social del reo **no cambia su naturaleza e inhumanidad** como tampoco la pena de muerte sería constitucional si se la sometiera a la condición de reinsertabilidad social del reo.

c. La **puesta en libertad del reo no depende de su autonomía**, por lo que no permite responsabilizarle de su mantenimiento en prisión, como evidencia especialmente la propia regulación española, que, en contraste con otras, no incorpora factores precisos relativos a cómo puede contribuir el reo a mejorar su pronóstico.

d. La excarcelación del recluso depende de un juicio de **pronóstico** que se ha evidenciado científicamente insostenible por **las elevadas tasas de error** que

genera y que **conducen al mantenimiento mayoritario de reclusos en prisión** respecto de los que luego se evidencia **que no reiteran el delito**.

e. Dado que para la revisión de la cadena perpetua el juez no dispone de un instrumento racional y certero, **el recluso no sabrá**, como exige el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 9 de julio de 2013, asunto Vinter y otros c. Reino Unido; de 3 de febrero de 2015, asunto Hutchinson c. Reino Unido), **lo que debe hacer para conseguir la libertad**, y por ello **mantendrá** niveles de inseguridad y **desesperanza** inhumanos. Tal situación **empeora** en la regulación española debido a los **dilatados plazos previstos para la primera revisión**, que, además, **no se acompañan** de la configuración de **programas resocializadores** específicos que sirvan para contrarrestar los devastadores efectos psíquicos que tan extensa restricción de libertad obligatoria conlleva.

f. **Al menos** las revisiones previstas para **28, 30 y 35 años no cumplen** con las exigencias derivadas del respeto de la dignidad humana y la prohibición de las penas inhumanas o degradantes (art. 3 CEDH y 15 CE) alejándose del consenso y las Recomendaciones internacionales. Dichos plazos, por sí mismos y por insertarse en un sistema que no ha previsto instrumentos específicos de rehabilitación del reo, no permiten concluir que se habilite una oportunidad cierta de excarcelación capaz de minorar los graves padecimientos que la reclusión de por vida conlleva, como exige la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH 9 de julio de 2013, asunto Vinter y otros c. Reino Unido).

g. Aun en el caso de que se considerara que el esquema punitivo de la prisión permanente revisable fuera acorde con la Constitución, su regulación sería inconstitucional porque **no contempla garantías suficientes de que la humanidad de la pena está siendo sacrificada para la protección social**.

III.3. Sobre la posible inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable por su contrariedad con los principios de culpabilidad y proporcionalidad y por vulnerar, en consecuencia, el derecho a la libertad (art. 17 CE).

23. La prisión permanente revisable tal y como ha sido configurada por el legislador supondrá, en su aplicación, **una restricción desproporcionada** de libertad personal tanto por su carácter **innecesario** como por vulnerar el principio de proporcionalidad estricta ya que **no permite adecuar la magnitud** de la pena a las circunstancias del hecho y la culpabilidad propios al haberse establecido como pena **obligatoria** para el juez (art. 140.1 y 2; 485.1; 605.1; 607.1 y 2; 607 bis.1 CP).

A. Sobre el canon aplicable

24. Somos conocedores de que el Tribunal Constitucional ha enfatizado que el análisis de proporcionalidad constitucional de una norma penal “debe partir [...] de la potestad exclusiva del **legislador** para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo”, y que en esta configuración, que supone “un complejo juicio de oportunidad”, el legislador goza de un **amplio margen de libertad**. El juicio constitucional “debe ser por ello muy cauteloso. Se limita a verificar que la norma penal no produzca un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho”. Cabe afirmar en todo caso la proporcionalidad de una reacción penal cuando la norma persiga “la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes”, y cuando además la pena sea “instrumentalmente apta para dicha persecución”, necesaria y proporcionada en sentido estricto. “Desde la perspectiva constitucional sólo cabrá calificar la norma penal o la sanción penal como **innecesarias** cuando, a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, 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 ... Y sólo cabrá catalogar la norma penal o la sanción penal que incluye como estrictamente desproporcionada cuando concorra un **desequilibrio patente y excesivo o irrazonable** entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa” (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 23; también, SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6 y ss; 161/1997, de 2 de octubre, FFJJ 9 y ss; AATC 233/2004, de 7 de junio, FJ 3; 332/2005, de 13 de septiembre, FJ 4).

25. Sin embargo, también sabemos que el Tribunal Constitucional ha sido especialmente sensible en el análisis de proporcionalidad cuando el reproche se dirigía a la restricción de la libertad personal: la Constitución, “lejos de someter la acción del legislador a los mismos límites sustantivos con independencia del objeto sobre el que ésta se proyecte o del tipo de decisiones que incorpore, contempla límites más exigentes en el caso de las normas penales que en el de otras decisiones de aquél, debido, precisamente, al alcance de los efectos que de aquéllas se derivan, puesto que cuanto más intensa sea la restricción de los principios constitucionales

y, en particular, de los derechos y libertades reconocidos en el texto constitucional, tanto más exigentes son los presupuestos sustantivos de la constitucionalidad de la medida que los genera” (STC 60/2010, de 7 de octubre, FJ 7a).

Y por ello no ha dudado en **declarar** la vulneración del derecho a la libertad personal (art. 17 CE), por conculcar la proporcionalidad estricta de la pena, cuando la **magnitud** de la **pena** es tal que **no permite su adecuación a la menor gravedad** de las circunstancias concurrentes del hecho o de la culpabilidad del autor (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 30). Referido al antiguo art. 174 bis a) CP 1973, el Tribunal sostuvo:

“El precepto resulta, en efecto, **inconstitucional** únicamente en la medida en que **no incorpora previsión alguna que hubiera permitido atemperar la sanción penal a la entidad de actos** de colaboración con banda armada que, si bien pueden en ocasiones ser de escasa trascendencia en atención al bien jurídico protegido, no por ello deben quedar impunes. Expresado en otros términos, no es la apertura de la conducta típica de colaboración con banda armada la que resulta constitucionalmente objetable, sino la **ausencia en el precepto de la correspondiente previsión que hubiera permitido al juzgador, en casos como el presente, imponer una pena inferior a la de prisión mayor en su grado mínimo**. A partir, por tanto, de la apreciación por parte de la Sala sentenciadora de que nos encontramos ante uno de los mencionados „actos de colaboración“ con banda armada, el precepto legal en cuestión **hubiera debido permitir la imposición de una pena proporcionada a las circunstancias del caso**: no habiéndolo hecho así, el reiterado precepto incurre en inconstitucionalidad en el sentido que se acaba de indicar”.

Y tampoco podemos olvidar que el Tribunal Constitucional ha reconocido que la Constitución consagra el **principio de culpabilidad** [por todas SSTC 150/1991, de 4 de julio, FJ 4 a), 59/2008, de 14 de mayo, FJ 11] como derivado de la propia dignidad de la persona, y el principio de **personalidad** de la pena, vinculado al de legalidad del art. 25.1 CE (STC 131/1987, de 20 de julio, FJ 6); de ambos principios deriva que la responsabilidad sólo puede fundarse en los **hechos propios**, realizados por aquél a quien se impone la pena y que la responsabilidad es **subjetiva**. El principio de culpabilidad es el elemento “que marca la frontera de la vindicta con la justicia” (STC 57/2010, de 4 de octubre, FJ 9).

En concreto, la STC 59/2008, de 14 de mayo, recopilando la doctrina sobre el principio de culpabilidad sostuvo: «“la Constitución española consagra sin

duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho Penal” [STC 150/1991, de 4 de julio FJ 4 a)...], como derivación de la dignidad de la persona [STC 150/1991, FJ 4 b)], y que ello comporta que la responsabilidad penal es personal, por los hechos y subjetiva: que sólo cabe imponer una pena al autor del delito por la comisión del mismo en el uso de su autonomía personal. La pena sólo puede “imponerse al sujeto responsable del ilícito penal” [STC 92/1997, de 8 de mayo, FJ 3;...]; “no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal ‘de autor’ que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos” [STC 150/1991, FJ 4 a)]; y no cabe “la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente” del sujeto sancionado, a si concurría “dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve o simple negligencia” [SSTC 76/1990, de 26 de abril, FJ 4 a); ...» (FJ 11).

B. La vulneración del derecho a la libertad (art. 17 CE) derivada de la conculcación de los principios de proporcionalidad y culpabilidad por el hecho propio.

26. Conforme a la jurisprudencia constitucional expuesta, el análisis de la proporcionalidad de la norma exige examinar que la restricción de la libertad obedece a una finalidad legítima, que sea necesaria e idónea para alcanzar el objetivo pretendido y que produzca más beneficios en la colectividad que costes en derechos fundamentales. No vamos a entrar en la legitimidad de la finalidad de prevenir y sancionar algunos de los más graves delitos que se cometen en la sociedad y tampoco vamos a negar que la prisión permanente revisable pueda ser un instrumento capaz de conseguir evitar la comisión de alguno de estos delitos. No lo haremos, aunque haya estudios científicos que niegan tal idoneidad de la pena y en esa medida su propia legitimidad instrumental, pues, como acabamos de recordar, la jurisprudencia constitucional es muy estricta en sus consideraciones sobre estos extremos y difícilmente una argumentación en tal sentido encontraría respaldo del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, por muy estricta que haya sido hasta la fecha la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al apreciar la tacha de desproporción de la norma penal y por muy deferente que deba ser el Alto Tribunal con el legislador penal a la hora de juzgar la proporcionalidad de la reacción penal, ello no puede conducir a cerrar los ojos ante un caso, como el que ahora se plantea, que implica la **imposición de forma obligatoria de una pena de carácter absoluto**, de un rigor inigualable, que **no admite gradación** ninguna en el momento de su imposición y cuya introducción

no queda avalada por su necesidad, pues, como a continuación se razonará, las tasas de delitos graves en España a los que se puede aplicar tal pena no justifican en absoluto su necesidad.

27. Empezando por esto último, la Resolución (76) 2 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 17 de febrero de 1976, declaró que la inclusión en sus legislaciones por los Estados Parte de penas de prisión de larga duración, incluida la cadena perpetua, sólo podrá entenderse justificada “si es necesaria para la protección de la sociedad” (párrafo 1). Pues bien, conforme al Anuario Estadístico del Ministerio del Interior de 2013 y las memorias de la Fiscalía General del Estado, no existe tal aumento en la tasa de criminalidad relativa a los delitos para los que se ha previsto la prisión permanente revisable, lo que, *a priori*, ya permite cuestionar la incorporación de la cadena perpetua a nuestro arsenal punitivo y afirmar que la prisión permanente revisable ha sido introducida en nuestro ordenamiento de manera simbólica, sin necesidad.

En efecto, de un lado, conforme al Anuario Estadístico del Ministerio del Interior de 2013 y la memoria de la Fiscalía General del Estado de 2014¹⁹, desde 2008 la tasa de criminalidad general ha bajado, así como la relativa a los homicidios o asesinatos; de otro, la tasa de homicidios en España es de 0,6 por mil habitantes, siendo de las más bajas de los países europeos, por debajo de la tasa de Alemania, Austria, Países Bajos, Italia, Francia, Portugal, Dinamarca, Reino Unido, Irlanda, Grecia, Luxemburgo, Bélgica o Finlandia. Dichas tasas evidencian que **España no ha necesitado la prisión permanente para mantener la tasa de delitos graves por debajo de los países europeos que cuentan con dicha pena** en sus legislaciones.

Procede recordar que en su informe sobre el Anteproyecto que dio lugar a la reforma que abordamos., **el Consejo de Estado fue contundente al reseñar que “la introducción de la prisión permanente revisable [...] no ha sido suficientemente justificada en el expediente. [...] [E]n ningún momento se apuntan las razones, motivos, causas o circunstancias por las que se ha entendido que una reforma de esta magnitud resulta necesaria en el momento actual. El Consejo General del Poder Judicial apunta que la instauración de la prisión permanente revisable `no parece que obedezca a la necesidad de poner freno, mediante un mayor grado de disuasión penológica, a una escalada’ de los delitos contra la vida humana independiente**, pues España no destaca,

19 Cfr. Anuario Estadístico del Ministerio del Interior de 2013, publicado en julio de 2014 sobre las cifras de 2013 y años anteriores. Cfr. pp. 153-157. Cfr. también Memoria de la Fiscalía General del Estado, 2014, pp. 613 y ss., especialmente pp. 620-622. Disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/MEMFIS14.pdf?idFile=dd3ff8fc-d0c5-472e-84d2-231be24bc4b2

según los datos estadísticos que aporta, por la alta incidencia de dichos delitos, especialmente si se tiene en cuenta que en los últimos años `la operatividad del principal grupo terrorista ha disminuido de manera drástica, principalmente por la eficaz y abnegada labor de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad`, lo que denota, en opinión del órgano de gobierno del Poder Judicial, `que la lucha antiterrorista puede ser plenamente eficaz mediante la conjunción de una serie de medidas de diversa índole, sin necesidad de introducir la PPR en el Código Penal`. [...] Este Consejo de Estado no puede, por tanto, sino discrepar de la forma en que se ha presentado esta importante decisión de política penal y penitenciaria, e insistir en la necesidad de que una reforma de tal envergadura vaya acompañada de una justificación profunda, detallada y respaldada por datos precisos de las razones que la motivan”²⁰.

28. Esta ausencia de necesidad debe ponderarse a la luz de la elevadísima restricción de la libertad que la prisión permanente comporta y de que **no permite la valoración de las circunstancias concurrentes** que podrían conducir a una valoración del **hecho y la culpabilidad** de su autor como menos grave. En efecto, los arts. 140.1 y 2, 485.1, 605.1, 607.1 y 2 y 607 bis.1 CP prevén la imposición obligatoria de prisión permanente revisable, que, como ya hemos argumentado, no es una pena que establezca un marco dentro del cual pueda valorar las circunstancias del caso, la menor culpabilidad de su autor. Al no establecer un marco de pena, no serán de aplicación las atenuantes comprendidas en el art. 21 del CP: ni la actuación a causa de una grave adicción a las drogas o alcohol, ni el arrebato, obcecación u otro estado pasional, ni el arrepentimiento, la confesión, la reparación del daño, las dilaciones indebidas, o cualquier otra circunstancia de análoga significación que pudiera fundamentar la menor culpabilidad por el hecho de su autor.

A estos efectos debe señalarse que la legitimidad de la imposición de la cadena perpetua depende de que sea impuesta para los delitos más graves, pues en otro caso sería desproporcionada, y **dicha gravedad no puede ser determinada en abstracto, sino a la luz de las circunstancias del caso y de su autor**. Ello ha sido corroborado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha declarado que los “Estados contratantes deben tener la libertad de imponer sentencias a cadena perpetua a **delincuentes adultos por delitos especialmente graves** como es el asesinato: la imposición de una condena de este tipo en delincuentes adultos no está prohibida en si misma por ser incompatible con el artículo 3 o cualquier otro artículo del Convenio. Esto es particularmente así cuando dicha sentencia no es

20 Informe 358/2013, de 27 de junio, consideración séptima.

ejecutoria, sino que ha sido impuesta por un **juez** independiente después de que él o ella **haya considerado todos los factores agravantes y atenuantes presentes en cualquier caso dado** (véase *Vinter y Otros ...* apds. 104-106)” STEDH de 13 de febrero de 2015, pár. 18).

Con base en el mismo tipo de argumentos se ha considerado ilegítima la pena de muerte prevista como única pena, y, por tanto, se ha entendido que se vulnera el derecho a la vida si la correspondiente legislación no prevé una **pena alternativa menor para los mismos delitos**, pues sólo así se puede garantizar que se impondrá sólo y exclusivamente a los delitos más graves en atención a las circunstancias individuales concurrentes. Así lo entendió la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus Sentencias de 13 de agosto de 2000, asunto *McKenzi v. Jamaica*, y de 3 de diciembre de 2001, asunto *Joseph Thomas v. Jamaica*. Y recordemos que un razonamiento similar sobre la desproporción de la pena fue utilizado por el Tribunal Supremo de EEUU para declarar inconstitucional y vulneradora de la prohibición de penas crueles e inhumanas contenida en la Octava Enmienda la pena de muerte para menores en *Roper v. Simmons* 543 US 551 (2005).

Es el mismo fundamento el que explica que el **art. 77.1.b) del Estatuto de la Corte Penal Internacional** no prevea la imposición obligatoria de la cadena perpetua en abstracto para ningún delito, sino tan sólo que se impondrá “la reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen **la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado**”.

En definitiva, la gravedad del delito que podría legitimar como proporcionada una pena de tal entidad como la prisión permanente no puede determinarse en abstracto, pues ello supondría dejar de considerar circunstancias del hecho y de la culpabilidad del autor que pueden conducir a una valoración del hecho como menos grave. Por ello la previsión de imposición de una **pena** como ésta de forma obligatoria y **no facultativa**, sin posibilidad alguna de imposición de una pena alternativa menos grave supone una **restricción desproporcionada de la libertad personal de todos aquellos condenados respecto de los que no se haya podido tomar en consideración su menor culpabilidad**. ¿Es que acaso la muerte de un recién nacido por su madre, inmigrante, obligada a casarse por su familia a los quince años, que realiza el hecho en un momento de desesperación, y acude, a pesar de todo, a confesar su crimen ante la policía, merece la misma pena que la fría muerte anunciada de cualquier Miguel Ángel Blanco, de rodillas y con sus manos atadas a la espalda?; ¿es que acaso la muerte de su octogenaria mujer aquejada de Alzheimer, por piedad, incapacidad para seguir cuidándola y desesperación, merece la misma pena que el reciente asesinato por motivos racistas de nueve personas afroamericanas en una iglesia de Charleston?

C. Recapitulación.

29. La previsión de la prisión permanente revisable vulnera el principio de proporcionalidad y con ello supone una restricción desproporcionada de la libertad personal de los condenados a dicha pena porque las estadísticas sobre la evolución de los delitos graves en España evidencia su **falta de necesidad** dado que sin prisión permanente las tasas de delitos graves a los que se aplicaría son muy inferiores en España que en otros países europeos en los que se prevé la prisión permanente. Ello implica que los **beneficios** de su imposición son **cuestionables**.

De otra parte, la previsión de la prisión permanente como pena **obligatoria** y no facultativa vulnera la **proporcionalidad estricta y el principio de culpabilidad** por el hecho y, en consecuencia, el derecho a la libertad (art. 17 CE), pues la legitimidad de esta pena sólo puede afirmarse, en su caso, si se aplica a los **delitos más graves ponderados en atención las circunstancias concretas** concurrentes relativas al hecho y a su autor. La ausencia de una previsión legal que permita la no imposición de esta pena debido a las circunstancias del hecho y de su autor (STC 136/1999), constituye una restricción desproporcionada del derecho a la libertad de todos aquellos a los que se imponga a pesar de que sus circunstancias personales evidencian una menor culpabilidad.

En definitiva, la ponderación de los beneficios, cuestionables, a luz de los **costes**, esto es, de la desproporcionada restricción de la libertad de quienes evidencian una menor culpabilidad por el hecho, conduce a la conclusión de la manifiesta desproporción de la norma penal.

III.4. Sobre la posible inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable por su contrariedad al mandato de determinación (art. 25.1 CE)

A. El mandato de determinación.

30. Uno de los mandatos constitucionales esenciales que vinculan al legislador penal es el mandato de determinación, derivado del principio de legalidad (art. 25.1 CE). **Constituye un rasgo esencial del Estado de Derecho y de la seguridad jurídica más básica, relativa al estatus de libertad del ciudadano, el que las conductas delictivas y las penas que se asignan a las mismas estén descritas con precisión en la ley.** Sin tal precisión, la libertad del ciudadano y el riesgo de perderla en su dimensión fundamental –la libertad de movimientos– se tornan a su vez imprecisas, y se trastoca asimismo la denominada vertiente democrática del principio de legalidad: si los representantes de los ciudadanos, únicos

constitucionalmente legitimados para definir delitos y penas, no lo hacen porque lo hacen con vaguedad, será el intérprete de la ley el que termine estableciendo qué comportamientos son delictivos y con qué pena debe castigárseles. Como afirma el Tribunal Constitucional, *“la garantía de tipicidad, que impide que los órganos judiciales puedan sancionar fuera de los supuestos y de los límites que determinan las normas, no es más que el reverso, el complemento y el presupuesto de la garantía de determinación que ha de preservar el legislador y, en su caso, la Administración, con normas `concretas, precisas, claras e inteligibles´ (STC 34/1996, fundamento jurídico 5º). Estas garantías concretan así `diversos aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho estatal sancionador. En este sentido se vincula ante todo con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también con el derecho de los ciudadanos a la seguridad (STC 62/1982, fundamento jurídico 7º), previsto en la Constitución como derecho fundamental de mayor alcance, así como la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los Tribunales, que garantizan el art. 24.2 y el art. 117.1 C. E., especialmente cuando éste declara que los Jueces y Magistrados están «sometidos únicamente al imperio de la Ley»´ (SSTC 133/1987, fundamento jurídico 4º; 150/1989, fundamento jurídico 5º; 111/1993, fundamento jurídico 6º)”* (STC 137/2007, FJ 6).

B. La prisión permanente revisable desde la perspectiva del mandato de determinación.

31. La debilidad de la pena de prisión permanente revisable desde esta perspectiva constitucional se transmite ya desde el preámbulo de la LO 1/2015: **“está justificada una respuesta extraordinaria mediante la imposición de una pena de prisión de duración indeterminada** (prisión permanente), si bien sujeta a un régimen de revisión”. Permítasenos llamar la atención sobre lo inadecuado del adversativo “si bien”, pues es notorio que el régimen de revisión no se opone al carácter indeterminado de la pena, sino que es más bien una de sus causas.

En realidad no hace falta la sinceridad del legislador al definir esta característica de la nueva pena, pues la misma se infiere de sus propios rasgos. No estamos frente a lo que es una norma sin excepción en materia de descripción legal de las penas, fruto de una reivindicación crucial del Derecho Penal moderno, ilustrado, frente al absolutista, cual es la fijación de un marco penal entre una pena mínima y una pena máxima, y el establecimiento de criterios para fijar la pena concreta, sino ante una pena coja, que sólo demarca un límite mínimo de privación de libertad (veinticinco,

veintiocho, treinta o treinta y cinco años) y la evitabilidad posterior de su prosecución si se da cierta condición. La gran novedad de esta pena desde la perspectiva del mandato de determinación es la de que, desde el punto de vista que realmente importa, que es el de la persona titular del derecho a la legalidad, del condenado **en el momento de la condena**, el mismo **no sabrá**, como hasta ahora en toda pena, **los días exactos de privación de libertad** de aquella, sino con certeza sólo que estará cumpliendo pena al menos veinticinco, veintiocho, treinta o treinta y cinco años, y que podrá estarlo hasta su muerte.

Naturalmente que la pena no sería indeterminada si se tratara de una pena estrictamente perpetua, de por vida, de un “*un riguroso encarcelamiento indefinido, sin posibilidades de atenuación y flexibilización*” (STC 91/2000, FJ 9). Pero no es así, entre otras razones porque sería contraria a la prohibición de penas inhumanas y al mandato de resocialización, y con ello a la Constitución y al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Es permanente, pero reducible, en reducción que puede alcanzar hasta los veinticinco, veintiocho, treinta o treinta y cinco años de prisión en función del cumplimiento de la condición de reinserción del preso.

32. Existen tres factores de imprecisión de la pena:

- se trata de una pena que **sólo fija el límite mínimo de su duración y cuya duración final dependerá del cumplimiento de una condición** que se comprueba *a posteriori* –no en el momento del delito o de la condena, sino tras el cumplimiento del período mínimo de duración–;
- **la condición es a su vez de contenido impreciso**, pues consiste en que “*pueda fundar[se] [...] la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social*”, “*a la vista de 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*” (art. 92.1.c CP);
- que, una vez suspendida la pena y durante un período de cinco a diez años, la misma podrá revocarse si se pone “*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*” (art. 92.3, párrafo 3º CP). Repárese en que el cambio de pronóstico **no exige el hito seguro de la comisión de un hecho delictivo**.

33. Permítasenos insistir en un dato que nos parece crucial para comprender la porosidad de la nueva pena, cual es **la incertidumbre en el pronóstico que termina demarcando su duración, como es la reinsertabilidad del preso** (art. 92.1.c CP), su falta de peligrosidad (art. 92.3 CP).

En la predicción de la peligrosidad, la experiencia histórica y los estudios más recientes demuestran que la peligrosidad es sistemáticamente sobreestimada, y da lugar a una proporción muy importante de falsos positivos; esto es: de sujetos de los que se predijo que delinquirían en el futuro, sin que dicha conducta finalmente se produjera.

A. Existen algunos datos empíricos de personas cuyo internamiento o prisión había sido prorrogado por razones de seguridad, por su peligrosidad y que luego fueron puestos en libertad por razones de garantía. Así, en el caso Baxstrom el Tribunal Supremo de los EE.UU. ordenó la liberación por razones garantistas de 967 catalogados como enfermos mentales peligrosos en el Estado de Nueva York: sólo 24 de ellos tuvieron que reingresar en dichos centros en los cuatro años siguientes. En un caso similar, el caso Dixon, el seguimiento deparó que sólo el 14,5% volvió a cometer delitos violentos o actos violentos que comportaran el reingreso. También razones de garantía llevaron al Tribunal Constitucional alemán a ordenar la puesta en libertad de 33 personas que habían sido internadas por su peligrosidad en la República Democrática de Alemania: en los seis años siguientes a la liberación sólo ocho habían reincidido y de ellos sólo cinco con delitos violentos.

En la misma línea merecen destacarse dos estudios. El realizado en Alemania recientemente sobre custodias de seguridad solicitadas ex peligrosidad del penado pero luego denegadas, y el “Informe sobre la eficacia de las predicciones de peligrosidad de los informes psicológicos forenses emitidos en los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria de Madrid”²¹. En el primero, el número de falsos positivos es dos veces mayor que el de verdaderos positivos; en el segundo, de las 92 personas que estos informes consideraron peligrosas, sólo reincidieron en realidad 15, es decir, el 16.3%.

En la investigación alemana, realizada entre 2010 y 2013, se hizo un seguimiento de dos grupos de delincuentes para los que, tras el cumplimiento de la condena, la Fiscalía había solicitado la imposición de la custodia de seguridad

21 El informe, elaborado por la Psicóloga Forense María del Rocío GÓMEZ HERMOSO, puede consultarse como documento pdf en la página web del Colegio Oficial de Psicólogos de las Islas Baleares, <http://www.copib.es/pdf/Vocalies/Juridica/2012-11-18%20predicciones.pdf> (consultada por última vez el 17 de junio de 2015)

a posteriori, existiendo además en la mayor parte de los casos un informe pericial que constataba una elevada peligrosidad, pero respecto de los cuales los tribunales por diferentes razones no acordaron la medida²². Si se pone en relación la reincidencia realmente ocurrida con la peligrosidad predicha, los números de falsos y verdaderos positivos y falsos y verdaderos negativos son los siguientes:

		Reincidencia observada		
		grave	inexistente o leve	suma
Peligrosidad pronosticada	alta	17 verdaderos positivos	39 falsos positivos	56
	baja	1 falsos negativos	16 verdaderos negativos	17
Suma		18	55	73

Se comprueba, de nuevo, una sobreestimación notable de la peligrosidad, ya que de 56 sujetos considerados por los peritos como muy peligrosos sólo lo fueron en realidad 17. El número de falsos positivos es dos veces mayor que el de verdaderos positivos, o, dicho de otra forma, de los 56 sujetos respecto de los que se predijo una alta peligrosidad, el 70% fueron falsos positivos.

El estudio español analiza 150 expedientes en los que el Psicólogo forense de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria de Madrid emitió informe entre los años 2003 y 2006, casos que suponen la totalidad de los informes realizados sobre delitos graves en dichos años (la tipología delictiva fue: 37 agresores sexuales 36 agresores de género, 31 homicidas, 23 asesinos, 16 abusadores sexuales a menores, 7 detenciones ilegales), y se compara la predicción de peligrosidad efectuada con la reincidencia real evidenciada después por dichos sujetos. La reincidencia se comprobó consultando el Sistema de Información Penitenciaria hasta 2012, por lo que el periodo de

²² ALEX: *Nachträgliche Sicherungsverwahrung – ein rechtsstaatliches und kriminalpolitisches Debakel*, Felix Verlag, 2^a ed., 2013.

seguimiento fue de entre cinco y seis años. Del trabajo no queda del todo claro con ocasión de qué decisión del Juzgado se solicitaba el informe: si era para permisos de salida, libertad condicional o tercer grado, pero en todo caso los datos que se ofrecen sobre los aciertos y errores en las predicciones efectuadas son los siguientes:

	Reincide	No reincide	Total	Porcentaje de predicciones correctas (valor predictivo)
Peligrosidad sí (informe desfavorable)	15 Verdaderos positivos	77 Falsos positivos	92	16,3% (valor predictivo positivo)
Peligrosidad no (informe favorable)	3 Falsos negativos	55 Verdaderos negativos	58	94,8% (valor predictivo negativo)
Total	18	132	150	
Porcentaje de detecciones correctas	83,3% (sensibilidad)	41,6% (especificidad)		

B. Los anteriores estudios analizaban pronósticos realizados con métodos clínicos realizados sobre cada sujeto. La pobre capacidad predictiva de la peligrosidad no mejora con métodos actuariales o estadísticos.

Estos métodos estructuran todo el proceso de estimación de la peligrosidad, y consisten en listas de ítems cuya presencia se considera que está asociada, de manera estadísticamente significativa, a la comisión de delitos. Para valorar la peligrosidad de un individuo concreto hay que repasar la lista cerrada de factores de riesgo y asignar a cada uno de ellos un valor numérico, en función de que esté presente o no en el individuo examinado. Estas cifras después son combinadas mediante un algoritmo estadístico que da como resultado una determinada puntuación para el sujeto, que suele expresarse en términos de probabilidad de reincidencia.

El progreso real que ha supuesto la investigación sobre la valoración del riesgo de violencia en los últimos 30 o 40 años, en especial con el desarrollo de los métodos actuariales, no radica tanto en una mejora notable de la capaci-

dad predictiva de estos nuevos instrumentos respecto a la que es capaz de alcanzar el juicio clínico²³, sino en que ofrecen una fiabilidad, inteligibilidad y transparencia mucho mayores, y por tanto permiten ser más conscientes de las limitaciones y los márgenes de error con que se efectúan las predicciones²⁴. Y una de las constataciones que derivan de la multitud de estudios realizados sobre estos instrumentos actuariales es que mientras que sí consiguen identificar bastante bien a los sujetos no peligrosos, es decir, tienen una sensibilidad y unos valores predictivos negativos bastante altos (producen muy pocos falsos negativos), sin embargo su principal debilidad está precisamente en la predicción de los que sí se estima que serán peligrosos. El valor predictivo positivo está la mayor parte de las veces claramente por debajo del 50%²⁵. Un valor predictivo positivo de 0.5 no es mejor que el mero azar como criterio predictivo: significa que de todos los sujetos que predijimos que sí volverían a delinquir, la mitad no lo hicieron. Y un valor predictivo por debajo de 0.5 indica que nos hemos equivocado más veces de las que acertamos. Los pronósticos actuariales tienen además dos debilidades. La primera es que esos valores predictivos bajos tienen unos márgenes de error muy considerables, que además no están referidos a las probabilidades reales del *individuo* concreto de volver a delinquir, sino a la probabilidad media estimada para el *grupo* al cual el individuo se asimila por la puntuación que ha obtenido en el test. Es más, esas probabilidades medias calculadas para los grupos no pueden trasladarse sin más al individuo, sin tener a su vez en cuenta el nuevo margen de error que esta proyección genera, margen que según diversos estudios es aún mayor que el estimado para el grupo²⁶. La segunda debilidad hunde sus raíces en que lo que queremos predecir es un fenómeno muy poco frecuente, como lo es la reincidencia en delitos gravísimos: es un dato perfectamente

23 V. SKEEM/MONAHAN: «Current directions in violence risk assessment», *Current Directions in Psychological Science*, (20-1), 2011; FAZEL/SINGH/DOLL/GRANN: «Use of risk assessment instruments to predict violence and antisocial behavior in 73 samples involving 24827 people: systematic review and meta-analysis», *British Medical Journal*, 345:e4692, 2012.

24 ALBRECHT, H.J.: «Psychiatrie, Gefährlichkeit und Prognose», en Yundina et. al. (eds.), *Festschrift für Norbert Nedopil*, Berlin, 2013.

25 FAZEL/SINGH/DOLL/GRANN: *British Medical Journal*, cit., 2012.

26 V. COOKE/MICHIE: «Limitations of diagnostic precision and predictive utility in the individual case: a challenge for forensic practice», *Law and Human Behaviour* (34) 2010; HART/COOKE: «Another look at the (im-)precision of individual risk estimates made using actuarial risk assessment instruments», *Behavioral Sciences and the Law* (31) 2013; SINGH/FAZEL/GUEORGUEVA/BUCHANAN: «Rates of violence in patients classified as high risk by structured risk assessment instruments», *The British Journal of Psychiatry* (204-3) 2014.

conocido en estadística (fórmula de Bayes²⁷) que si la sensibilidad y la especificidad de un instrumento permanecen constantes, cuanto más baja sea la prevalencia de un fenómeno en una población, tanto mayor será la tasa de falsos positivos que se obtenga al predecirlo. De ahí que en las predicciones de reincidencia relacionadas con los delitos para los que está prevista la pena de prisión permanente revisable, que son los más graves y de los más infrecuentes, la peligrosidad será extremadamente sobreestimada.

Ejemplo en España de la pobre capacidad predictiva de los estudios actuariales de peligrosidad criminal es el realizado en Cataluña con el instrumento de evaluación del riesgo de violencia *Sexual Violence Risk-20* a un grupo de 163 agresores sexuales que habían quedado en libertad tras cumplir condena²⁸. Los resultados mostraron que por cada sujeto verdaderamente peligroso clasificado como tal (n=17) fueron también considerados peligrosos, falsamente, casi otros dos (n=28). Es decir, de los 45 sujetos predichos como peligrosos, en el 62% de los casos dicha predicción no fue corroborada por el comportamiento real posterior de los sujetos: fueron falsos positivos.

C. El canon constitucional de la determinación penal.

34. ¿Es constitucionalmente insoportable esta vaguedad en el dibujo de la pena? ¿Es este inusual grado de imprecisión de la prisión permanente revisable un grado que conduzca a esta pena a la inconstitucionalidad?

La jurisprudencia constitucional ha subrayado que “el legislador, para conseguir la finalidad protectora que persigue el Derecho penal, debe hacer **el máximo esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos**” (STC 62/1982, FJ 7). Lo que sucede es que “los conceptos legales no pueden alcanzar, por impedirlo la propia naturaleza de las cosas, una claridad y precisión absolutas” (STC 69/1989, FJ 1). Como precisa la fundamental STC 137/1997, para subrayar la inevitable pluralidad de interpretaciones de un enunciado legal, “entre otros factores, el lenguaje es relativamente vago y versátil, las normas son necesariamente abstractas y se remiten implícitamente a una realidad normativa subyacente, y dentro de ciertos límites (por todas, STC 111/1993), el propio legislador puede potenciar esa labilidad para facilitar la adaptación de la norma a la realidad” (FJ 7).

27 $VP = S \times BR / [S \times BR + (1-E) \times (1-BR)]$, donde VP = valor predictivo (la probabilidad de que una persona clasificada como reincidente realmente lo sea); BR = *base rate* (prevalencia del fenómeno, proporción de individuos reincidentes); S = sensibilidad; E = especificidad.

28 PÉREZ RAMÍREZ/REDONDO ILLESCAS/MARTÍNEZ GARCÍA/GARCÍA FORERO/ANDRÉS PUEYO: «Predicción de riesgo de reincidencia en agresores sexuales», *Psicothema* (20-2) 2008.

Las normas, pues, han de ser precisas, pero a la vez son endógenamente imprecisas y además, en alguna medida, deben serlo. La pregunta constitucional es ahora la de dónde está el límite de la interdicción de la indeterminación. En la difícil tarea de establecer un canon sobre lo que es intolerablemente impreciso en materia sancionadora el Tribunal Constitucional ha utilizado distintas directrices.

A. La primera de ellas constituye un mero límite externo en torno a la idea de evitar la arbitrariedad del aplicador. Y así, son contrarios al art. 25.1 CE “*los tipos formulados en forma tan abierta que su aplicación o inaplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria en el estricto sentido de la palabra, de los Jueces y Tribunales*” (SSTC 105/1988, FJ 2; 89/1993, FJ 2).

B. Bastante más poderosa que la sola idea de la exclusión de la arbitrariedad es la idea de determinabilidad. La utilización de conceptos jurídicos indeterminados es conforme al principio de legalidad sancionadora si la misma no lesiona la seguridad jurídica, y tal cosa no sucederá si “*su concreción [es] razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia y permitan prever, por consiguiente, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada*” (STC 69/1989, FJ 1). En este sentido resultará especialmente importante para “*la suficiencia o insuficiencia, a la luz del principio de tipicidad, de esta labor de predeterminación normativa [...] lo que en ocasión anterior se ha llamado el contexto legal y jurisprudencial*” (STC 133/1987, FJ 6) en el que el precepto penal se inscribe, pues el ordenamiento jurídico es una realidad compleja e integrada dentro de la cual adquieren sentido y significación propia –también en el ámbito penal– cada uno de los preceptos singulares” (STC 89/1993, FJ 2). Consecuencia de ello es que si bien “*el legislador penal no viene constitucionalmente obligado a acuñar definiciones específicas para todos y cada uno de los términos que integran la descripción del tipo, [...] una tal labor definitoria sólo resultaría inexcusable cuando el legislador se sirviera de expresiones que por su falta de arraigo en la propia cultura jurídica carecieran de toda virtualidad significativa y deparasen, por lo mismo, una indeterminación sobre la conducta delimitada mediante tales expresiones*” (STC 89/1993, FJ 3).

35. La prisión permanente revisable es una pena indeterminada –veinticinco, veintiocho, treinta o treinta y cinco años de prisión en adelante– **insuficientemente determinable en virtud de un criterio, el de la reinsertabilidad, que, como se ha expuesto con detalle, no goza de la fiabilidad mínima** que exige el tratamiento de la libertad. Desde los parámetros constitucionales, podríamos traducir la exposición anterior sobre la incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad criminal como la

descripción de un instrumento de determinación de la pena “sin virtualidad significativa”, no catalogable como un contexto mínimamente estable, insuficiente como “criterio lógico, técnico o de experiencia”.

Hacia esta misma conclusión converge la doctrina constitucional relativa a la necesidad de gradación de las sanciones con márgenes amplios de individualización. Por múltiples razones que tienen que ver con “*la imprevisibilidad de las consecuencias, [...] su eventual desproporción*”, la alteración de “*la ordenación y separación de poderes que nuestra Constitución proclama*” y la quiebra de “*los caracteres de abstracción y generalidad inherentes a toda norma impidiendo su aplicación igual a supuestos iguales*”, el Tribunal Constitucional ha afirmado la falta de taxatividad de la norma que “*dados un límite mínimo y máximo (siendo relativamente amplio el marco comprendido entre ellos), [...] no contiene criterios para la gradación de las sanciones y para establecer la correspondencia entre la gravedad de la conducta y la sanción, pues en estos casos se está dejando libertad absoluta, no sólo un margen de discrecionalidad, al aplicador del derecho, que concebiría la misma como una decisión singular, ‘una graduación ad hoc que en cada caso concreto lleva a cabo la misma autoridad que impone la sanción’ (STC 207/1990, de 17 de diciembre, FJ 3)*” (STC 129/2006, FJ 4).

En aplicación de este criterio el Tribunal Constitucional ha estimado los correspondientes recursos de amparo en las SSTC 100/2003 y 210/2005, porque las normas sancionadoras aplicadas no contenían criterios para determinar si las conductas eran constitutivas de infracción muy grave, menos grave, grave o leve, por lo que a pesar de estar determinados los marcos de sanción correspondientes a las sanciones muy graves, menos graves, graves o leves, era imprevisible para el ciudadano la correspondencia entre unas y otras y en definitiva la sanción que sería impuesta a cada conducta. Asimismo ha estimado el amparo en la STC 207/1990, ya mencionada y que merece ser subrayada, porque la Administración entendió que la graduación de la sanción debía entenderse como una decisión singular, “una graduación *ad hoc* que en cada caso concreto lleva a cabo la misma autoridad que impone la sanción” (FJ 3).

La prisión permanente revisable es una pena cuyo marco previo de prisión va desde los veinticinco años hasta la muerte del penado. Su problema de precisión es que **no contiene gradación previa alguna de ese marco en función de criterios previos que tengan que ver con la gravedad del delito o la culpabilidad de su autor**. No corresponde a tal esquema de previsibilidad la revisabilidad de la pena de dos en dos años en función del criterio único de la reinsertabilidad, que, como ya se ha insistido, no constituiría a su vez un instrumento suficientemente preciso de gradación de la pena y permitiría por ello una gradación *ad hoc* por el propio órgano judicial sentenciador. No consideró el Tribunal Constitucional que tenía tal

virtud de mínima precisión un criterio mucho más concreto que el de la peligrosidad criminal, como es el del “valor real” de una cosa como parámetro para una sanción tributaria (STC 194/2000, FJ 9).

36. Un tercer canon de análisis jurisprudencial de la taxatividad sancionadora se refiere específicamente a las sanciones. **No caben sanciones sin límite máximo** (SSTC 29/1989, FJ 4; 129/2006, FJ 4). **Si no es acorde con la Constitución una sanción de “2.500.000 de pesetas en adelante”,** porque introduce “un elemento de indeterminación de la sanción administrativa imponible que resulta incompatible con el alcance material del principio de legalidad enunciado en el art. 25.1 de la Constitución” (STC 129/2006, FJ 4), **mucho menos puede serlo una pena de prisión de veinticinco años en adelante,** como es la prisión permanente revisable.

37. La indeterminación de la prisión permanente revisable **va a arrastrar a la indeterminación de la medida de seguridad privativa de libertad** aplicable a los inimputables que comentan un hecho típicamente antijurídico para cuyos culpables se prevea la pena de prisión permanente revisable.

En efecto, los parámetros son los mismos, pues, por una parte, la duración máxima de la medida de seguridad viene delimitada por la de la pena correlativa (arts. 6, 101.1, 102.1, 103.1 CP), y por otra el criterio de mantenimiento de la medida dependerá del “pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos” (art. 95.1.2º CP).

D. Recapitulación.

38. La prisión permanente sería una pena determinada conforme a los cánones de nuestra jurisprudencia constitucional si fuera sin más un encarcelamiento de por vida. Pero ni lo es ni lo podría ser, por otras nítidas y poderosas razones constitucionales. Se trata de una pena de al menos veinticinco, veintiocho, treinta o treinta y cinco años de prisión que va a prolongarse indefinidamente en el tiempo salvo que el penado sea objeto de un pronóstico favorable de reinserción social.

Desde la perspectiva de la determinación de la sanción se trata así de una pena que parte de veinticinco años de prisión, en el caso ordinario, y que podría prolongarse hasta la muerte del penado. Se trataría así de una pena:

- sin límite máximo, salvo la muerte del sujeto;
- sin gradación previa en ese tramo de prisión posible;
- dependiente en su concreta duración de un pronóstico del que las disciplinas predictivas destacan su elevada falibilidad.

Aplicando los cánones establecidos por la jurisprudencia constitucional para el análisis de la taxatividad penal cabe concluir su inconstitucionalidad *ex mandato* de determinación por los siguientes motivos:

A. Se trata de una pena indeterminada e insuficientemente determinable (STC 68/1989), por la relevante vaguedad del único criterio de determinación, que es el de la reinsertabilidad. Este déficit no viene acompañado ni compensado con criterio alguno de gradación del marco penal posible (STC 129/2006).

B. Se trata de una sanción sin límite máximo (SSTC 29/1989, 129/2006).

III.5. Sobre la posible inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable por su contrariedad al mandato de resocialización (art. 25.2 CE)

A. El canon de constitucionalidad

39. El artículo 25.2 de la Constitución (CE), en su primer inciso, dispone que “[l]as penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social”. Según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, el citado precepto no establece un derecho fundamental (no es susceptible, por tanto, de ser invocado en un recurso de amparo), sino una “orientación” (SSTC 2/1987, de 21 de enero, FJ 2), un “principio” (28/1988, de 23 de febrero, FJ 2) o –quizá en su mejor intelección– un “mandato”, dirigido tanto al legislador como a los poderes públicos involucrados en la aplicación del *ius puniendi*, relativo a que la creación, determinación y ejecución de las penas deba atender a tal cometido (SSTC 19/1988, de 16 de febrero, FJ 9; 120/2000, de 10 de mayo, FJ 4, y las allí citadas).

Estando entonces –como también recuerda la STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 9– ante un “mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria (...) del que no se derivan derechos subjetivos”, si bien no podrá invocarse como base de un recurso de amparo, el artículo 25.2 CE **sí habrá de “servir como parámetro de constitucionalidad de las leyes”** (STC 160/2012, de 20 de septiembre, FJ 3), siendo por ello su cauce natural de revisión constitucional el control abstracto a través del recurso (o cuestión, en su caso) de constitucionalidad.

40. De acuerdo con tal mandato, una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad habrá de ser la reeducación o rehabilitación social. No, ciertamente, la única: ya desde sus primeros pronunciamientos al respecto tuvo ocasión de advertir el Tribunal Constitucional que la Constitución no erige a la denominada

prevención especial (positiva) en única finalidad legítima de la pena (STC 167/2003, de 29 de septiembre, FJ 6). En los términos de la STC 160/2012, de 20 de septiembre, FJ 3: “de la mención de que las penas y las medidas de seguridad deberán estar orientadas a tales finalidades, no se deriva que tales fines sean los únicos objetivos admisibles de la privación penal de libertad ni, por lo mismo, que haya de considerarse contraria a la Constitución `la aplicación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicha finalidad’ (SSTC 19/1988, de 16 de febrero, FJ 9...)”.

Así, “aunque no debe desconocerse la importancia del principio constitucional” contenido en el art. 25.2 CE (SSTC 2/1987, de 21 de enero, FJ 2; 28/1998, de 23 de febrero, FJ 2), la legitimidad de la sanción penal no ha de basarse exclusivamente en el fin resocializador, sino que ha de convivir con otras finalidades de prevención general y especial, tales como la “intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento”, etc. (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6).

41. Ahora bien, de la necesaria convivencia de fines de diversa índole, y del inevitable conflicto que ello en ocasiones puede suponer, no puede derivarse que el fin de reinserción social –único, huelga decir, con expreso reconocimiento constitucional, dada su íntima relación con el principio de dignidad de la persona y su carácter no implícito en el mecanismo de amenaza propio de la pena– resulte superfluo a la hora de determinar la constitucionalidad de las leyes penales.

Expresado en otros términos, si se prefiere: la necesidad de satisfacer otros fines legítimos de la pena –tales como la disuasión de potenciales delincuentes, o el recíproco aseguramiento de la confianza en el respeto de las normas– puede suponer un cierto grado de sacrificio del fin resocializador, pero esa restricción del fin constitucional debiera, para ser acorde con la Constitución, reunir dos requisitos: en primer lugar, debe ser razonable, en el sentido de que ha de estar justificada en algunos de esos otros cometidos legítimos de la pena o, más en general, en otros intereses de rango constitucional; en segundo lugar, no puede llegar hasta el punto de desatender totalmente el fin resocializador, pues en tal caso no estaríamos ante una restricción proporcionada, sino ante una conculcación frontal del mandato constitucional de que las penas deban estar orientadas a la reinserción social.

42. Tal es, en esencia, el criterio de valoración que ha venido siguiendo el Tribunal Constitucional. Así, ya hemos tenido ocasión de citar la STC 19/1988, de 16 de febrero, en la que se analizaba la constitucionalidad de la pena corta privativa de libertad sustitutiva de la pena de multa en casos de insolvencia del condenado. En tal caso, el criterio de valoración seguido por el Tribunal Constitucional se basó en entender que el mandato establecido en el artículo 25.2 CE no implicaba que hubiera

de declararse contraria a la Constitución “la aplicación de una pena que pudiera no responder *exclusivamente* a dicho punto de vista”; de lo que, *sensu contrario*, puede colegirse que la aplicación de la pena sí debe responder, en alguna medida, a tal finalidad.

Este presupuesto de legitimidad —el de que la pena no debe resultar incompatible con el principio de reinserción social— aparecerá después explicitado en la STC 120/2000, de 10 de mayo (al ocuparse igualmente la constitucionalidad de las penas cortas de prisión). Así, tras reiterar argumentos ya manejados por la STC 19/1988, concluye afirmando que “*no cabe negar toda posibilidad de que la efectiva imposición de una pena privativa de libertad de tan corta duración pueda cumplir la finalidad de resocialización y reinserción social, dado que la intimidación específica e individual que se opera con el sometimiento efectivo del sujeto al proceso penal y con la declaración de culpabilidad y correlativa imposición de la pena, puede ser, por sí misma, idónea para alcanzar un efecto resocializador*” (FJ 4).

Pero donde con mayor nitidez se han perfilado el canon de constitucionalidad a que venimos refiriéndonos es en la reciente STC 160/2012, de 20 de septiembre. En dicha Sentencia, el Pleno del Tribunal enjuició la constitucionalidad de las restricciones temporales a la suspensión y sustitución de la medida de internamiento prevista en la legislación penal de menores, y desestimó la cuestión planteada precisamente por no resultar tal regulación totalmente incompatible con el principio resocializador (FJ 6).

Pone de manifiesto el Tribunal, en primer lugar, que “*el cometido esencial del sistema penal —que engloba también la legislación penal de menores— radica en la protección de los bienes jurídicos más importantes del ciudadano y la sociedad, para lo cual el legislador se ve obligado a establecer un complejo entramado de sanciones y medidas privativas de derechos que operan en diferentes estratos temporales —desde la conminación abstracta hasta el momento de ejecución efectiva de la sanción impuesta— y con distintas finalidades*”.

Destaca asimismo, continuación, que “*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, en lo relativo a la decisión sobre el sí y el cuánto de la pena a imponer, puede no ser lo idóneo o lo más aconsejable desde la óptica de la reinserción social, siendo labor del legislador, dada su competencia exclusiva para el diseño de la política criminal (entre otras, las ya citadas SSTC 203/2009, de 27 de octubre, FJ 5 y 60/2010, de 7 de octubre, FJ 7), la articulación de las relaciones entre ellos, a partir de los instrumentos de que dispone*” (FJ 4).

Y de tales presupuestos deriva el Tribunal el canon de constitucionalidad a aplicar en relación con el artículo 25.2 CE: “*el análisis de la inconstitucionalidad (...)*

no puede partir de su compatibilidad con el mandato de reinserción social como finalidad exclusiva y excluyente de las sanciones privativas de libertad; por el contrario, nuestro enjuiciamiento deberá atender a su armonización con otros fines legítimos de las medidas privativas de libertad, analizando tanto el grado en que se reducen las posibilidades de articulación de la reinserción social –pues, sin lugar, a dudas, una norma que impidiera de modo radical tal posibilidad sí resultaría contraria al art. 25.2 CE–, como si ello aparece justificado por un fin legítimo”.

En definitiva, de la mano de la citada Sentencia podemos fijar el canon de constitucionalidad que debe presidir el análisis del artículo 25.2 CE:

1. Una institución punitiva que reduzca las posibilidades de reinserción social será conforme a la Constitución siempre que dicha reducción esté justificada en la consecución de un fin legítimo (otras finalidades de prevención, por ejemplo) y el sacrificio del principio de resocialización no sea desproporcionado.
2. No será conforme a la Constitución “una norma que impidiera de modo radical” las posibilidades de reinserción social.

B. La inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable *ex mandato* de resocialización.

43. Desde tales parámetros, la prisión permanente revisable debe considerarse contraria al artículo 25.2 CE, por conllevar una reducción desproporcionada de las posibilidades de reinserción social, hasta el punto de anular completamente toda expectativa de resocialización. Ello es así en atención a tres aspectos inherentes a la regulación de la institución punitiva: en primer lugar, dada la desproporcionada duración del periodo de cumplimiento efectivo sin posibilidad de revisión, y sin posibilidad de aplicar medidas orientadas a la resocialización; en segundo lugar, por la indeterminación y arbitrariedad de los criterios que permiten suspender la ejecución de la pena; y, en tercer lugar, por la perpetuidad del sometimiento al *ius puniendi* que se impone al ciudadano.

a. Desproporcionada duración del periodo de cumplimiento efectivo sin posibilidad de revisión.

44. Comenzando con el primer aspecto citado, el artículo 92 del Código Penal establece un periodo mínimo de *veinticinco* años de privación de libertad antes de toda posibilidad de revisión y, en su caso, suspensión de la ejecución de la pena;

pudiendo llegar a los *treinta* años si la condena es por varios delitos y al menos dos de ellos estén castigados con una pena de prisión permanente revisable (art. 78 bis.2b); a los *veintiocho* si son delitos de terrorismo y la condena es por más de un delito; y a los *treinta y cinco* si al menos dos de los delitos en que se funda la condena tienen prevista la prisión permanente revisable (art. 78 bis.3).

No es preciso hacer mención detallada de los estudios empíricos que acreditan que periodos semejantes de privación continuada de libertad conllevan daños irreparables tanto de orden fisiológico como psicológico. En lo que en este momento es relevante, instituciones como Naciones Unidas²⁹ o el Comité para la Prevención de la Tortura³⁰ han puesto de manifiesto que periodos tan prolongados de prisión generan un efecto de *prisionización*, cuyas consecuencias directas son un profundo deterioro psicológico y una intensa *desocialización*, situación que impedirá en gran medida albergar una expectativa razonable de reintegración a la sociedad de la que durante tanto tiempo se ha apartado al ciudadano. Condenas de tan larga duración como la que prevé la regulación vigente suponen, en la práctica, la ruptura de todo vínculo social y afectivo con el exterior de los muros de la prisión y, en última instancia, la muerte social del individuo.

No pretende fundarse la anterior conclusión en la premisa genérica de que la prisión, en sí misma, sea contraria a la reinserción social. La privación de libertad, sometida a las debidas medidas de tratamiento resocializador y asistencia social, puede sin duda ser idónea para tal fin. Pero es también indudable –y empíricamente acreditado– que la privación de libertad deja de ser adecuada para el cometido de reinserción social cuando la duración de torna excesiva y desproporcionada, y cuando el alejamiento de la sociedad a la que se pretende reinsertar al ciudadano es tan prolongado que termina por romper con todos los vínculos laborales, sociales y afectivos que unían a la persona con su entorno. **Veinticinco años de prisión excede, sin lugar a dudas, de toda duración funcional a la resocialización y, por ende, de todo plazo acorde al principio constitucional.**

La prisión permanente revisable se sitúa muy por encima de la media europea del periodo mínimo de cumplimiento (19,40 años). La siguiente tabla muestra los Estados que establecen períodos de cumplimiento inferiores a los 20 años.

29 UN Crime Prevention and Criminal Justice Branch (1994) document ST/CSDHA/24.

30 European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: *CPT Standards*. CPT/Inf/E (2002) – Rev. 2015, p. 28;

Tariff ≤ 15 años	Tariff ≤ 20 años
Alemania (15 años)	
Austria (15 años)	
Bélgica (15 años)	Armenia (20 años)
Chipre (12 años)	Bélgica (19 años)
Dinamarca (12 años)	Bulgaria (20 años)
Finlandia (12 años)	Francia (18 años)
Inglaterra (12 años)	Grecia (20 años)
Irlanda (7 años)	Hungría (20 años)
Liechtenstein (15 años)	Rep. Checa (20 años)
Luxemburgo (15 años)	Rumanía (20 años)
Mónaco (15 años)	
Macedonia (15 años)	
Suecia (10 años)	
Suiza (10 años, 15 años)	

45. La precaria compatibilidad con la Constitución que conlleva una pena efectiva *mínima* de veinticinco años se torna en indudable incompatibilidad si se atiende a la forma de cumplimiento. A la hora de analizar la constitucionalidad a la luz del artículo 25.2 CE, el Tribunal Constitucional ha establecido la relevancia no sólo de la duración de una pena, sino de las posibilidades de hacer efectivo el principio de resocialización durante su cumplimiento, a través de los instrumentos previstos en la legislación penal y penitenciaria.

Afirma, así, la STC 162/2012, de 20 de septiembre, que el mandato que establece el art. 25.2 CE “*opera como parámetro de ponderación del completo sistema de ejecución de las penas y de las instituciones que lo integran. De manera que no se trata tanto de la valoración de una concreta pena privativa de libertad, como de su ponderación en el marco de un sistema en el que son piezas claves instituciones como la condena o remisión condicional, las formas sustitutivas de la prisión, o, por último, los distintos regímenes de cumplimiento de la pena*” (FJ 4, citando la STC 120/2000, de 10 de mayo).

Tales instituciones, configuradas como beneficios penitenciarios o como modulaciones en la gravedad del régimen, “si bien no constituyen decisiones sobre la restricción de la libertad en sentido estricto, sin embargo afectan al valor libertad en cuanto modalizan la forma en que la ejecución de la restricción de la libertad se llevará a cabo” (STC 57/2007, de 12 de marzo, FJ 2, en referencia a la suspensión condicional de la pena), y “tienden a hacer efectivo el principio de reeducación y reinserción social contenido en el art. 25.2 CE”, siendo ese su cometido principal (STC 160/2012, FJ 4).

Pieza esencial de las posibilidades de reinserción de las penas de larga duración son, según tiene señalado el Alto Tribunal, los permisos penitenciarios. Como recuerda la STC 23/2006, de 30 de enero, “*la posibilidad de conceder permisos de salida penitenciarios se conecta con una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad, la reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE), al contribuir a lo que hemos denominado la ‘corrección y readaptación del penado’ (STC 19/1988, de 16 de febrero, FJ 2), y se integra en el sistema progresivo formando parte del tratamiento, de modo que su finalidad es la de preparar la vida en libertad, uno de cuyos mecanismos es, concretamente, el de la concesión de permisos*” (FJ 2).

Pues bien, tal como anticipábamos, las dudas de constitucionalidad no se deben sólo a la desproporcionada duración de la pena efectiva a cumplir, sino además al hecho de que la regulación de la prisión permanente revisable cercena sustancialmente la facultad judicial de otorgar tales beneficios penitenciarios. Así, por lo que respecta al régimen de cumplimiento, dispone el artículo 36 CP que la clasificación del penado en tercer grado no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de *quince* años de prisión efectiva, y hasta *veinte* años si estamos ante delitos de terrorismo. Tales límites mínimos de cumplimiento se elevan hasta los *dieciocho* si la condena es por varios delitos, llegando hasta *veinticuatro* años si concurren varios delitos de terrorismo (art. 78 bis.1 CP).

Por lo demás, las restricciones a las medidas de reinserción social alcanzan también a los permisos de salida, prohibiéndose su concesión hasta que se hayan cumplido al menos *ocho* años de prisión –*doce*, si el penado es autor de delitos terrorismo– (art. 36 CP).

El régimen punitivo expuesto conlleva, en suma, que la persona condenada no tendrá ninguna posibilidad de ver suspendida la ejecución de la pena hasta pasados como mínimo veinticinco años de prisión; que no podrá alcanzar el tercer grado –ni las posibilidades de acceso al mercado laboral o de recuperación de contactos sociales– hasta quince años, y que ni siquiera podrá disfrutar de un mínimo contacto social –a través de los permisos de salida– hasta transcurridos ocho años de cumplimiento efectivo e ininterrumpido; periodo en el que todo lazo afectivo, familiar o social habrán quedado destruido, y se habrá alcanzado el completo desarraigo y *desocialización* del ciudadano.

En virtud de los criterios de constitucionalidad antes expuestos, ya desde la perspectiva de los marcos mínimos de cumplimiento efectivo el régimen que instaura el legislador con la prisión permanente revisable **debe considerarse contrario al artículo 25.2 CE, al restringir sustancialmente las posibilidades de aplicación de los instrumentos de reinserción social y sacrificar desproporcionadamente el principio resocializador en favor de la nuda inocuización del delincuente y**

de afanes vindicativos. Con ello, en definitiva, la regulación de la prisión permanente revisable se muestra radicalmente antagónica con el mandato constitucional de reinserción del ciudadano a la sociedad.

46. Un análisis diferenciado merecen **los plazos de revisión extraordinarios de veintiocho, treinta o treinta y cinco años en cuanto contrarios no sólo al canon de constitucionalidad expresado sino, de modo añadido, contrarios también al canon más deferente del Convenio Europeo de Derecho Humanos.**

En efecto, la cuestión de los periodos de revisión es una de las principales cuestiones abordadas en los últimos años por el TEDH, dando lugar a la existencia de un denominado *right to hope* o derecho a la esperanza, que básicamente consistiría en que debe proporcionarse a los internos una perspectiva realista de puesta en libertad, lo que, en última instancia, reconoce el derecho a la dignidad de todo tipo de internos (Vinter y otros c. Reino Unido, 9 de julio de 2013). En este sentido, **el TEDH ha indicado que el periodo de revisión no debería situarse más allá de los veinticinco años** en la medida en que supondría entorpecer el proceso de rehabilitación. Desde la perspectiva del Convenio, negar la posibilidad de que un interno pueda reinsertarse en la sociedad implica la violación del art. 3.

Esta doctrina del TEDH está en línea con lo establecido en la Recomendación 2003 (22) del Consejo de Ministros, de 24 de septiembre de 2003, sobre la libertad condicional, establece de manera clara como principio fundamental que “la libertad condicional debe tener como finalidad ayudar a los reclusos a realizar la transición entre su vida en prisión y una vida en sociedad respetuosa con la ley” (párrafo 2) y que el periodo mínimo de cumplimiento nunca debe ser tan largo como para impedir que se cumpla la finalidad de la libertad condicional (párrafo 6).

b. Indeterminación y arbitrariedad de los criterios que permiten suspender la ejecución de la pena.

47. Junto a la inusitada duración de la privación efectiva de libertad sin posibilidad de remisión, un factor adicional de inconstitucionalidad, también desde el prisma del artículo 25.2 CE, es la indeterminación del juicio en virtud del que pueda concederse la suspensión de la ejecución de la pena, así como la arbitrariedad –por contrarios al propio fin de reinserción social– de los criterios a ponderar. Sin perjuicio de que ello pueda constituir un factor autónomo de inconstitucionalidad, por contradicción con el derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) y el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), también desde la óptica del principio de reinserción social ha de merecer censura la indeterminación legal del juicio del que dependerá la suspensión de la ejecución, así como la incertidumbre en que inevitablemente

sume a quien se halla privado de libertad. Asimismo, muchos de los criterios que según lo dispuesto en el artículo 92 CE deben ser atendidos por el tribunal son en sí mismos contrarios al cometido de reinserción social, por lo que deben ser considerados arbitrarios, desde el punto y hora en que pretenden erigirse en parámetros para determinar el grado de reinserción del ciudadano.

El citado precepto establece los requisitos necesarios para acordar la suspensión de la ejecución de la pena: además de las condiciones *sine qua non* de que se hayan cumplido, como mínimo, veinticinco de condena, y de que el penado se encuentre clasificado en tercer grado, se exige que el tribunal de ejecución pueda fundar la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social, debiendo tomarse en consideración –junto a los informes del Centro penitenciario y, en su caso, el asesoramiento de expertos designados por el tribunal– los siguientes criterios: la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración del delito, su conducta durante cumplimiento de la pena, las 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.

En primer lugar, como se ha anunciado, debe ponerse de relieve la **extrema indeterminación del propio juicio de pronóstico del que pretende hacerse depender la suspensión de una pena cuya regla es la perpetuidad**. En efecto, si en algo existe consenso científico en este ámbito es en la escasa fiabilidad de los juicios de pronóstico acerca del comportamiento humano, así como, en particular, en la de los juicios sobre la peligrosidad delictiva. Las posibilidades de predecir la comisión futura de delitos son, en sí mismas, muy precarias, lo que –tal como también se ha contrastado– llevará ineluctablemente al juzgador a un sesgo conservador, teniendo en cuenta que el punto de partida del análisis es la comisión de delitos de extraordinaria gravedad y –no sobra reiterarlo– la existencia de un sistema en el que la perpetuidad de la condena aparece configurada como la regla y la suspensión de la misma –siempre revocable– como la excepción.

En este sentido, como se expuso con detalle en el capítulo relativo a la indeterminación de la pena³¹, los estudios realizados acerca de los pronósticos de peligrosidad, ya sean efectuados con el método clínico, ya lo sean con el método actuarial, coinciden en la inseguridad que presentan sus resultados. En particular, los déficits detectados son los siguientes:

31 V. supra núm. 33.

(1) Presentan una clara tendencia a la sobreinclusión de “falsos positivos”, debido a que la peligrosidad es sistemáticamente sobreestimada³².

(2) Su valor predictivo positivo –que determina la fiabilidad ex post de tales pronósticos– está la mayor parte de las veces por debajo del 50%³³. Repárese al respecto en que un valor predictivo positivo del 50% no es mejor que el mero azar como criterio predictivo: significa que de todos los sujetos que según el pronóstico sí volverían a delinquir, la mitad no lo hicieron. Y un valor predictivo por debajo de ese porcentaje indica que el criterio de pronóstico yerra más veces de las que acierta.

(3) Junto a lo anterior, presentan márgenes de error muy considerables, porque se acredita que un mismo instrumento de predicción, aplicado a diversas muestras de sujetos, arroja resultados muy dispares en cada ocasión³⁴.

Importa destacar, a este respecto, que la legitimidad de la prisión permanente revisable pivota en grandísima medida sobre la revisabilidad de la privación de libertad. Así, con arreglo a la jurisprudencia del TEDH, la cadena perpetua sólo será legítima si no es efectivamente perpetua, esto es, si se ofrece al reo la posibilidad de remisión, siquiera condicional, de la condena (cfr., por todas, la reciente STEDH de la Gran Sala *Vinter y Otros c. Reino Unido*, de 9 de julio de 2013). Y esa misma exigencia ha establecido implícitamente el Tribunal Constitucional cuando a la hora de determinar la legitimidad de la extradición por delitos susceptibles de conllevar cadena perpetua, ha condicionado la entrega a que la condena no sea indefectiblemente de por vida (STC 91/2000, ya citada).

Pero, como se enfatiza en la citada STEDH *Vinter*, a la hora de determinar si una condena perpetua ha de calificarse como modificable o revisable, lo determinante será si el condenado puede albergar expectativas de recuperar la libertad; en los términos del voto concurrente firmado por el Juez Power-Forde, el art. 3 CEDH exigiría lo que puede describirse como un “*derecho a la esperanza*”.

32 Cfr. «Informe sobre la eficacia de las predicciones de peligrosidad de los informes psicológicos forenses emitidos en los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria de Madrid» elaborado por la Psicóloga Forense María del Rocío Gómez Hermoso. Puede consultarse en la página web del Colegio Oficial de Psicólogos de las Islas Baleares, <http://www.copib.es/pdf/Vocalies/Juridica/2012-11-18%20predicciones.pdf> (consultada por última vez el 17 de junio de 2015).

33 Cfr. FAZEL/SINGH/DOLL/GRANN: *British Medical Journal*, 2012, cit.

34 SINGH/FAZEL/GUEORGUEVA/BUCHANAN: *The British Journal of Psychiatry*, 2014, cit.

Y semejante es el presupuesto de legitimidad de que parte nuestro legislador, cuando en la Exposición de Motivos de la L.O. 1/2015 manifiesta que la revisión de la ejecución de la pena de prisión ha de “*garantizar un horizonte de libertad para el condenado*”.

Pues bien, **esa expectativa resultará ilusoria si la determinación del cumplimiento de una pena se hace depender de un juicio de pronóstico con criterios arbitrarios y resultado impredecible**; si, como ocurre con la regulación combatida y como, por lo demás, será inherente al juicio de pronóstico que se realice, la decisión estará sumida en insoportables cotas de incertidumbre. Existe un nexo íntimo entre las posibilidades de reinserción social y esa expectativa de abandonar los muros de la prisión: el tratamiento resocializador –cuyo fin es la preparación para la vida en libertad– sólo puede ser efectivo si el horizonte del mismo es el retorno a la libertad. Sin esa razonable esperanza –que para ser razonable ha de ostentar cierto grado de certidumbre–, la prisión es nuda inocuización y es, por ello, incompatible con el mandato del artículo 25.2 CE.

Por lo demás, el desproporcionado grado de exigencia que se establece en el resultado del pronóstico como presupuesto para acordar la revisión, hace que tal expectativa de libertad resulte completamente ilusoria en la práctica. Así, el artículo 92.3 CP establece que se revocará la suspensión cuando ya no pueda mantenerse “el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba” la concesión de la suspensión. Resulta entonces que podría entenderse que para el legislador no basta un pronóstico de baja o escasa peligrosidad para conceder la suspensión de la ejecución de la prisión permanente, sino que la suspensión deberá denegarse cuando, aunque no se pueda excluir alguna probabilidad de reincidencia, ésta se pueda considerar reducida: que se exige un pronóstico en el que se afirme la ausencia de peligrosidad, la probabilidad cero, en definitiva la certeza de que no se cometerán más delitos. Tal conclusión exegética se confirma a la luz de lo que dispone la Exposición de Motivos, exigiendo que deba estar “acreditada la reinserción del penado”, para que éste pueda salir de prisión.

Esa aspiración es, sin lugar a dudas, ilusoria, en cuanto ajena a la realidad. Y es además, y por ello mismo, contraria a la Constitución, al convertir también en ilusoria la expectativa de libertad del reo. En primer lugar, todos los métodos de predicción contrastados en la psicología y criminología parten de la base de que las predicciones siempre se hacen para un periodo de tiempo determinado; no es posible predecir el riesgo de comisión de delitos para un futuro indeterminado, y además la probabilidad de acierto del pronóstico es tanto mayor cuanto más corto sea el periodo respecto del que se formula. Luego ningún perito puede afirmar que un sujeto no volverá a delinquir nunca.

Y en segundo lugar, los pronósticos son por definición juicios sobre la posibilidad de que algo acontezca en el futuro, y no pueden proporcionar certeza de que el sujeto no reincidirá, sino sólo estimaciones de probabilidad más o menos elevadas, pero nunca iguales a cero. Si los tribunales para conceder la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente reclamaran del perito un informe en el que se asegurase la ausencia total de probabilidad de reincidencia (“falta de peligrosidad”), nunca se podría revisar una condena a prisión permanente, sencillamente porque esa clase de pronunciamiento no puede hacerse con base científica. Pero aunque no se llegue a este extremo, y los jueces se conformen con informes en los que se asuma un riesgo mínimo o muy bajo de reincidencia, la aplicación de un criterio extremadamente estricto para conceder las suspensiones multiplicará el número de falsos positivos, es decir, de personas que en realidad no habrían cometido delitos si hubieran sido puestas en libertad. Pues cuanto más rigurosos son los requisitos exigidos para hacer un pronóstico favorable, más aumenta el número de casos en los que “por si acaso” no se concede la libertad, y con ello, el número de falsos positivos. De modo que, tal y como evidencian los estudios realizados sobre la capacidad predictiva de los diferentes métodos de predicción de la peligrosidad, cabe asegurar que permanecerá privado de libertad indefinidamente un número de personas no peligrosas muy superior al de sujetos que sí tendrían un verdadero riesgo de volver a delinquir.

48. Junto a ello, y en segundo lugar, también se revela contraria a la mera posibilidad de reinserción la arbitrariedad de algunos de los criterios establecidos por el legislador como parámetros para acordar la remisión de la prisión.

Así acontece, por ejemplo, con la necesidad de ponderar “las circunstancias del delito cometido”: estando ante una condena de 25 años, prevista para los delitos más graves y cuya imposición presupondrá la ausencia de atenuantes, atender a las circunstancias del delito sólo puede suponer atender a la *muy elevada gravedad* del delito cometido, valoración de raigambre vindicativa o preventivo-general que no hará sino abonar la continuidad de la condena. Por lo demás, resulta palmariamente arbitrario evaluar las posibilidades del condenado de reinsertarse en sociedad a partir de circunstancias y comportamientos acontecidos *veinticinco años antes!*

Idéntico sesgo sobreinclusivo en perjuicio del reo tendrá el relativo a “la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por la reiteración en el delito”: estando ante delitos tan graves, los bienes jurídicos afectados por una eventual reiteración delictiva serían necesariamente los más valorados.

Y semejante juicio negativo merece el criterio referido a la evaluación de “las circunstancias familiares y sociales”. Si se nos permite el exabrupto retórico, constituye una burla que el legislador exija atender a las circunstancias familiares y sociales de un condenado que ha permanecido veinticinco años en prisión: ¿cómo puede establecerse como condición para la libertad que se hayan mantenido vínculos sociales y familiares a quien se ha mantenido veinticinco años de su vida privado de libertad, apartado de familia y amigos y sometido a una inevitable desocialización? Además de inhumano, y de arbitrario respecto del propio sentido de la institución, ese criterio se muestra frontalmente incompatible con el principio de resocialización.

c. La perpetuidad de la condena que se impone al ciudadano.

49. En la institución de la “prisión permanente revisable”, la prisión puede no llegar a ser permanente, por ser revisable; pero lo que sí será cuasipermanente es el sometimiento al *ius puniendi*. La prisión permanente revisable es inconstitucional porque aunque pueda no ser una prisión perpetua sí es una condena cuasiperpetua.

En su configuración legal, la revisabilidad se dirige a una suspensión *condicional* de la condena privativa de libertad durante un periodo que va de cinco a diez años, durante el cual la persona condenada queda sometida al cumplimiento de determinadas medidas de comportamiento que le pueden ser impuestas, que podrán ser modificadas a lo largo del mismo y cuyo incumplimiento podrá determinar el retorno a prisión. Esta situación de condena suspendida podrá ser revocada cuando, según dispone el artículo 92.3 CP, “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”.

Con ello, aunque pudiera interrumpirse la privación de libertad, no se interrumpe la condena, que se prolonga de cinco a diez años más, periodo “de prueba” en el que podrán imponerse diferentes medidas restrictivas de derechos (art. 83 CP). Huelga a este respecto recordar que la suspensión condicional de la pena “representa una forma de cumplimiento alternativa a la pena de prisión” (STC 97/2010, de 15 de noviembre, FJ 4), al igual que lo es la libertad condicional (artículo 192 del Reglamento Penitenciario), que ahora adopta forma de suspensión de la ejecución de la pena.

Ciertamente, podrá decirse que tal perpetuidad del sometimiento del ciudadano al *ius puniendi* es precisamente lo que caracteriza a la prisión permanente revisable. Pero es precisamente esa circunstancia lo que hace incompatible la institución con el principio de resocialización, aun siendo revisable la forma de

cumplimiento de la condena consistente en la privación de libertad. La prisión es revisable, la condena –la cadena– es, añadido el extenso plazo de suspensión, cuasiperpetua. Y una condena perpetua es frontalmente incompatible con el mandato de reinserción social.

Desde el punto de vista de la resocialización, ese horizonte de libertad no ha de ser sólo la salida de prisión, sino la posibilidad de un *final* en el cumplimiento de la pena. El proceso de reinserción ha de ofrecer la posibilidad de un desenlace definitivo, ha de ofrecer la posibilidad de extinguir la pena. Una pena irreversible marginaliza y estigmatiza de por vida al delincuente, a quien no se le permite “pagar su deuda” y reiniciar su vida en sociedad sin el lastre *desocializador* de una condena que durará la mayor parte de su vida, sometido además a la amenaza del retorno a prisión.

Además, esa amenaza estará preñada de incertidumbre, dada la indeterminación e inseguridad de los criterios empleados para determinar ese pronóstico de falta de peligrosidad: no es ya que el condenado no sepa nunca si podrá salir o no en libertad, sino que una vez que se le hubiera concedido esa libertad a través de la suspensión de la ejecución, penderá sobre él durante otros largos años la espada de Damocles de una revocación que, además, es independiente de sus decisiones, de lo que él pueda voluntariamente hacer u omitir (como por ejemplo cometer o no nuevos delitos), sino que dependerá de la mudable opinión del tribunal sobre si „las circunstancias“ –en gran medida indeterminadas– han cambiado. Es decir, **la regulación legal no ofrece al reo suficientes pistas sobre cuáles son los criterios de los que dependerá la revocación de la suspensión**, de modo que éste no sabrá qué es lo que debe intentar hacer u omitir para poder conservar la libertad que se le ha concedido. Además, el texto legal **permite revocar la suspensión debido a un cambio de circunstancias que no tienen nada que ver con la conducta del sujeto**. Por ejemplo, si el condenado se comprometió a vivir con su madre durante el periodo de suspensión, pero ésta fallece a los 6 meses y él queda sin ningún apoyo familiar, ¿es eso un cambio de circunstancias que permita modificar el pronóstico de peligrosidad? O si uno de los factores que se tuvo en cuenta para conceder la suspensión fue que el sujeto tenía una oferta de trabajo, ¿el hecho de que lo pierda debido a la crisis económica es un dato que permite modificar el pronóstico?

La expectativa razonable de libertad que legitimaría la cadena perpetua no sólo debe ser ofrecida al reo que, tras cumplir veinticinco años de prisión, se enfrenta a la decisión sobre su suspensión, sino también al reo que, sometido a esa precaria y condicional libertad, se ve cada día enfrentado a la posibilidad de perderla durante un periodo de tiempo que puede alcanzar los diez años. Desde el punto de vista del artículo 25.2 CE, y desde el principio de humanidad de las penas, la absoluta

inseguridad sobre el riesgo de retorno a prisión, la incapacidad del reo para gobernar los factores que determinan ese riesgo, y el hecho de que, incluso tras un largo periodo de suspensión, puede retornarse a una privación de libertad potencialmente perpetua, convierten a la institución punitiva introducida por la L.O. 1/2015 en inconstitucional.

C. La inconstitucionalidad por falta de garantías de preservación del mandato de resocialización.

50. Aunque se considerara que la prisión permanente revisable no es estructuralmente contraria al mandato de resocialización, la inconstitucionalidad debería proceder de la falta de garantías suficientes de protección del mandato frente al legítimo fin de protección de la sociedad. Si el legislador decide mantener en prisión al preso que ya lo ha estado durante al menos veinticinco años, endurecer así su ya durísima pena, y dificultar o imposibilitar su reinserción social, lo hace porque lo estima necesario para evitar “la comisión de nuevos hechos delictivos” (apartado II del preámbulo de la LO 1/2015). Es este conflicto entre la protección ciudadana y las limitaciones constitucionales de la pena que se derivan de la dignidad de la persona el que motiva la restricción de éstas. Pero aun suponiendo que resultado final que a este pulso propone el legislador tenga cabida constitucional, la negación de tal cabida proviene en concreto de la **falta de garantías necesarias para afirmar que en determinados casos la prevención penal debe imponerse a los derechos del penado**. En palabras de la STC 83/1985, respecto a la solución legislativa a un conflicto bien diferente, que es al que respondía la despenalización de determinados abortos consentidos por la gestante, habrán de establecerse las garantías necesarias para que el sistema de humanización de la pena de prisión no disminuya más allá de lo que exige la finalidad de la nueva pena, de cuya precisa comprobación no puede desentenderse el Estado (STC 53/1985, FJ 12).

La restricción de los derechos a la humanidad de las penas y a la resocialización, unido a la pobre fiabilidad de los pronósticos de peligrosidad, exigen algo más que este vaporoso párrafo: “*Que el tribunal, a la vista de 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, pueda fundar, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario y por aquellos especialistas que el propio tribunal determine, la existencia de*

un pronóstico favorable de reinserción social". ¿Qué peso debe tener el delito cometido veinticinco años antes?; ¿por qué deben valorarse las circunstancias familiares y sociales de quien lleva separado tanto tiempo de la familia y la sociedad?; ¿qué y cuántos especialistas deben informar?; ¿a qué se llama reinserción, cuál es el objeto del pronóstico?; ¿la ausencia de comportamientos ilícitos, la de delitos, la de delitos graves?; ¿qué medios debe habilitar la administración penitenciaria para poder afirmar que "se esfuerza por la rehabilitación del preso" (STEDH Hutchinson vs. Reino Unido, de 3 de febrero de 2015, p. 19)?

D. Recapitulación.

51. La prisión permanente revisable es contraria al mandato de reinserción social (art. 25.2 CE) por cuanto prácticamente restringe toda posibilidad de resocialización (STC 160/2012, de 20 de septiembre).

A. Esa restricción incompatible con la Constitución se debe, en primer lugar, al desproporcionado plazo de duración de la privación de libertad legalmente establecido (veinticinco años de prisión *como mínimo*), unido a la circunstancia de que durante ese tiempo se limite enormemente la posibilidad de hacer uso de formas de cumplimiento y beneficios penitenciarios orientados al fin de la resocialización, tales como el tercer grado o los permisos de fin de semana.

B. En segundo lugar, a la indeterminación de los criterios en virtud de los que ha de decidirse la revisión de la condena una vez transcurrido ese periodo de seguridad. La resocialización presupone una expectativa razonable de recuperar los vínculos sociales, que es imposible de garantizar cuando tanto la posibilidad de salir de prisión como el riesgo de retornar a ella está sumida en tan altas cotas de incertidumbre, siendo además algunos de los criterios determinados por el legislador incompatibles con el mandato constitucional.

C. En tercer lugar, es igualmente contrario al principio de resocialización la cuasiperpetuidad del sometimiento al *ius puniendi*, con la exigencia de un periodo adicional de hasta diez años de suspensión condicional de la privación de libertad –lo que no es sino una distinta forma de cumplimiento de la pena (STC 97/2010, de 15 de noviembre, FJ 4)–, así como, por ende, la mera posibilidad de que la misma privación de libertad pueda ser perpetua, al poder conllevar el retorno a prisión el surgimiento de circunstancias ajenas al reo y no controladas por él incluso transcurrida una buena parte del periodo de suspensión condicional.

IV. CONCLUSIONES

Los artículos 33.2.a, 35, 36, 76.1.e, 78 bis y 92 del Código Penal, en la redacción dada por la LO 1/2015, reguladores de la prisión permanente revisable, y los artículos 140, 485.1, 605.1, 607.1.1º, 607.1.2º y 607 bis 2.1º del Código Penal, en la redacción dada por la LO 1/2015, en cuanto que imponen esta pena para los delitos en ellos tipificados, son, en nuestro parecer, inconstitucionales, por las siguientes razones:

1. Por su contrariedad a la prohibición de penas inhumanas (art. 15.1 CE).

a. Aunque la prisión permanente sea revisable, se mantiene la posibilidad de que sea perpetua y, por tanto, inconstitucional cuando llegue a serlo, de modo que la aplicación constitucional a unos reos no puede contrarrestar la aplicación inconstitucional a otros.

b. El sometimiento a la condición de reinsertabilidad social del reo no cambia su naturaleza e inhumanidad, como tampoco la pena de muerte sería constitucional si se la sometiera a la condición de reinsertabilidad social del reo.

c. La puesta en libertad del reo no depende de su autonomía, por lo que no permite responsabilizarle de su mantenimiento en prisión, como evidencia especialmente la propia regulación española, que, en contraste con otras, no incorpora factores precisos relativos a cómo puede contribuir el reo a mejorar su pronóstico.

d. La excarcelación del recluso depende de un juicio de pronóstico que se ha evidenciado científicamente insostenible por las elevadas tasas de error que genera y que conducen al mantenimiento mayoritario de reclusos en prisión respecto de los que luego se evidencia que no reiteran el delito.

e. Dado que para la revisión de la cadena perpetua el juez no dispone de un instrumento racional y certero, el recluso no sabrá, como exige el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 9 de julio de 2013, asunto Vinter y otros c. Reino Unido; de 3 de febrero de 2015, asunto Hutchinson c. Reino Unido), lo que debe hacer para conseguir la libertad, y por ello mantendrá niveles de inseguridad y desesperanza inhumanos. Tal situación empeora en la regulación española debido a los dilatados plazos previstos para la primera revisión, que, además, no se acompañan de la configuración de programas resocializadores específicos que sirvan para contrarrestar los devastadores efectos psíquicos que tan extensa restricción de libertad obligatoria conlleva.

f. Al menos las revisiones previstas para 28, 30 y 35 años no cumplen con las exigencias derivadas del respeto de la dignidad humana y la prohibición de las penas inhumanas o degradantes (art. 3 CEDH y 15 CE) alejándose del consenso y

las Recomendaciones internacionales. Dichos plazos, por sí mismos y por insertarse en un sistema que no ha previsto instrumentos específicos de rehabilitación del reo, no permiten concluir que se habilite una oportunidad cierta de excarcelación capaz de minorar los graves padecimientos que la reclusión de por vida conlleva, como exige la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH 9 de julio de 2013, asunto Vinter y otros c. Reino Unido).

g. Aun en el caso de que se considerara que el esquema punitivo de la prisión permanente revisable fuera acorde con la Constitución, su regulación sería inconstitucional porque no contempla garantías suficientes de que la humanidad de la pena está siendo sacrificada para la protección social.

2. Por su contrariedad al derecho a la libertad, por la privación de la misma desproporcionada y ajena a criterios de culpabilidad (art. 17.1 CE).

a. La previsión de la prisión permanente revisable vulnera el principio de proporcionalidad y con ello supone una restricción desproporcionada de la libertad personal de los condenados a dicha pena porque las estadísticas sobre la evolución de los delitos graves en España evidencian su **falta de necesidad** dado que sin prisión permanente las tasas de delitos graves a los que se aplicaría son muy inferiores en España que en otros países europeos en los que se prevé la prisión permanente. Ello implica que los **beneficios** de su imposición son **cuestionables**.

b. De otra parte, la previsión de la prisión permanente como pena **obligatoria** y no facultativa vulnera la **proporcionalidad estricta y el principio de culpabilidad** por el hecho y, en consecuencia, el derecho a la libertad (art. 17 CE), pues la legitimidad de esta pena sólo puede afirmarse, en su caso, si se aplica a los **delitos más graves ponderados en atención las circunstancias concretas** concurrentes relativas al hecho y a su autor. La ausencia de una previsión legal que permita la no imposición de esta pena debido a las circunstancias del hecho y de su autor (STC 136/1999), constituye una restricción desproporcionada del derecho a la libertad de todos aquellos a los que se imponga a pesar de que sus circunstancias personales evidencian una menor culpabilidad.

3. Por su contrariedad al mandato de determinación derivado del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE).

a. La prisión permanente sería una pena determinada conforme a los cánones de nuestra jurisprudencia constitucional si fuera sin más un encarcelamiento de por vida. Pero ni lo es ni lo podría ser, por otras nítidas y poderosas razones constitucionales. Se trata de una pena de al menos veinticinco, veintiocho, treinta o treinta y

cinco años de prisión que va a prolongarse indefinidamente en el tiempo salvo que el penado sea objeto de un pronóstico favorable de reinserción social.

Desde la perspectiva de la determinación de la sanción se trata así de una pena que parte de veinticinco años de prisión, en el caso ordinario, y que podría prolongarse hasta la muerte del penado. Se trataría así de una pena:

- sin límite máximo, salvo la muerte del sujeto;
- sin gradación previa en ese tramo de prisión posible;
- dependiente en su concreta duración de un pronóstico del que las disciplinas predictivas destacan su elevada falibilidad.

b. Aplicando los cánones establecidos por la jurisprudencia constitucional para el análisis de la taxatividad penal cabe concluir su inconstitucionalidad *ex mandato* de determinación por los siguientes motivos:

- Se trata de una pena indeterminada e insuficientemente determinable (STC 68/1989), por la relevante vaguedad del único criterio de determinación, que es el de la reinsertabilidad. Este déficit no viene acompañado ni compensado con criterio alguno de gradación del marco penal posible (STC 129/2006).
- Se trata de una sanción sin límite máximo (SSTC 29/1989, 129/2006).

4. Por su contrariedad al mandato de resocialización (art. 25.2 CE), por cuanto prácticamente restringe toda posibilidad de resocialización (STC 160/2012, de 20 de septiembre).

a. Esa restricción incompatible con la Constitución se debe, en primer lugar, al desproporcionado plazo de duración de la privación de libertad legalmente establecido (veinticinco años de prisión *como mínimo*), unido a la circunstancia de que durante ese tiempo se limite enormemente la posibilidad de hacer uso de formas de cumplimiento y beneficios penitenciarios orientados al fin de la resocialización, tales como el tercer grado o los permisos de fin de semana.

b. En segundo lugar, a la indeterminación de los criterios en virtud de los que ha de decidirse la revisión de la condena una vez transcurrido ese periodo de seguridad. La resocialización presupone una expectativa razonable de recuperar los vínculos sociales, que es imposible de garantizar cuando tanto la posibilidad de salir de prisión como el riesgo de retornar a ella está sumida en tan altas cotas de incertidumbre, siendo además algunos de los criterios determinados por el legislador incompatibles con el mandato constitucional.

c. En tercer lugar, es igualmente contrario al principio de resocialización la cuasiperpetuidad del sometimiento al *ius puniendi*, con la exigencia de un periodo

adicional de hasta diez años de suspensión condicional de la privación de libertad –lo que no es sino una distinta forma de cumplimiento de la pena (STC 97/2010, de 15 de noviembre, FJ 4)–, así como, por ende, la mera posibilidad de que la misma privación de libertad pueda ser perpetua, al poder conllevar el retorno a prisión el surgimiento de circunstancias ajenas al reo y no controladas por él incluso transcurrida una buena parte del periodo de suspensión condicional.

d. Aun en el caso de que se considerara que el esquema punitivo de la prisión permanente revisable fuera acorde con la Constitución, su regulación sería inconstitucional porque no contempla garantías suficientes de que el mandato de resocialización está siendo sacrificado para la protección social.