

Prisión permanente revisable y el TEDH: algunas reflexiones críticas e implicaciones para el modelo español*

JOSÉ NÚÑEZ FERNÁNDEZ

Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

RESUMEN

El presente artículo trata de demostrar, por un lado y teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) dictada hasta el momento, que la vigente regulación española de la prisión permanente revisable es conforme con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Asimismo, se ponen de relieve ciertas inconsistencias y contradicciones de esta doctrina jurisprudencial que resulta decepcionante e insuficiente de cara a una adecuada protección de la dignidad de los condenados a prisión permanente. Por último y a partir del análisis descrito, se intentan establecer algunas implicaciones para el vigente sistema español en materia de resocialización, fines de la prisión permanente después del periodo de cumplimiento mínimo, prescripción del delito y penas de prisión no susceptibles de acumulación.

Palabras clave: prisión permanente revisable, jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Convenio Europeo de Derechos Humanos, fines de la pena de prisión permanente tras el periodo de cumplimiento mínimo, resocialización, prescripción, penas de prisión no acumulables.

* Este artículo se ha realizado en el marco del Proyecto de I+D+i «La ejecución de las penas por delitos de terrorismo» (RTI2018-095375-B-100) financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades de España.

ABSTRACT

This article tries to demonstrate that, taking into account several European Court of Human Rights (ECtHR) judgements on life sentences delivered until now, the current Spanish regulation on this matter is in accordance with the European Convention of Human Rights (ECHR). Moreover, some inconsistencies and contradictions of this case law doctrine are shown. Such features reveal a rather disappointing and insufficient protection of lifer's dignity on behalf of the ECtHR. Finally, and based on this analysis, an attempt is carried out in order to establish some implications for the current Spanish system regarding the statute of limitations for crimes, resocialization, purposes of permanent imprisonment beyond minimum compliance period and not cumulative prison sentences.

Key words: Permanent Reviewable Imprisonment, European Court of Human Rights Case law, European Convention of Human Rights, resocialization, purposes of permanent imprisonment beyond minimum compliance period, statute of limitations for crimes not cumulative prison sentences.

SUMARIO: I. Introducción: estado de la cuestión y definición del objeto de estudio.—II. La compatibilidad del régimen español de prisión permanente revisable con el CEDH; 1. Consideraciones previas; 2. Las exigencias que se derivan del art. 3 CEDH según el TEDH: el derecho a la esperanza y la reducibilidad «de iure» y «de facto» de la condena; 2.1 *Condena reducible «de iure»*; 2.2 *Condena reducible «de facto»*; 3. Una posible solución para los condenados a penas de prisión no susceptibles de acumulación.—III. Inconsistencias y contradicciones en la jurisprudencia del TEDH en materia de prisión permanente; 1. Indicios de contradicción en la defensa del carácter absoluto de la prohibición de penas inhumanas y degradantes ex art. 3 CEDH. 2. El fundamento de la prisión permanente después del periodo de cumplimiento mínimo según la postura de la Gran Sala y sus implicaciones respecto de prescriptibilidad de algunos delitos en el sistema español. 3. La ilusoria defensa del «derecho a la esperanza». 4. La obligación positiva del Estado en materia de reinserción de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH.—IV. Conclusiones.—V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN: ESTADO DE LA CUESTIÓN Y DEFINICIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

Pese a que la prisión permanente revisable se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico penal hace casi cinco años con ocasión de la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, la polémica y el debate en torno a la misma no ha perdido en absoluto actualidad.

La discusión sobre su inconstitucionalidad y su incompatibilidad con el CEDH, conforme a la jurisprudencia del TEDH, sigue abierta. En lo que respecta a su compatibilidad con la CE, el Pleno del Tribunal Constitucional, en virtud de Providencia de 21 de julio de 2015, admitió a trámite un recurso de inconstitucionalidad (1) contra varios apartados de la LO 1/2015, de 30 de marzo, en virtud de los cuales se incorporó al vigente Código Penal esta pena, sin que hasta la fecha haya recaído sentencia por parte del Alto Tribunal.

Por otro lado, recientemente el Tribunal Supremo ha puesto de relieve algunos problemas que plantea esta pena de cara a su aplicación en casos de asesinatos de personas especialmente vulnerables y menores de 16 años (dos de los supuestos castigados con prisión permanente revisable *ex art.* 140.1. 1.^a CP), y que le ha llevado a no aplicar la misma en contra del criterio del tribunal de instancia por vulneración del principio *non bis in idem*. Así, cuando la especial vulnerabilidad de la víctima resulta esencial para apreciar la alevosía y calificar el homicidio de asesinato, no puede volverse a valorar para castigar con los hechos con prisión permanente revisable en virtud del precepto citado (2). No obstante, según ha manifestado este alto Tri-

(1) El recurso de inconstitucionalidad antes mencionado fue promovido por más de cincuenta diputados de los Grupos Parlamentarios Socialista; Catalán de Convergencia i de Unió; de Izquierda Unida, Iniciativa per-Catalunya Vers-Esquerra Unida i Alternativa, Chunta Aragonesista: La Izquierda Plural; Unión Progreso y Democracia; Vasco (EAJ-PNV -Euzkadi Buru Batzarra-); y Mixto.

(2) Así en la STS 716/2018, de 16 de enero de 2019. En este caso la sentencia de instancia había apreciado alevosía por la concurrencia de un ataque sorpresivo unido a la edad y condición clínica de la víctima y también ensañamiento por lo que, a juicio del Tribunal Supremo, procede aplicar la pena del asesinato agravado del art. 139.2 CP, la de prisión de 24 años, en lugar de la prisión permanente revisable. En palabras del alto tribunal: *«Lo expuesto hasta hora, también impide que, para evitar las incoherencias de la reforma descritas, que la especial situación de vulnerabilidad desplazara la alevosía y calificáramos los hechos de autos atendiendo al principio de alternatividad, a través de considerarlos como asesinato cualificado por el ensañamiento e hipercualificado por la vulnerabilidad de la víctima por su enfermedad y discapacidad. En primer lugar, por razones de especialidad, donde el art. 139.2, nos indica el criterio a seguir cuando concurren más de una circunstancia cualificante; en segundo lugar, porque el art. 139, que contempla alternativamente las cuatro circunstancias que determinan su concurrencia, en definitiva atiende a la estructura de tipos mixto alternativos, de modo que tanto si se realiza una de las modalidades de comisión prevista como varias o incluso todas se comete en todo caso una sola unidad típica; donde por ende, no es posible escisión o desgaje de ninguna de las circunstancias cualificantes, donde una sola cualificase y el resto se ponderara autónomamente; en tercer lugar, el sistema escalonado de hipercualificación previsto, también abona a considerar que sólo una vez agotado el escalón cualificador, con todas las circunstancias cualificantes que concurren es posible pasar a las hipercualificaciones; y en cuarto lugar y más esencial, porque la especial situación de*

bunal en otras resoluciones *más recientes*, ello no significa que la norma se quede necesariamente sin efecto pues hay casos de asesinatos de menores de 16 años que se deben castigar con esta pena sin que ello suponga una vulneración del referido principio (3).

En el plano político, el posicionamiento respecto de la prisión permanente constituye un elemento de división entre los distintos partidos con representación parlamentaria.

Los favorables a su derogación serían, con algunas excepciones (4), los grupos políticos ubicados en la izquierda ideológica. En la pasada legislatura, el grupo parlamentario EN-PNV presentó una pro-

vulnerabilidad, en abstracto dadas las diversas modalidades recogidas y en concreto desde la consideración del caso de autos, no conlleva por sí sola la situación de indefensión y por ende, no abarca todo el injusto de alevosía». Ver apartado 4 del FJ 7.º

(3) Así se pone de manifiesto en la STS 367/2019, de 18 de julio, en la que se condena a prisión permanente revisable a un hombre que acabó con la vida de una niña de 17 meses y once kilos de peso a la que de forma sorpresiva arrojó al vacío por el hueco de una ventana. No obstante, el alto tribunal utiliza razonamientos distintos en el seno de esta misma resolución (e incluso dentro del mismo fundamento jurídico, concretamente el sexto) para defender esta postura. A mi modo de ver, algunos de estos argumentos son convincentes y otros no.

En este sentido, me parece correcto considerar, como hace en un determinado momento el Tribunal Supremo, que en el caso de autos se aprecia la alevosía en virtud de la forma de comisión delictiva (el carácter sorpresivo del ataque) lo que permite la primera agravación y la calificación de los hechos como constitutivos de asesinato. Siguiendo esta línea argumental seguidamente se afirma que la agravación que permite aplicar la pena de prisión permanente revisable obedece a un fundamento distinto que es la especial vulnerabilidad que se deriva del hecho de que la víctima fuese un bebé de 11 meses.

Sin embargo, en el mismo fundamento jurídico el alto tribunal utiliza otra argumentación que me resulta problemática: «... *En nuestro caso, la indefensión proviene del desvalimiento que caracteriza a los ataques a un bebé de meses, por la especial situación de vulnerabilidad de la víctima. Mientras que el fundamento de la prisión permanente revisable radica en la especial protección de los menores (o resto de personas vulnerables) más que sancionar el mayor reproche derivado del aseguramiento buscado por el autor frente a posibles reacciones defensivas, que es el fundamento de la alevosía»*. Este planteamiento me parece problemático por ser incoherente con la STS 716/2018, de 16 de enero de 2019, analizada en la nota al pie anterior y en la que se apreció la vulneración del *non bis in idem* precisamente porque la especial vulnerabilidad de la víctima fue esencial para apreciar la alevosía. Si el fundamento de la agravación que permite la aplicación de la pena de prisión permanente revisable es la especial protección que merecen siempre determinadas personas por razón de su especial vulnerabilidad, entonces es irrelevante que esa especial vulnerabilidad haya sido clave para apreciar la alevosía. Sobre la base de este argumento, habría que descartar también la vulneración del *non bis in idem* que la sentencia de 16 de enero de 2019 sin embargo apreció.

Así las cosas, la postura del Tribunal Supremo respecto de esta cuestión resulta hasta cierto punto confusa por incoherente.

(4) Como el Partido Nacionalista Vasco y el PDeCAT.

posición no de ley para derogar esta pena que sigue su curso y que contó en su momento con el apoyo de los grupos parlamentarios del PSOE, Unidas Podemos, ECR, PDeCAT, Compromís y Bildu, y con el rechazo de los del Partido Popular, Ciudadanos, Unión del Pueblo Navarro y Coalición Canaria.

Por su parte, el Partido Popular no solo está en contra de su derogación, sino que defiende la ampliación de su ámbito de aplicación. En este sentido, es preciso hacer referencia al *Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de prisión permanente revisable*, impulsado por el Consejo Ministros del anterior Gobierno del Partido Popular el pasado 9 de febrero de 2018 (5). Dicho Anteproyecto no afecta al régimen de ejecución de la prisión permanente, sino que amplía su aplicación a delitos que aún no se castigan con esta pena. Parte del articulado del mismo se recoge en la *Proposición de Ley* presentada por dicho partido el pasado 11 de enero de 2019, si bien con una propuesta de ampliación menos extensa de la inicialmente prevista (6) y

(5) La memoria sobre el análisis del impacto de esta reforma publicada el 9 de febrero de 2018 por el Ministerio de Justicia está disponible en red: http://servicios.mpr.es/seacyp/search_def_asp.aspx?crypt=xh%8A%8Aw%98%85d%A2%B0%8DNs%90%8C%8An%87%A2%7F%8B%99uk%88ud%A3%92

(Último acceso: 16/01/2020).

(6) El texto de la Proposición de Ley (excluyendo la Exposición de Motivos) es este:

«*Artículo único. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Uno. Se modifica la circunstancia 2.ª del apartado 1 del artículo 140 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que pasa a tener la siguiente redacción:*

“2.ª *Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual o detención ilegal o de secuestro, que el autor hubiera cometido sobre la víctima.*»

Dos. Se añade una circunstancia 4.ª del apartado 1 del artículo 140 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que tendrá la siguiente redacción:

«4.ª *Que al delito le hubieran seguido actos de ocultación o destrucción del cadáver para dificultar la investigación por parte de la autoridad o de sus agentes.*”».

Disponible en red: [\(http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu12&DOCS=1-1&DORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-12-B-364-1.CODI.%29#\(P%C3%A1gina1\)\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu12&DOCS=1-1&DORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-12-B-364-1.CODI.%29#(P%C3%A1gina1)) (Último acceso: 17/01/2020).

Se advierte que ya no está previsto castigar con prisión permanente revisable a agresores sexuales reincidentes, ni tampoco algunos delitos contra la seguridad colectiva tal y como sí disponía el texto del Anteproyecto presentado en febrero de 2018.

recogiendo algunas de las recomendaciones que respecto del Anteproyecto de 2018 hizo el Consejo Fiscal (7).

Otros partidos ubicados en la derecha ideológica como Vox se muestran favorables a endurecer el régimen de prisión permanente al menos para el terrorismo y para los «delitos más graves» para los que reclaman expresamente la «cadena perpetua» (8).

En el plano mediático y social, la cuestión también resulta controvertida, aunque la sensación general invita a pensar que el mantenimiento e incluso el endurecimiento de la prisión permanente despierta más apoyo tanto en los medios (9) como en la ciudadanía (10). Con todo, a este respecto quisiera advertir que esta impresión, al menos en lo que se refiere al parecer de los ciudadanos, hay que tomarla con cautela (11).

(7) Así, por ejemplo, en el Anteproyecto se preveía castigar con prisión permanente revisable el asesinato subsiguiente a un delito contra la libertad sexual o de secuestro contra la misma víctima. En aras de la coherencia, el Consejo Fiscal recomendó bien seleccionar los delitos más graves contra la libertad sexual o bien incluir entre los delitos precedentes al asesinato castigado con prisión permanente los de detención ilegal, los cuales se castigan con penas más graves que algunos delitos sexuales. Se advierte que la Proposición de Ley ha optado por esta segunda solución.

El informe del Consejo Fiscal está disponible en red: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/INFORME_PRISION_PERMANENTE_REVISABLE.pdf?idFile=7fe02170-f2d3-48a1-9228-6050eaa7815e (último acceso: 17/01/2020).

(8) El programa del partido VOX está disponible en red y la medida n.º 90 de dicho programa consiste en «Restaurar todo el rigor penal para el terrorismo y los delitos más graves, incluyendo la cadena perpetua». https://www.voxespana.es/biblioteca/espana/2018/mgal_c2d72e181103013447.pdf (última visita: 17/01/2019).

(9) Así lo demuestra una sencilla búsqueda en Google sobre el apoyo mediático a esta pena que arroja 9.380 resultados: https://www.google.es/search?q=apoyo++a+la+prisi%C3%B3n+permanente+revisable&tbm=nws&source=univ&tbo=u&sa=X&ved=2ahUKEwi_LWAs_XfAhUQ0RoKHeA9BwYQt8YBKAF6BAGAEA Y&biw=1366&bih=657 (último acceso: 17/01/2020).

Para un análisis de los artículos de prensa favorables a esta pena, ver Souza de Almeida, D., Prensa, opinión pública y política criminal en España: *Un análisis sobre la posible influencia del populismo penal mediático en la aprobación de la prisión permanente revisable*. Tesis doctoral inédita dirigida por la Dra. Laura Pozuelo Pérez. Universidad Autónoma de Madrid (2019), pp. 490 y ss. –apartado de anexos–.

Disponible en red: <https://repositorio.uam.es/handle/10486/687152> (último acceso: 13/02/2020).

(10) Una de las peticiones en contra de la derogación de la prisión permanente revisable fue firmada por 2.863.109 personas de acuerdo con los datos que refleja el portal de la plataforma change.org disponibles en red: <https://www.change.org/p/congreso-de-los-diputados-mantener-la-prision-permanente-revisable-para-asesinos-como-el-de-diana-quer> (última visita: 18/01/2020).

(11) El supuesto apoyo ciudadano a la prisión permanente revisable constituye uno de los argumentos que el legislador de 2015 manejó para introducir la prisión

Por su parte, la doctrina científica en España se ha posicionado mayoritariamente en contra de esta pena (12). En este sentido, más de cien catedráticos de Derecho Penal de todas las universidades públicas de España, firmaron un manifiesto en su contra en marzo de 2018 (13).

Así las cosas, teniendo en cuenta el clima social y mediático, así como la acusada fragmentación del panorama político y parlamentario que parece no dejar espacio a mayorías claras (no en vano el actual Gobierno es de coalición y la suma de escaños parlamentarios de los partidos que lo integran no alcanza la mayoría absoluta), el destino de la prisión permanente revisable es, hoy día, incierto. En este momento todo es posible: desde el fin de su vigencia por declaración de inconstitucionalidad por parte del TC o por modificación legislativa (14), hasta su ampliación, endurecimiento (15) y/o corrección de los pro-

permanente revisable. Así, en el preámbulo de dicha ley se pone de manifiesto que esta pena se prevé «para aquellos delitos de extrema gravedad en los que los ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido». Para muchos estas apelaciones a la voluntad popular no son sino meras excusas que se utilizan para tratar de «imponer una determinada posición ideológica» ya que muchas veces no van acompañadas de un deseo por hallar y comprender dicha voluntad, para lo que los meros sondeos de opinión no resultan adecuados. Por todos, VARONA GÓMEZ, D., *El Debate Ciudadano Sobre la Justicia Penal y el Castigo: Razón y Emoción en el Camino Hacia un Derecho Penal Democrático*. Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 10 y ss. Ver también SOUZA DE ALMEIDA, D., *Prensa, opinión pública y política criminal en España...*, cit., pp. 244 y ss. (Último acceso: 13/02/2020).

(12) No obstante, algunas voces autorizadas muestran su conformidad con la misma como respuesta a determinados delitos de especial gravedad. Ver, entre otros, JAÉN VALLEJO, M., «La prisión permanente comienza a aplicarse», en *elderecho.com lefevre-elderecho*, 17/07/2017. Artículo disponible en red: <https://elderecho.com/la-prision-permanente-revisable-comienza-a-aplicarse> (último acceso: 18/01/2020)

Para un análisis detallado y profundo de los posicionamientos doctrinales a favor de la prisión permanente revisable, ver CÁMARA ARROYO, S./FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *La prisión permanente revisable el ocaso del humanitarismo penal y penitenciario*, Thomsom Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 18-25.

(13) Las firmas están disponibles en red: https://www.peticiones24.com/signatures/manifiesto_contra_la_prision_permanente_revisable/ (última visita el 18 de mayo de 2019).

(14) Este escenario se perfila hoy como el más probable teniendo en cuenta que los dos partidos que integran el actual gobierno de coalición, PSOE y Unidas Podemos, son partidarios de su derogación.

(15) Recordemos que esta posibilidad es quizá la que cuenta al parecer con más apoyo popular y, por ende, con mayor rédito electoral, factor que parece ser el que mayor peso tiene en la política criminal de los últimos tiempos y que puede motivar cambios en los posicionamientos de algunos partidos. Como explica Silva Sánchez, las leyes penales han terminado por convertirse en «bienes de consumo electoral». Ver, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*. Atelier, Barcelona, 2018, p. 30.

blemas técnicos apreciados por el Tribunal Supremo de cara a su aplicación en algunos casos.

Por todos estos motivos, resulta sin duda pertinente seguir analizando esta materia a fin de hacer alguna aportación que, cuando menos, pueda enriquecer el agitado debate actual. Así, es necesario definir con mayor concreción el objeto de la indagación para poder realizar una contribución que resulte innovadora teniendo en cuenta la ya abundante literatura científica que existe sobre prisión permanente revisable (16). Con todo, existen algunos aspectos que, a mi modo de ver, no han recibido la suficiente atención o bien han sido objeto de un análisis hasta cierto punto precipitado o superficial.

En este sentido, es preciso profundizar en el estudio de la regulación española desde la perspectiva del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH. Ello porque, a mi modo de ver, la doctrina científica española contraria a la prisión permanente, entre la que me incluyo, ha sido demasiado optimista a la hora de valorar la supuesta incompatibilidad de la vigente regulación española con el CEDH, concretamente con su artículo 3 que prohíbe las penas inhumanas y degradantes. Una lectura detenida de las últimas sentencias de la Gran Sala del TEDH sobre esta cuestión conduce a pensar que la vigente normativa española es compatible con el CEDH tal y como lo interpreta el referido tribunal y que, en el improbable caso de que se constatare la existencia de una vulneración del Convenio en este momento, ello no se traduciría en la excarcelación del demandante, ni mucho menos en la derogación de esta pena.

(16) De acuerdo con los datos que arroja el portal Dialnet (que no son exhaustivos y que se remiten mayoritariamente a lo publicado en España), hasta la fecha se han publicado sobre la materia 83 artículos de revista, 26 capítulos de libro, 22 tesis doctorales y 14 monografías. https://dialnet.unirioja.es/buscar/documentos?query=Dismax.DOCUMENTAL_TODO=prisi%C3%B3n+permanente+revisable (último acceso: 13/02/2020)

De las monografías que identifica esta búsqueda, las que analizan específicamente la cuestión son solo cuatro de acuerdo con este portal: CASALS FERNÁNDEZ, A., *La prisión permanente revisable*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2019; RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *La ejecución de las penas de prisión permanente revisable y de la larga duración*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018; CÁMARA ARROYO, S./ FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *La prisión permanente revisable...*, cit.; ROIG TORRES, M., *La cadena perpetua en el derecho alemán y británico: la prisión permanente revisable*, Iustel, Madrid, 2016; CERVELLÓ DONDERIS, V., *Prisión perpetua y de larga duración régimen jurídico de la prisión permanente revisable*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. A estas monografías habría que añadir otras a las que me referiré más adelante.

Por su parte, solo 4 de las 18 tesis doctorales que identifica el sistema versan directamente sobre esta materia.

Más allá de esta cuestión es importante detenerse en algunos aspectos de la jurisprudencia del TEDH sobre esta materia. Dentro de tales aspectos se pueden diferenciar los que podrían tener un impacto directo en el ámbito interno español y los que ponen en evidencia algunas debilidades de esta doctrina jurisprudencial.

En lo que respecta a los primeros, destaca el modo en que el TEDH interpreta las obligaciones del Estado en materia de reinserción/reeducación de las personas que cumplen pena de prisión y muy particularmente de prisión permanente. La instancia europea ha ido más allá que los pronunciamientos del Tribunal Constitucional español, lo que hace necesario una revisión de los mismos. Asimismo, las exigencias de cara a la compatibilidad de la pena de prisión permanente con el Convenio pueden ofrecer una solución para casos de personas condenadas a una pluralidad de penas de prisión no susceptibles de acumulación *ex art. 76 CP*. Por otro lado, el modo en que el TEDH interpreta el fundamento y los fines de la pena de prisión permanente más allá del periodo de cumplimiento mínimo se puede tomar como punto de partida para valorar algunos aspectos de la regulación española aparentemente contradictorios, como el hecho de que algunos de los delitos castigados con la prisión permanente revisable puedan prescribir.

En relación con los otros aspectos aludidos, el análisis realizado hasta el momento de la jurisprudencia del TEDH evidencia lo que a mi juicio constituyen inconsistencias y contradicciones cuando no actitudes hipócritas por parte de este tribunal. Estas debilidades no son de recibo cuando se trata de un tema tan crucial que afecta de forma directa a miles de personas que cumplen condenas de prisión indeterminadas en el ámbito del Consejo de Europa. Los informes del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura arrojan unos datos ciertamente preocupantes sobre el número de personas privadas de libertad de forma indeterminada en el ámbito del Consejo de Europa. El número era nada menos que de 27.000 a finales de 2014 (17).

Así las cosas, la confianza depositada en este alto tribunal no parece justificada y, en ese sentido, la literatura científica publicada en España hasta la fecha puede estar necesitada de revisión.

En definitiva, más allá de analizar y valorar exigencias que se derivan del CEDH en materia de prisión permanente, me propongo

(17) Ver el Vigésimo quinto Informe General del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura (p. 33). El informe está disponible en red: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent> (última visita: 16/01/2020).

realizar una profunda reflexión sobre cómo entender el fundamento de la privación de libertad más allá del periodo de cumplimiento mínimo. El objetivo es identificar los límites de la intervención punitiva legítima y analizar así de forma crítica la presente regulación española.

Como habrá ocasión de comprobar, los objetivos planteados requieren para su alcance el manejo de fuentes de distinta naturaleza, es decir, no solo las de índole jurídica sino también estudios de campo referidos a la calidad de vida en prisión y la compatibilidad del medio penitenciario español con el mandato constitucional en materia de reeducación y reinserción (18). Igualmente, necesarios a los efectos de la indagación que pretendo desarrollar resultan los estudios sobre los pronósticos de peligrosidad (19). Por otro lado, también resultan de gran interés las *Recomendaciones del Consejo de Ministros del Consejo de Europa* (20), así como los informes del *Comité Europeo contra la Tortura* que están disponibles en la web oficial de este organismo (21). A este respecto destacan las visitas periódicas y *ad hoc* que realizan expertos vinculados a esta organización a centros penitenciarios y a otra serie de instituciones en las que se encuentran personas privadas de libertad dentro del ámbito del Consejo de Europa (22).

(18) Para un análisis de los estudios realizados en España y en otros países europeos sobre la materia, ver MARTÍ BARRACHINA, M., «El estudio de la calidad de vida en prisión: Una revisión bibliográfica de la investigación en España y principales planteamientos internacionales», en *InDret* 3/2017, pp. 1-33. Un estudio reciente sobre cinco centros penitenciarios situados en el sur de España lo han realizado BARQUÍN SANZ, J./CANO PAÑOS, M.A./CALVO ALBA, M.A., «Resocialización y encuestas de calidad de vida penitenciaria», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.^a época, n.º 20 (julio de 2018), pp. 251-285.

(19) Al respecto ver MARTÍNEZ GARAY, L. /Montes Suay, F., «El uso de valoraciones del riesgo de violencia en Derecho Penal: algunas cautelas necesarias», *InDret*, 2/2018; MARTÍNEZ GARAY, L., «Errores conceptuales en la estimación de riesgo de reincidencia: La importancia de diferenciar sensibilidad y valor predictivo, y estimaciones de riesgo absolutas y relativas», *Revista Española de Investigación Criminológica*, Artículo 3, n.º 14 (2016); MARTÍNEZ GARAY, L., «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad», *InDret* 2/2014.

(20) Disponibles en red: <https://www.coe.int/en/web/cm/latest-documents> (último acceso: 18/01/2020).

(21) En la siguiente dirección: <https://www.coe.int/en/web/cpt/home> (último acceso: 17/01/2020)

(22) Destaca en este sentido el trabajo de RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «Los estándares internacionales sobre la cadena perpetua del Comité Europeo para la prevención de la tortura y las penas o tratos inhumanos y degradantes», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.^a época, n.º 17 (enero de 2017), pp. 225-275.

II. LA COMPATIBILIDAD DEL RÉGIMEN ESPAÑOL DE PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE CON EL CEDH

1. Consideraciones previas

Como se puso de manifiesto *supra*, la doctrina penal española se ha manifestado mayoritariamente en contra de la prisión permanente revisable que se introdujo en nuestro ordenamiento en virtud de la LO 1/2015, de 30 de marzo (23). Este posicionamiento se sustenta en numerosos y muy variados argumentos (24). No obstante, el objeto

(23) Ver *supra* nota al pie n.º 13.

(24) Muchos autores consideran que la vigente regulación de esta pena es contraria a algunos preceptos de nuestra Constitución. Así y por explicarlo de forma muy sintética, se afirma que estamos ante una pena contraria a la dignidad humana (arts. 10.1 y 15 CE) y al mandato de reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE); que vulnera el principio de legalidad dada su indeterminación (art. 25.1 CE); y que atenta contra los principios de proporcionalidad y culpabilidad y quebranta, en consecuencia, el derecho a la libertad (art. 17 CE). Un desarrollo detallado de estos argumentos se puede encontrar en el dictamen en el que se sustentó en recurso de inconstitucionalidad promovido por más de cincuenta diputados al que se hizo referencia *supra*. Ver LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A./PÉREZ MANZANO, M./ALCÁZER GUIRAO, R., ARROYO ZAPATERO, L./DE LEÓN VILLALBA, J./MARTÍNEZ GARAY, L., «Dictamen sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable», en Arroyo Zapatero, L./Lascuraín Sánchez, J. A./Pérez Manzano, M. (eds.) *Contra la cadena perpetua*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016, pp. 17 a 79; son de destacar, a su vez, otros estudios monográficos a este respecto: CUERDA RIEZU, A., *La cadena perpetua y las penas de muy larga duración: por qué son inconstitucionales en España*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 59 y ss.; RÍOS MARTÍN, J. C., *La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad*. Tercera Prensa. San Sebastián, 2013, pp. 103-161; SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, I., *Constitucionalidad de la prisión permanente revisable y razones para su derogación*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 49-81.

Ríos Martín alude asimismo otro tipo de inconvenientes como por ejemplo la difícil reparación en caso de error judicial debido a las consecuencias irreversibles que genera la privación de libertad a partir de cierto tiempo de internamiento –Ríos Martín, J. C., *La prisión perpetua en España...*, cit., pp. 162 y ss.–. También apunta con elocuencia razones de carácter pragmático: difícil gestión penitenciaria de las personas condenadas a este tipo de castigo dada su desmotivación, los elevados costes económicos que implica la aplicación de penas de tan larga duración y la agravación de la ya existente masificación carcelaria que este tipo de condena acarrea –*ibidem*, pp. 166 y 167–.

Asimismo, se ha hecho alusión a la cuestionable eficacia de la prisión permanente. Existe evidencia empírica indicativa de que la eficacia atribuida a la pena de prisión en general se ha sobreestimado (AEBI, M.F./LINDE, A./DELGRANDE, N., «Is There a Relationship Between Imprisonment and Crime in Western Europe?», *European Journal on Criminal Policy and Research*, September 2015, Vol. 21, Issue 3, pp. 425-446). En lo que se refiere a la prisión permanente en particular, cabe apuntar

del presente trabajo lo constituye, en gran medida, en el análisis de uno de esos argumentos: aquel que consiste en afirmar, teniendo en cuenta la jurisprudencia del TEDH, que esta pena, tal y como está regulada, resulta o, al menos, podría resultar contraria al art. 3 CEDH, en virtud del cual «*Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*» (25).

Lo cierto es que una lectura detenida de las sentencias de la Gran Sala del TEDH que se han sucedido desde la del caso *Kafkaris contra*

que su incidencia en los índices de criminalidad no es significativa al menos si tenemos en cuenta que los países que contaban con esta pena antes de que la misma entrase en vigor en España, presentaban tasas de criminalidad más altas que las españolas de entonces (ver, GIL GIL, A./LACRUZ LÓPEZ, J. M./MELENDO PARDOS, M./NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Consecuencias Jurídicas del Delito: Regulación y datos de la respuesta a la infracción penal en España*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 537 y ss.). Por otro, esta pena no es infalible desde el punto de vista preventivo general como demuestra el hecho de que desde su implantación en España se han seguido cometiendo algunos de los crímenes castigados con la misma (lo demuestran, entre otras, la SAP Pontevedra 42/2017, de 14 de julio, o el Auto dictado por la Sección 2.ª de la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional el 14 de septiembre de 2017 en relación con los atentados terroristas de Barcelona y Cambrils). Resulta asimismo significativo que algunas de las penas de prisión previstas antes de la reforma de 2015 para supuestos delictivos de especial gravedad es percibida, al menos por parte del justiciable, como similar o incluso mayor que la de la prisión permanente revisable, lo cual pone en duda la necesidad de esta pena: así, se puede considerar el caso de un individuo responsable de una pluralidad de delitos de terrorismo cometidos antes de que entrara en vigor la LO 1/2015, de 30 de marzo, el cual solicitó que se le impusiese la pena de prisión permanente revisable en lugar de la pena de 40 años de prisión a la que fue condenado (cfr. STS 298/2017, de 27 de abril).

(25) Así, Lascuraín Sánchez, Pérez Manzano, Alcácer Guirao, Arroyo Zapatero De León Villalba y Martínez Garay, en su dictamen sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable, afirman que la regulación española «*no cumple con las exigencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*» y «*no consigue adecuarse a las exigencias derivadas de los artículos... 3 CEDH*», ver LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A./PÉREZ MANZANO, M./ALCÁCER GUIRAO, R., ARROYO ZAPATERO, L./DE LEÓN VILLALBA, J./MARTÍNEZ GARAY, L. «Dictamen...», cit., pp. 37 y 41.

En el referido manifiesto contra la prisión permanente revisable se afirma: «*En todo caso, merece la pena subrayar que nuestra prisión permanente revisable podría ser contraria al Convenio por dos razones: por los casos de prohibición de revisión por encima de los 25 años (a los 28, 30 ó 35 años) (STEDH Vinter y otros c. Reino Unido, de 9 de julio de 2013) y, en todos los supuestos, por la inexistencia de programas penitenciarios específicos de resocialización (STEDH James, Wells y Lee c. Reino Unido, de 18 de septiembre de 2012)*». Ver también, al respecto, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «Análisis crítico de la libertad condicional en el Proyecto de Reforma de 20 de septiembre de 2013 (especial referencia a la prisión permanente revisable)» en *La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, Volumen 110, 2014, pp. 50-74; GIL GIL, A. / LACRUZ LÓPEZ, J.M./ MELENDO PARDOS, M. /NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Consecuencias...*, cit. pp. 84 y 85.

Chipre en 2008 (26) y hasta la del caso *Hutchinson contra Reino Unido* en 2017 (27), conduce a conclusiones más pesimistas para los que somos contrarios a este tipo de castigo y también a una decepción con respecto al modo en que este tribunal entiende y defiende la dignidad humana de los condenados a prisión en general y a prisión permanente en particular (28). Como se intentará demostrar, la reiterada alusión a esta instancia europea puede no ser una estrategia acertada para defender una postura contraria a la prisión permanente revisable española por su posible incompatibilidad con el CEDH. Al menos no en este momento.

Así las cosas, este trabajo pretende analizar todos los requisitos que el TEDH exige para que la prisión permanente resulte compatible con el CEDH, fundamentalmente con el art. 3 del mismo. Para ello se analizan las sentencias más relevantes de las dictadas desde 2008 hasta la actualidad, así como otras resoluciones de otros organismos y algunos trabajos doctrinales. El material manejado abarca también estudios empíricos sobre los efectos del encarcelamiento prolongado en la salud física y psíquica de los internos, las condiciones de las cárceles en Europa y en España y la problemática relativa a los pronósticos de peligrosidad que se utilizan para conceder el tercer grado o la libertad condicional.

2. Las exigencias que se derivan del art. 3 CEDH según el TEDH: el derecho a la esperanza y la reducibilidad «de iure» y «de facto» de la condena

Se trata de comprobar si efectivamente el régimen español es compatible con el CEDH de acuerdo con los estándares fijados por el

(26) STEDH –Gran Sala– *Kafkaris contra Chipre* (Demanda n.º 21906/04), 12/02/2008.

(27) SSTEDH –Gran Sala– caso *Vinter y otros contra el Reino Unido* (demandas n.º 66069/09, 130/10 y 3896/10), de 9 de julio de 2013; –Gran Sala– caso *Murray contra Holanda* (demanda n.º 10511/10), de 26 de abril de 2016; –Gran Sala– caso *Hutchinson contra el Reino Unido*, (demanda n.º 57592/08), de 17 de enero de 2017. Ver también las sentencias posteriores a *Vinter*: SSTEDH *Trabelsi contra Bélgica* (demanda n.º 140/10), de 4 de septiembre de 2014; *László Magyar contra Hungría* n.º 7 (demanda n.º 3593/10 20), de 20 de mayo de 2014; *Harakchiev y Tolumov contra Bulgaria* (demandas n.º 15018/11 y 61199/12), de 8 de julio de 2014.

(28) Al respecto ya me he pronunciado previamente, aunque me gustaría profundizar sobre las conclusiones alcanzadas hasta el momento y seguramente matizarlas. Ver NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «Lifers before the European Court of Human Rights: Some reasons for concern and disappointment», en *Supplement of Valahia University LAW STUDY* Târgoviste, 2018, pp. 100-109.

TEDH. Para ello, y en aras de una adecuada protección de la dignidad humana, este tribunal entiende que es necesario que se respete el denominado «derecho a la esperanza» (29) que tiene todo condenado a prisión permanente desde el momento en que se dicta sentencia. Ello exige que el penado sepa, desde que se le impone la pena, que su condena se revisará trascurrido un tiempo de cumplimiento, y que de esa revisión se podrá en efecto derivar su excarcelación y posterior reintegración en la sociedad en atención principalmente a los progresos que el mismo haya conseguido durante su estancia en prisión respecto de su reinserción social (30).

(29) Aunque las referencias a este derecho son ya frecuentes en la jurisprudencia del TEDH, una formulación del mismo en los términos apuntados se puede encontrar en la STEDH –Gran Sala– del caso *Vinter y otros contra el Reino Unido* (Demanda n.º 66069/09, 130/10 y 3896/10), de 9 de julio de 2013, §§103 y ss. Resulta especialmente aclarativo a este respecto el voto concurrente de la juez Power Forde (votos particulares, p. 54: «*Lo que me inclinó a votar con la mayoría de la Gran Sala fue la confirmación, por parte del tribunal, de que el artículo 3 alberga lo que puede describirse como un «derecho a la esperanza» ... La sentencia reconoce implícitamente que la esperanza es un aspecto importante y constitutivo de la persona humana. Aquellos que cometen los crímenes más horribles y abyectos y que provocan un sufrimiento indescriptible en los demás, conservan no obstante lo esencial de su humanidad y albergan en sí mismos la capacidad de cambiar. Por mucho que sus penas sean largas y bien merecidas, estos individuos retienen su derecho a la esperanza de que, algún día, habrán podido reparar el mal causado. Estos individuos no deben ser privados por completo de esa esperanza. Negarles la experiencia de la esperanza sería negarles un aspecto de su humanidad y ello resultaría degradante*» –traducción propia–). Sobre el origen de esta expresión en el ámbito del derecho alemán y «*ligada al debate sobre la constitucionalidad de la pena perpetua*», ver LANDA GOROSTIZA, J. M., «Prisión perpetua y de muy larga duración tras la LO 1/2015: ¿Derecho a la esperanza?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 17-20 (2015), pp. 4 y 5.

(30) Se utiliza este término en lugar del de «rehabilitación» por resultar coincidente con el que se utiliza en la Constitución (art. 25.2 CE) y teniendo en cuenta también las últimas tendencias en esta materia. Se entiende que el término «*reintegración*» o «*resocialización*» es preferible al de «*rehabilitación*» porque carece de ciertas connotaciones que pueden resultar inadecuadas. Como explica el juez Pinto de Albuquerque en su voto parcialmente concurrente de la STEDH –Gran Sala– del caso *Murray contra Holanda* (demanda n.º 10511/10), de 26 de abril de 2016: «*Se debe establecer que «resocialización» es el término correcto en el ámbito penal y penitenciario para designar el primordial propósito de la pena de prisión; la palabra se refiere a la reintegración social del condenado que es capaz de llevar una vida ajena al delito tras su excarcelación. El término «rehabilitación» tiene una connotación moral y paternalista que deriva de la asunción equivocada de que el Estado es responsable de la «reforma moral» del condenado, así como de la «adopción» por parte de este de los valores sociales mayoritarios*». Además, según este juez, esta orientación resulta problemática por al menos tres motivos: a) cabe dudar de la legitimidad de la potestad del Estado de cambiar a un individuo; b) cabe dudar de que tal modificación se pueda en efecto llevar a cabo; c) cabe dudar de que dicho cambio se pueda en efecto constatar y acreditar, en caso de que se lleve a cabo (Votos Particulares,

A tal efecto habrá que comprobar, por un lado, si nuestra prisión permanente es reducible desde el punto de vista formal («*reducible de iure*»), de acuerdo con la terminología del TEDH) (31). En este sentido se tendrá que demostrar que el ordenamiento jurídico: a) prevé la revisión de la condena tras un periodo mínimo de cumplimiento y revisiones periódicas posteriores para el caso de que la excarcelación no se produzca tras la primera revisión; b) establece con claridad los criterios que se van a tener en cuenta en la revisión y que los mismos consisten en comprobar si el encarcelamiento sigue teniendo un fundamento penológico legítimo, sobre todo si el mismo es necesario desde el

p. 52 –traducción propia–). En este mismo sentido, VAN ZYL SMIT, D. / WEATHERBY, P. / CREIGHTON, S., «Whole Life Sentences and the Tide of European Human Rights Jurisprudence: What is to be done?», en *Human Rights Law Review*, 2014, 14, 59-84.

(31) Esta terminología se emplea en muchas sentencias. Ver, entre otras y por su repercusión, STEDH –Gran Sala– del Caso *Kafkaris* contra Chipre (demanda n.º 21906/04) de 12 de febrero de 2008, §98. En todo caso es preciso señalar que el significado que en este trabajo se otorga a la reducibilidad *de iure* y a la reducibilidad *de facto* no coincide con la interpretación de algunos autores que han analizado la cuestión. Así Landa Gorostiza, sobre la base de un análisis de la STEDH – Gran Sala– del caso *Vinter y otros contra el Reino Unido*, entiende que la reducibilidad *de iure* se ciñe al hecho de que el ordenamiento jurídico prevea la posibilidad «*legal –teórica, conforme al dictum legal– de liberación*» para los condenados a prisión permanente. Por su parte, la reducibilidad *de facto*, se refiere, según este autor, al hecho de que el ordenamiento prevea un mecanismo de revisión de la sentencia, el momento temporal en que la misma se debe producir y los criterios que han de guiar la decisión de excarcelar al condenado o por el contrario, mantener su privación de libertad (ver LANDA GOROSTIZA, J.M., «Prisión perpetua...», *cit.*, pp. 8-10). Con independencia de que esta diferencia de criterio no altera significativamente las conclusiones del análisis del asunto a tratar (que no es otro que analizar y explicar los requisitos que el TEDH exige para que las condenas a prisión permanente resulten compatibles con el art. 3 CEDH), lo cierto es que sentencias posteriores (concretamente la del caso *Murray* antes citada), parecen indicar que la reducibilidad *de facto* tiene que ver con la obligación del Estado, durante la ejecución de la condena, de poner al alcance del penado los medios necesarios para que este progrese en su proceso de resocialización de manera que pueda cumplir con las exigencias de cara a su excarcelación (o sea, que la reducibilidad de la condena esté, por así decirlo, al alcance del condenado). Y ello porque fue precisamente el claro incumplimiento de esa obligación lo que condujo a la Gran Sala a considerar de forma unánime que la condena de James Murray fue *de facto* irreducible y por ende contraria al art. 3 CEDH (§125). Por este motivo, la reducibilidad *de facto* se identifica aquí con este aspecto material de la ejecución penitenciaria: la puesta a disposición del condenado de los medios necesarios para su resocialización y consiguiente excarcelación. Por su parte, la reducibilidad *de iure* se entiende referida a aspectos formales que tienen que ver con la previsión legal de la revisión y consiguiente excarcelación, así como del procedimiento y establecimiento de criterios a cumplir para que ello se pueda llevar a cabo. A mi modo de ver, el planteamiento de Landa Gorostiza no establece una diferencia clara entre ambas facetas de la reducibilidad que el autor parece identificar con aspectos meramente formales del proceso de revisión que aquí se identifican solo con la reducibilidad *de iure*.

punto de vista preventivo especial de vertiente resocializadora –no es suficiente en este sentido la posibilidad de indulto por motivos de clemencia o compasión de carácter médico–; c) impone a la autoridad competente de la revisión la obligación de motivar su decisión, así como la posibilidad de que la misma sea objeto de recurso en vía judicial (32).

Por otro lado, habrá que valorar si la pena es revisable desde un punto de vista material (reducible *de facto*, en terminología del TEDH) (33). Ello exige comprobar si efectivamente el Estado ha puesto al alcance del interno los medios necesarios desde el punto de vista de su resocialización para que este pueda cumplir los requisitos que se le van a exigir en el momento de la revisión de cara a su excarcelación (34).

2.1 CONDENA REDUCIBLE «DE IURE»

Anticipando las conclusiones alcanzadas a este respecto, considero que el régimen español de prisión permanente revisable cumple con los requisitos formales, esto es, que la condena a prisión permanente es reducible *de iure*. Ello sobre todo si tenemos en cuenta que regulaciones mucho menos garantistas que la nuestra en este sentido, como por ejemplo la de Inglaterra y Gales, se han considerado compa-

(32) La síntesis de estos requisitos de carácter formal (que se han ido estableciendo con el tiempo sobre todo a partir de la sentencia del caso *Kafkaris*) se puede encontrar en el voto parcialmente coincidente del Juez Pinto de Albuquerque en la sentencia del caso *Murray* antes citada (Votos Particulares, p. 62).

(33) Ver, entre otras y por su repercusión, STEDH –Gran Sala– del Caso *Kafkaris contra Chipre* (demanda n.º 21906/04) de 12 de febrero de 2008, §98.

(34) Volveré sobre este punto más adelante ya que a mi modo de ver, la Gran Sala no es clara a la hora de determinar el fundamento de la privación de libertad tras el periodo de cumplimiento mínimo. Una manera de interpretar los diferentes pronunciamientos del alto tribunal pasa por entender que las exigencias retributivas y preventivo generales ceden ante la ausencia de necesidad preventivo-especial por los progresos alcanzados por el condenado en lo que a su resocialización se refiere, y una vez que este ha cumplido una parte de su condena: la parte de la condena que responde, si quiera parcialmente (sobre todo cuando la gravedad de los delitos cometidos da lugar a una necesidad retributiva y preventivo general que no termina de colmarse nunca –cfr. STEDH, Gran Sala, caso *Vinter y otros contra Reino Unido* §§ 46 y 53, en relación con el derecho inglés–), a las necesidades de retribución y prevención general. Esta forma de entender y manejar el conflicto que puede surgir entre los diferentes fundamentos de la privación de libertad más allá del periodo de cumplimiento mínimo se pone de manifiesto en la sentencia del caso *Murray* (ver el voto parcialmente concurrente del Juez Pinto de Albuquerque en *Murray contra Holanda* –sección votos particulares–, p. 64, §14; en el mismo sentido LANDA GOROSTIZA, J. M., «Prisión perpetua...», cit., pp. 10 y 11).

tibles con el art. 3 del CEDH y con la interpretación del mismo por parte del TEDH en fechas recientes [STEDH –Gran Sala– del *Caso Hutchinson contra el Reino Unido* (demanda n.º 57592/08), de 17 de enero de 2017] (35).

(35) En Inglaterra y Gales determinados supuestos de asesinatos especialmente graves tienen prevista la prisión permanente con «orden de vida entera» («whole life order» –traducción propia–), lo que quiere decir que, en principio, la condena se extenderá tanto como la vida del penado [sección 269(4) del Apéndice 21 de la *Criminal Justice Act* de 2003]. Tal fue la pena impuesta a todos los demandantes en el caso *Vinter*. Como única excepción para estos casos la legislación vigente prevé la posibilidad de que el Secretario de Estado, en uso de una facultad discrecional, acuerde la excarcelación anticipada cuando concurren «circunstancias excepcionales que justifiquen tal decisión por motivos de clemencia o compasión» que se circunscriben a los de carácter médico [Sección 30(1) de la *Crime Sentences Act* de 1997 en relación con el Capítulo 12 de la *Orden 4700 del Servicio de Prisión*].

No obstante, la sección 6(1) de la *Human Rights Act* de 1998 establece que el Secretario de Estado debe ejercer esta facultad discrecional en consonancia con el CEDH. Teniendo en cuenta esta previsión, el Gobierno británico sostuvo, respecto del caso *Vinter*, que es posible interpretar la sección 30 (1) *Crime Sentences Act* de 1997 en el sentido de que no se trata solo de una facultad discrecional del Secretario de Estado sino de una obligación por parte del mismo de acordar la excarcelación de un penado si se demuestra que su privación de libertad ya no es compatible con el art. 3 del CEDH, por ejemplo, porque dicha privación no cuente con un fundamento penológico legítimo. Así lo ha interpretado a su vez la jurisprudencia británica en el ámbito interno (ver *Vinter*, párrafo 124 de en el que se cita los casos *Bieber* y *Oaks*). Para el Gobierno británico esto demuestra que su derecho interno prevé un mecanismo de revisión de las condenas a prisión indeterminada compatible con el Convenio teniendo en cuenta lo que su momento se estableció en el caso *Kafkaris contra Chipre* (ver *Vinter párrafo 125*).

Pese a ello la Gran Sala en *Vinter* hizo las siguientes consideraciones: entendió que el derecho inglés no era claro al respecto y que pesaban más las previsiones expresas de la normativa que limitaban la reducción de la prisión permanente a una decisión discrecional por parte de una autoridad ejecutiva basada en razones de carácter médico (algo insuficiente para cumplir los estándares de reducibilidad *de iure*); afirmó que la valoración del Gobierno inglés se basaba en dos antecedentes jurisprudenciales internos que apuntaban a la posibilidad de interpretar la normativa interna en el mismo sentido que el Gobierno pero sin hacer efectiva tal exégesis. Por todo, ello consideró que las condenas de *Vinter* y demás demandantes no eran reducibles *de iure* y vulneraban el artículo 3 del Convenio.

En respuesta a *Vinter*, en Inglaterra y Gales una Corte de Apelación creada al efecto para el caso *McLoughlin* dictó sentencia el 18 de febrero de 2014 aplicando la prisión permanente con «orden de vida entera». Además, el fallo aclaró qué debe entenderse por «circunstancias excepcionales ... por razones de clemencia o compasión» a las que alude la legislación vigente, y que deben concurrir para que se pueda acordar en su caso la excarcelación anticipada por parte del Secretario de Estado. A este respecto estableció:

a) No resulta necesario especificar qué cabe entender por «circunstancias excepcionales» porque estos términos se explican a sí mismos; b) Estas «circunstancias excepcionales» no se limitan a las que se describen en el Capítulo 12 de la *Orden*

En efecto, la Gran Sala en el caso *Hutchinson* consideró que las condenas a prisión permanente con «orden de vida entera» (en principio el penado debe pasar el resto de su vida en prisión sin posibilidad de excarcelación anticipada) son reducibles *de iure* pese a que la normativa penitenciaria inglesa vigente solo prevé expresamente la posibilidad de excarcelación anticipada en estos casos por motivos excepcionales de clemencia y compasión de carácter médico, acordada en virtud de una decisión del Secretario de Estado que a tal efecto ejerce una potestad discrecional. La Gran Sala ha considerado suficiente el dictado de una sentencia en el ámbito interno, la cual coincide con otras dos anteriores que la Gran Sala valoró como insuficientes a estos mismos efectos en el caso *Vinter*, que permite una interpretación más amplia de dicha normativa, tan amplia que es completamente ajena a su tenor literal.

Según esta exégesis que a día de hoy no deja de ser una posibilidad teórica porque no se ha aplicado nunca, por «*motivos excepcionales de clemencia y compasión de carácter médico*» se puede entender (¿?) el progreso excepcional que haya podido hacer el penado de cara a su reinserción tras un periodo considerable de internamiento. En tal caso el Secretario de Estado no tiene la facultad como expresamente establece la normativa sino la obligación (¿?) de valorar la situación y acordar la excarcelación si entiende que la privación de libertad, por mor de las circunstancias excepcionales acaecidas referidas a los pro-

4700 del Servicio de Prisión; c) Las razones de clemencia y compasión se han de interpretar de forma coherente con el artículo 3 del CEDH, con la jurisprudencia del TEDH teniendo en cuenta la sección 6(1) de la *Human Rights Act* de 1998 así como los precedentes jurisprudenciales internos de *Bieber* y *Oaks*. La potestad de excarcelación se torna en obligación cuando ello es fruto de las exigencias del art. 3 CEDH, es decir, cuando la privación de libertad no encuentra fundamento penológico legítimo, por ejemplo, cuando el penado logra progresos excepcionales en lo que a su reinserción se refiere; en tal caso no estaríamos ante una facultad discrecional como la del jefe de Estado que indulta (ver *Hutchinson* párrafo 51); d) La decisión del Secretario de Estado debe estar fundamentada y puede ser objeto de revisión por parte de las autoridades judiciales.

La Gran Sala en *Hutchinson contra Reino Unido* entendió que con ello se aclaraba el derecho inglés y se satisfacían las exigencias de reducibilidad *de iure* respecto de las condenas a prisión permanente con «orden de vida entera» aunque el derecho interno no establezca un periodo mínimo de cumplimiento ni por tanto el plazo de revisión. La Gran Sala ha considerado que esta práctica es compatible con el CEDH toda vez que el condenado tiene derecho a incoar la revisión de su condena «en cualquier momento» (ver *Hutchinson contra Reino Unido*, § 69). Esta postura no resulta satisfactoria de cara a la seguridad jurídica considerando que la propia Gran Sala reconoce que «... teniendo en cuenta la gravedad de los delitos cometidos por las personas que se incluyen en esta categoría, es de esperar que el periodo de encierro efectivo sea largo» (ver *Hutchinson contra Reino Unido*, § 67 –énfasis añadido–).

gresos de resocialización del interno, ya no encuentra fundamento penológico legítimo.

La Gran Sala no encuentra inconveniente en que el derecho interno no prevea el momento en que el Secretario de Estado debe comprobar si se dan los requisitos que supuestamente le obligan tomar una decisión de esta naturaleza ya que, en principio, el propio penado puede instar la revisión de su condena en cualquier momento (sorprende que, tratándose de una obligación el Secretario de Estado no tenga que revisar de oficio la condena en ningún momento determinado, ni que se establezca un mecanismo por el que el Secretario de Estado reciba la información necesaria a tal efecto). Tampoco encuentra la Gran Sala inconveniente en que el derecho no especifique ni el procedimiento ni la autoridad judicial competente para revisar la decisión que pudiera adoptar el Secretario de Estado.

Así las cosas, el régimen español se ajusta de forma mucho más clara y garantista a los requerimientos formales en pro de una reducción *de iure* (36). Por otro lado, el hecho de que la ley española prevea periodos de cumplimiento mínimo que superan en algunos casos los 25 años de condena no constituye un obstáculo insalvable para la compatibilidad con el CEDH como algunos sugieren (37). Lo cierto es que el TEDH no ha adoptado una postura firme en lo que se refiere a determinar el momento temporal en que debe tener lugar la revisión.

(36) Ver NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «De Kafkaris...», cit. La ley española prevé expresamente: a) la revisión de la condena al cabo de un periodo que puede variar en función de la gravedad de los hechos; b) los criterios a tener en cuenta de cara a la revisión los cuales guardan relación con los fundamentos legítimos de la pena de prisión (la ley alude expresamente al pronóstico favorable de reinserción social); c) revisiones ulteriores periódicas tras la primera revisión en caso de que la misma no derive en la excarcelación del interno; d) la autoridad judicial competente en materia de revisión así como los recursos que se pueden interponer contra su decisión. Todo ello se establece en los artículos 78 *bis* y 92 del vigente Código penal.

(37) Destaca en este sentido el voto particular del Juez Pinto de Albuquerque en la sentencia del caso *Murray* a la que me he referido ya varias veces. Este juez considera que la primera revisión de la condena no se puede retrasar más allá de los 25 años de cumplimiento de la pena y que ello constituye una exigencia vinculante de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH (ver *Murray contra Holanda*, votos particulares, p. 62). Este planteamiento conduce a pensar, a mi modo de ver equivocadamente, que los plazos de revisión que superen este marco temporal podrían considerarse contrarios al CEDH: en el caso español los plazos de 30 y 35 años que el vigente Código Penal prevé para algunos supuestos en los que el sujeto ha sido condenado por dos o más delitos y al menos uno de ellos esté castigado con prisión permanente revisable (ver apartados 2 y 3 del art. 78 *bis* CP; a este respecto, entre otros, LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A./ PÉREZ MANZANO, M./ ALCÁCER GUIRAO, R., ARROYO ZAPATERO, L./ DE LEÓN VILLALBA, J./ MARTÍNEZ GARAY, L. «Dictamen...», cit., p. 40.

En este sentido, el TEDH simplemente ha afirmado que detecta una tendencia en el ámbito internacional a establecer la primera revisión no más tarde de los 25 años de condena, pero que queda en manos de la discrecionalidad de cada Estado el determinar este marco temporal de revisión (38). Este planteamiento ha llevado a la Gran Sala a considerar compatibles con el CEDH algunas previsiones internas para mí inaceptables (39).

2.2 CONDENA REDUCIBLE «DE FACTO»

En lo que respecta al aspecto material de la revisión, que la condena sea reducible *de facto*, lo cierto es que una demanda ante el TEDH en el momento actual podría considerarse prematura, teniendo en cuenta que en España el primer condenado a prisión permanente revisable no lleva ni tres años cumpliendo la pena (40).

El TEDH solo se ha pronunciado una vez, en la citada sentencia del caso *Murray*, respecto de la reducibilidad *de facto* a efectos de condenar a un Estado miembro por vulnerar el art. 3 CEDH por el modo en que se produjo la ejecución de una pena de prisión permanente (41). Esta decisión se adoptó cuando el interno llevaba 34 años encarcelado (habiendo superado con creces el periodo mínimo de cumplimiento previo a la revisión de la condena y habiendo solicitado sin éxito su excarcelación en reiteradas ocasiones) y se basó en la constatación de que, en efecto, el Estado nunca puso a su alcance los medios necesarios para cumplir con los requisitos que se le exigían

(38) De hecho, el TEDH ha considerado que no se habría producido una violación del art. 3 CEDH en supuestos en los que la ley establecía la primera revisión al cabo de 30 años [ver *Bodein contra Francia* (Demanda n.º 40014/10), 13/12/2015)].

(39) Como ya se explicó, en Inglaterra y Gales se pueden imponer cadena perpetua con «orden de vida entera» –lo que significa que, en principio, el encierro puede durar tanto como la vida del sujeto– sin que la sentencia establezca ningún periodo de cumplimiento mínimo de cara a la revisión de la condena y eso se ha considerado compatible con el CEDH por parte de la Gran Sala en *Hutchinson*.

(40) La primera condena a prisión permanente revisable se dictó el 14 de julio de 2017. Cfr. SAP Pontevedra 42/2017, de 14 de julio.

(41) En la STEDH –Sección 4.ª– del caso *James y otros contra Reino Unido*, de 11 de febrero de 2013 (ver sobre todo §§ 220, 221 y 222), también se aprecia una vulneración del CEDH, en este caso del art. 5.1 del mismo, debido a que el Estado miembro no puso a disposición de los condenados los medios y programas de reinserción necesarios para que estos pudieran ser liberados en el momento en que se revisó su condena, por lo que su privación de libertad tras esa revisión devino arbitraria. Pero, al igual que en la sentencia del caso *Murray*, el tribunal se pronuncia cuando los sujetos ya habían cumplido la parte mínima de la condena y sobre la constatación de una efectiva falta de medios que se produjo durante todo el periodo de cumplimiento mínimo previo a la revisión de la condena.

para ser excarcelado ya que no recibió tratamiento alguno que pudiera incidir sobre su peligrosidad.

Si la demanda contra España se interpusiera ahora, el TEDH tendría que pronunciarse no tanto sobre una constatación de falta de medios durante el periodo mínimo de cumplimiento, sino sobre una estimación, es decir, tendría que llegar a la conclusión de que el sistema de partida no ofrece al condenado los medios necesarios para que, llegado el momento, pueda cumplir con las exigencias requeridas para su liberación: el TEDH tendría que aceptar que, en las circunstancias actuales, el sistema español (42) no pone al alcance del penado los medios necesarios para que pueda llegar a tener un pro-

(42) Se podrían tener para ello en cuenta los estudios sobre la calidad de vida en las prisiones españolas en los que se analiza la disponibilidad de programas de reinserción, cuyos hallazgos no son del todo coincidentes. Además, los resultados están muy condicionados por las diferencias que existen entre los distintos centros penitenciarios lo que dificulta el ofrecer una idea de conjunto (Ver MARTÍ BARRACHINA, M., «El estudio...», cit., p. 18). El trabajo de Martí Barrachina citado es relevante en la medida que da cuenta de los distintos estudios llevados a cabo en España sobre la cuestión. Algunos ponen de manifiesto aspectos positivos como el hecho de que las oportunidades educativas en prisión para mujeres son altas sobre todo para aquellas sin estudios o con estudios primarios incompletos. La mayoría de los que recoge la autora, sin embargo, reflejan que las condiciones de vida en prisión y la aplicación de la política penitenciaria no permiten cumplir de forma adecuada el mandato resocializador. Ver *ibidem*, pp. 5-17.

Otros estudios más recientes, como uno realizado en cinco centros penitenciarios (los de Almería, Granada, Jaén, Málaga y Melilla), llegan a la conclusión de que el contexto actual al menos en lo que tiene que ver con las relaciones entre los internos entre sí y entre los internos y los funcionarios, es compatible con la reeducación y reinserción como finalidad de la ejecución de las penas privativas de libertad. No obstante, el resultado no es concluyente si se tiene en cuenta el ambiente en prisión y sus repercusiones en la socialización. A este respecto la percepción positiva entre los internos era del 27,3%, la neutra del 42,6% y la negativa del 30,1%. Ver BARQUÍN SANZ, J./CANO PAÑOS, M. A./CALVO ALBA, M. A., «Resocialización...», cit., pp. 281, 283 y 284.

Por su parte, otro estudio publicado en 2015 detecta dos problemas: por un lado, los programas de tratamiento que se ofertan en el medio penitenciario español no cuentan con las condiciones necesarias para cumplir con los objetivos que pretenden; por otro, estos programas llegan solo a una minoría de la población penitenciaria. Ver, CUTIÑO RAYA, S., «Algunos datos sobre la realidad del tratamiento en las prisiones españolas», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15-11 (2015), pp. 1-41. Estos hallazgos son coherentes con el hecho de que solo una minoría de los reclusos en España accede al tercer grado y a la libertad condicional en parte debido a la escasez de programas de reinserción que tienen incidencia positiva en la aplicación de estas instituciones. Al respecto, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «Mitos y realidades sobre el cumplimiento de la pena de prisión: Análisis cuantitativo y cualitativo del acceso al tercer grado y a la libertad condicional», en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, ISSN 1697-5758 n.º 134, septiembre-octubre, 2018, pp. 1-24.

nóstico favorable de reinserción social en el momento en que se revise su condena (algo que sucederá a 25 años vista en el mejor de los casos), que es en gran medida lo que se le va a exigir para ser liberado [ver apartado c) del art. 92.1 CP] (43). Es importante recordar que para tomar esta decisión el periodo de cumplimiento mínimo no es determinante para el TEDH como se explicó *supra* (algo que para mí constituye, como trataré de demostrar *infra*, una de las debilidades de la argumentación de este tribunal).

Esto no quiere decir que este planteamiento no se pueda defender. De hecho, ya se ha defendido y de forma brillante (44). Además, algunos de los datos empíricos analizados sobre la realidad de nuestra ejecución penitenciaria podrían servir al menos de base para ello. Lo que no me parece probable es que el TEDH lo asuma y condene a España por ello, pues esta asunción supondría un cambio radical de su dinámica que resultaría extremadamente audaz si tenemos en cuenta el talante conservador que este tribunal ha demostrado en el tratamiento de esta cuestión, y el hecho de que los fallos judiciales se basan no tanto en estudios generales sobre la disponibilidad de tratamientos resocializadores en el medio penitenciario si no, sobre todo, en los que en efecto se ofrecen al penado concreto que interpone la demanda (45).

Así las cosas, parece que habría que esperar a que el penado llegase a cumplir el tiempo mínimo de condena para que se procediera

(43) Además de los datos apuntados antes, se pueden tener en cuenta ciertos indicadores sobre la situación penitenciaria en España en comparación con los 28 países de la Unión Europea y los 47 de Consejo de Europa teniendo en cuenta el informe al respecto que analiza el periodo comprendido entre 2005 y 2015 (ver Marcelo F. AEBI, M.F./BERGER– KOLOPP, L./ BURKHARDT, C./TIAGO, M.M., *Prisons in Europe*, Vol. I, Consejo de Europa/Unión Europea, Lausanne, 2018, pp. 309 y ss.). Este informe evidencia datos que pueden considerarse positivos (por ejemplo, la densidad de población penitenciaria en España, medida en número de internos por cada 100 plazas, es baja si la comparamos con la del resto de países), otros que pueden considerarse negativos (la ratio de internos por personal de prisiones es alto en términos comparativos) y otros –la mayoría– que ubican a España dentro de la media (en ratio de suicidios y de muertes de internos y en el gasto diario por interno). No sé hasta qué punto estos datos pueden servir para confirmar que la prisión permanente en España no es reducible *de iure*.

(44) Ver LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A./ PÉREZ MANZANO, M./ ALCÁCER GUIRAO, R., ARROYO ZAPATERO, L./ DE LEÓN VILLALBA, J./ MARTÍNEZ GARAY, L. «Dic-tamen...», cit., pp. 17-79.

(45) Me pregunto cómo se valoraría en este sentido el hecho de que uno de los condenados en España a prisión permanente revisable está estudiando el Grado en Derecho en la UNED, circunstancia esta de la que puedo dar fe plena porque he corregido algunos de los exámenes que esta persona ha realizado, los cuales, por cierto, han obtenido calificaciones positivas.

a su revisión y que esta se denegara por falta de un pronóstico favorable de reinserción social. A su vez habría que demostrar que nunca se pusieron al alcance del penado los medios necesarios para que pudiera efectuarse sobre él este pronóstico, lo cual tendría que ser indicativo de que su condena no era reducible *de facto*. Ello, además, podría dar cabida a una demanda por detención arbitraria *ex art. 5.1 CEDH*. El sistema, al no ofrecer posibilidad de reinserción al penado, hace inevitable su privación de libertad más allá de la fecha de revisión de manera que esta deviene arbitraria a partir de entonces (46). A este respecto, creo que algunas afirmaciones del manifiesto firmado por más de cien catedráticos de las universidades españolas al que antes hice referencia, deberían cuando menos, matizarse (47).

(46) El TEDH constató una violación del art. 5.1 CEDH en el caso *James, Wells y Lee contra el Reino Unido* [demandas n.º 25119/09, 57715/09 y 57877/09; STEDH sección 4.º, 18/09/2012 (§220-222)]. A los demandantes se les impusieron penas de prisión indeterminadas que las autoridades tenían obligación de revisar al cabo de un tiempo mínimo de cumplimiento efectivo. Más allá de este periodo que colmaba las exigencias de «castigo» por el delito cometido (la sentencia se refiere expresamente al cumplimiento del «elemento de castigo» de la condena que parecen identificarse con exigencias retributivas y preventivas generales –cfr. §194–), la privación de libertad se fundamentaba en el riesgo de reincidencia de los condenados. La cuestión es que los demandantes permanecieron en prisión más allá de la fecha de revisión sin que se hubiese puesto a su disposición los programas de reinserción orientados a tratar su peligrosidad. Así las cosas, la sección 4.ª entendió que la privación de libertad más allá de la fecha de revisión habría sido arbitraria y por ende contraria al art. 5.1 CEDH.

(47) En dicho manifiesto al que me referí *supra* se afirma: «*En todo caso, merece la pena subrayar que nuestra prisión permanente revisable podría ser contraria al Convenio... por la inexistencia de programas penitenciarios específicos de resocialización (STEDH James, Wells y Lee c. Reino Unido, de 18 de septiembre de 2012)*». Del análisis que contiene la cita al pie anterior se desprende que esta sentencia no puede servir para plantear la incompatibilidad del régimen español de prisión permanente revisable, en sí mismo considerado, con el art. 5.1 CEDH. Esta decisión lo que viene a establecer es que la detención del preso tras la revisión de su condena, es decir, más allá del periodo mínimo de cumplimiento, es arbitraria cuando se constata que el mismo no ha recibido los programas de reinserción que le hubieran permitido cumplir con los requisitos necesarios para la excarcelación cuando la revisión a tal efecto tuvo lugar. Es cierto que en la citada sentencia se achaca la falta de programas de reinserción para los demandantes a la ausencia de planificación por parte del Estado demandado, el cual introdujo medidas legislativas para acordar la imposición de penas indeterminadas de prisión sin tener en cuenta su impacto en el ámbito penitenciario y sin asegurar los fondos que pudieran hacer frente al mismo. También es cierto que esta práctica resulta irracional y criticable a juicio del TEDH (§§ 206, 208, 210). Pero lo que la sentencia no dice en ningún momento es que la medida legislativa que permitió el encarcelamiento indeterminado devenga en sí misma contraria al Convenio solo por ese motivo. La quiebra del art. 5.1 CEDH exige demostrar que, en

Con esto no quiero ni mucho menos decir que esta forma de proceder por parte del TEDH me parezca adecuada para proteger la dignidad humana. Como explicaré más adelante, creo que esta forma de operar se traduce en una deficitaria salvaguarda de la dignidad de los presos en general y de los condenados a prisión permanente en particular, porque en realidad no defiende su derecho a la esperanza, sino que solo sirve para constatar que nunca pudieron tener esperanza. De todos modos, esto no es del todo achacable al tribunal cuyo rol es reactivo (48) y necesita de demandas que pueden tardar en tramitarse y contestarse, teniendo en cuenta que antes se han de agotar las instancias internas dentro de cada Estado.

En cualquier caso, una eventual condena a España por cuestiones formales o materiales no supondría de ninguna manera la derogación de la prisión permanente revisable, sino a lo sumo la recomendación de modificar su régimen a fin de que el mismo resultase compatible con las exigencias del CEDH de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH. En este sentido, no se puede olvidar el hecho de que este alto tribunal lleva décadas repitiendo que la prisión permanente no es *per se* incompatible con el Convenio (ni con su artículo 3, ni con ningún otro) y que el encierro a perpetuidad de la persona condenada a esta pena tampoco lo es si el mismo es necesario desde el punto de vista preventivo especial (49).

Así las cosas, quizá haya que confiar en el carácter progresivo de la jurisprudencia del TEDH cuya evolución permita una más amplia y más adecuada protección de los derechos humanos previstos en el Convenio. No obstante, entiendo que, hoy por hoy, la legislación española se adecua a los insatisfactorios estándares actuales.

el caso concreto, el condenado no ha recibido programas de reinserción que le hubieran permitido optar a la excarcelación cuando se revisó su condena.

(48) Al respecto y en comparación con el rol del *Comité Europeo para la Prevención de la Tortura* que es proactivo, ver RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «Los estándares internacionales...», cit., p. 227.

(49) Ya la Comisión Europea de Derechos Humanos se pronunció en ese sentido en la decisión sobre el *Caso Kotälla contra Holanda* (demanda n.º 7994/77), de 6 de mayo de 1978. Desde entonces este planteamiento se ha repetido en numerosos pronunciamientos hasta la actualidad, apareciendo en sentencias tan recientes como las del *caso Hutchinson* ya citada (§42).

3. Una posible solución para los condenados a penas de prisión no susceptibles de acumulación

Con todo, la jurisprudencia del TEDH sobre la materia sí ofrece una posibilidad de solución a un problema que se viene produciendo en España de un tiempo a esta parte. Me refiero al que surge de la imposición de penas de prisión no susceptibles de acumulación y que, por tanto, no quedan sujetas a los límites máximos de cumplimiento del art. 76 CP (50).

De acuerdo con un informe de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (51) en 2010 había en España 354 personas cumpliendo condena en centros penitenciarios –sin contar los presos por delitos de terrorismo– castigadas a una pluralidad de penas no susceptibles de acumulación cuya suma aritmética superaba los 30 años, llegando en algunos casos a los 70, 80 e incluso 106 años de duración. Son supuestos en los que una misma persona comete varios delitos y estos no se pueden juzgar en el seno de un mismo procedimiento teniendo en cuenta que los nuevos hechos delictivos son posteriores en el tiempo al dictado de la sentencia que condenó los anteriores (52).

Se trata de condenas materialmente equiparables a la prisión permanente en la medida en que muchas de ellas pueden durar tanto como la vida natural del condenado, puesto que su extensión temporal supera con creces las expectativas más optimistas de esperanza de

(50) Sobre esta cuestión, entre otros, GARCÍA DEL BLANCO, V., «Acumulación de condenas a pena privativa de libertad sustituidas por expulsión», en *Crítica penal y poder: una publicación del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos*, n.º 18, 2019, (Ejemplar dedicado a: «La movilidad humana: entre los derechos y la criminalización»), pp. 103-113 (sobre todo pp. 105-108); NISTAL BURÓN, J: «El artículo 76 del Código Penal. Alcance de la regla de la “acumulación jurídica” (1): a propósito del Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 2.ª de 28 junio de 2012, rec. 99/2012». *Diario La Ley*, n.º 8025, 2013; CORDERO LOZANO, C., «Ejecución de la pena de prisión: especial referencia a la acumulación jurídica de condenas y a la refundición de penas». *Estudios jurídicos*, n.º 2012, 2012.

(51) LEGANÉS GÓMEZ, S., «La prisión permanente revisable y los beneficios penitenciarios», *La Ley Penal: Revistas de Derecho penal, procesal y penitenciario*, Volumen 110, 2014, pp. 20-32.

(52) De ahí que no se pueda aplicar el límite de cumplimiento máximo que, según el art. 76, puede ser igual al triple de la pena más grave impuesta o de 25, 30 o 40 años según los casos. Ello porque no se cumple lo que exige el art. 76.2 CP, según el cual esta limitación «se aplicará, aunque las penas se hayan impuesto en distintos procedimientos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubiera sido en primer lugar». Al respecto, ver GIL GIL, A./LACRUZ LÓPEZ, J. M./MELENDO PARDOS, M./NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Consecuencias...*, cit., pp. 89 y ss.

vida (53). Constituyen además de condenas irreducibles *de iure* teniendo en cuenta que la única forma de lograr la excarcelación es el indulto que puede conceder el poder ejecutivo, lo cual no cumple, como ya apunté, con los estándares de reducibilidad *de iure* fijados por el TEDH respecto la prisión permanente revisable.

Así las cosas, estimo viable una demanda ante el TEDH por violación del art. 3 CEDH por irreducibilidad *de iure* en este tipo de situaciones.

III. INCONSISTENCIAS Y CONTRADICCIONES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH EN MATERIA DE PRISIÓN PERMANENTE

1. Indicios de contradicción en la defensa del carácter absoluto de la prohibición de penas inhumanas y degradantes *ex art. 3 CEDH*

A diferencia de otros preceptos del Convenio, el contenido del artículo 3 («*Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*») se establece en términos absolutos de manera que la prohibición de tortura, tratos o penas inhumanas o degradantes no viene acompañada de la previsión de circunstancias que pudieran justificarla. Ello a diferencia de lo que sucede con la regulación de otros derechos como los previstos en los artículos 8 a 11 del CEDH (54).

(53) De acuerdo con los datos publicados por el INE en 2020, la esperanza media de vida respecto del año 2018 se sitúa en los 83,19 años para ambos sexos (datos disponibles en red: <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=1414>; último acceso: 14/02/2020). Teniendo en cuenta que estamos hablando de personas condenadas que superan la mayoría de edad, está claro que su privación de libertad puede durar tanto como su vida natural. Ello encaja con la definición de cadena perpetua que aparece en el informe del *Comité Europeo para la Prevención de la Tortura*. Para este organismo, la cadena perpetua («*life sentence*») es «*una condena indeterminada impuesta por un tribunal por la comisión de un hecho delictivo por la que el condenado puede quedar privado de libertad durante el resto de su vida o hasta que se produzca su excarcelación en virtud de un proceso judicial, cuasi-judicial, ejecutivo o administrativo que determine que el penado no representa un riesgo para la sociedad*» –traducción propia–. Ver el Vigésimo quinto informe general que cubre el periodo que va desde el 1 de enero al 31 de enero de 2015. Disponible en red: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680696a9d> (último acceso: 19/01/2020).

(54) Ver REIDI A., *The prohibition of torture: A guide to the implementation of Article 3 of the European Convention of Human Right*. Council of Europe. Alemania, 2003, pp. 19 y 20.

En este sentido, según la Gran Sala «*El artículo 3 consagra uno de los valores fundamentales de la sociedad democrática. El mismo prohíbe la tortura, los tratos y las penas inhumanas y degradantes en términos absolutos y con independencia del comportamiento de la víctima que los padezca*» (ver *Kafkaris contra Chipre*, § 95). Se supone, por tanto, que no caben excepciones que permitan vulnerar este precepto, ni si quiera la existencia de una situación de guerra, ni, por supuesto, la extrema gravedad de los delitos que puede cometer una persona (55).

Pese a la contundencia de estos planteamientos, lo cierto es que, desde hace décadas, como se puso de manifiesto *supra*, el TEDH ha reiterado que la prisión permanente no es *per se* incompatible con el artículo 3 ni con ningún otro precepto del Convenio. Cuando la misma es reducible en los términos apuntados ello garantiza su compatibilidad con el Convenio. Ello incluso aunque la condena se cumpla de forma completa y el sujeto pase su vida entera en prisión. La peligrosidad del condenado y la correspondiente necesidad de protección de la sociedad prevalecen en estos casos, según el TEDH (56). Es decir que, a juicio de alto tribunal, la prisión permanente no deviene irreducible por el simple hecho de que se cumpla íntegramente y el sujeto pase el resto de su vida en prisión (cfr., entre otras, *Kafkaris contra Chipre*, §§ 97 y 98). Sin embargo, entiendo que el encierro a perpetuidad es en sí mismo contrario a la dignidad humana por mucho que, durante su ejecución, se consiga que el penado albergue la esperanza de una liberación compatible con su reintegración en la sociedad (lo cual puede resultar más que improbable en muchos casos) (57). A mi modo de ver, el hecho de que un hombre pase el resto de su vida en prisión como consecuencia de un castigo estatal vulnera el artículo 3 en la medida en que es el Estado, que también debe velar por él, el que elimina en efecto y para siempre de su existencia un valor que nos define como seres humanos que es la libertad. Puede que ello resulte

(55) *Ibidem*, p. 20.

(56) La Gran Sala ha afirmado que «*no hay vulneración del artículo 3 cuando, por ejemplo, se deniega la excarcelación a un condenado a prisión permanente tras la revisión de su condena sobre la base de que el mismo sigue representando un peligro para la sociedad..., el simple hecho de que esta clase de penados hayan estado encarcelados durante largos periodos de tiempo no debilita la obligación positiva del Estado de proteger al público; y el Estado debe cumplir con esa obligación manteniendo al penado privado de libertad mientras siga siendo peligroso...*» Ver STEDH en *Vinter y otros contra el Reino Unido* (§ 108) y en *Murray contra Holanda* (§ 99) (traducción propia).

(57) Muchos de los datos que arrojan los estudios empíricos sobre la calidad de vida en prisión analizados *supra* no son muy esperanzadores.

útil o incluso necesario, pero la utilidad o necesidad de ese encierro a perpetuidad no hacen que esa condena sea acorde con la dignidad humana. Por ello considero que la Gran Sala está en realidad creando una excepción que teóricamente es incompatible con el artículo 3, no ya basada en situaciones extremas como la guerra, sino en la peligrosidad del condenado a prisión permanente (58).

Tal vez ha llegado el momento de llamar a las cosas por su nombre y asumir que el Estado, en el mejor de los casos, recurre a la indignidad de encerrar de por vida a sus ciudadanos cuando una supuesta necesidad lo exige. A ello habría que añadir además y como habrá ocasión de comprobar, que la legitimidad de este encierro se puede poner en duda toda vez que en muchos casos el Estado no cuenta con herramientas adecuadas para medir la peligrosidad y en ocasiones no ofrece al condenado los medios necesarios para conjurar dicho peligro.

2. **El fundamento de la prisión permanente después del periodo de cumplimiento mínimo según la postura de la Gran Sala y sus implicaciones respecto de prescriptibilidad de algunos delitos en el sistema español**

Los razonamientos de la Gran Sala analizados arrojan dudas sobre el fundamento que la misma otorga a la privación de libertad más allá del periodo mínimo de cumplimiento de la pena de prisión permanente. En este sentido se pueden hacer, al menos, dos interpretaciones:

1.^a Si, trascurrido el periodo mínimo de cumplimiento, la compatibilidad de la prisión permanente con la dignidad humana depende de su necesidad como respuesta a la peligrosidad del condenado, como parece desprenderse de las sentencias analizadas, entonces la retribución y la prevención general tienen una vida limitada. Es decir que, trascurrido el periodo de cumplimiento mínimo, el encierro prolongado del sujeto no puede encontrar su fundamento en la retribución ni en la prevención general. Ello resulta además coherente con la concepción del llamado «*derecho a la esperanza*». Si, como pone de manifiesto la juez Power Forde (ver su voto concurrente en el asunto *Vinter y otros contra el Reino Unido* –sección votos concurrentes, p. 54–) es preciso garantizar que «*los penados tengan la esperanza de que algún día puedan compensar el mal causado*» (sic), podemos entender entonces que la exigencia retributiva no es ilimitada y que su

(58) Así lo he puesto ya de manifiesto, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «Lifers...», cit., p. 111.

satisfacción no requiere de la vida entera del sujeto para colmarse. Ello porque que el derecho a la esperanza se refiere no solo a la posibilidad de compensar el mal causado sino a que el sujeto pueda por ello recuperar su libertad y reintegrarse en la sociedad.

No obstante, este planteamiento resulta problemático ya que entonces la privación de libertad por encima del periodo de cumplimiento mínimo es contraria al principio de culpabilidad, toda vez que la pena retributiva proporcional al injusto culpable ya estaría cumplida. Estaríamos instrumentalizando al sujeto para cumplir con necesidades preventivas, en este caso de prevención especial. La cuestión se complica aún más si tenemos en cuenta que el Estado no cuenta con los instrumentos adecuados para hacer predicciones fiables de peligrosidad. La evolución de los últimos 40 años (59) en este campo se considera modesta por parte de algunos expertos y existen estudios que demuestran que el número de falsos positivos supera a veces el 50%: es decir que más del 50% de las personas a las que se les atribuyó un riesgo alto o muy alto de reincidencia, no volvieron a delinquir (60). Asimismo, el problema aumenta si consideramos, como sugieren bastantes estudios analizados *supra*, que el Estado muchas veces no ofrece al penado los programas que necesita para tratar su peligrosidad.

Desde esta perspectiva podemos decir que, tras el periodo mínimo de cumplimiento, el encierro: 1) deviene indigno porque va más allá del castigo proporcional al injusto culpable; 2) puede que sea innecesario en atención a la dificultad de medir la peligrosidad; 3) puede que resulte arbitrario en la medida en que al sujeto no se le ofrecen los medios para tratar su peligrosidad.

2.^a Otra manera de interpretar la postura de la Gran Sala es considerar que la retribución y la prevención general no desaparecen tras el periodo mínimo de cumplimiento como fundamentos de la privación de libertad. Lo que ocurre es que tras ese tiempo estas exigencias se reducen. Si a esta reducción se le suma la ausencia de necesidad preventivo especial, resulta que la prolongación de la privación de libertad no cuenta, digamos, con un fundamento penológico legítimo suficiente. De este modo, si el encierro se prolonga más allá del periodo de cumplimiento mínimo porque el penado sigue siendo peligroso, esta privación de libertad no solo

(59) SKEEM, JENNIFER L./MONAHAN, J., «Current Directions in Violence Risk Assessment» *University of Virginia School of Law Public Law and Legal Theory Research Paper Series No. 2011-13*, p. 12.

(60) See MARTÍNEZ GARAY, L., «The uncertainty of risk assessment in criminal law: consequences for the concept, legitimacy and limits of security measures», *InDret* 2/2014, pp. 7-14.

encontraría su fundamento en esa necesidad preventivo especial sino también en la retribución y en la prevención general (61). Así se salvaría la quiebra del principio de culpabilidad y con ello la de la dignidad humana que entraña todo castigo que va más allá de la retribución.

No obstante, esta interpretación no está exenta de problemas. Si para la Gran Sala el encierro posterior al periodo de cumplimiento mínimo que no responde a la necesidad preventivo-especial es indigno y contrario al Convenio, es porque la exigencia retributiva tras dicho periodo es muy débil hasta el punto de que por sí sola no puede justificar la privación de libertad. Así las cosas, ¿se puede salvar el escollo del principio de culpabilidad con un fundamento retributivo tan débil? (62). Pensemos, además, que el fundamento retributivo es en realidad el único que resulta clave en este sentido, pues el encierro que encuentra su razón de ser en necesidades preventivas (sean estas especiales o generales) siempre corre el riesgo de ser indigno por contrario al principio de culpabilidad.

Por otro lado, si las exigencias de retribución jamás cesan sino que solo se reducen de manera que resultan insuficientes pero no inexistentes ante la ausencia de exigencia de necesidad de prevención especial, ¿no es el propio sistema jurídico inherentemente inhumano cuando algunas de sus quiebras –las que provocan los delitos castigados con prisión permanente– solo se pueden restañar con encierros a perpetuidad?; ¿hay entonces quiebras que exigen el sacrificio de una vida entera precisamente para castigar al que arrebató la vida a otros? Por otro lado, como en toda fundamentación

(61) Cfr. voto parcialmente concurrente del Juez Pinto de Albuquerque en *Murray contra Holanda* –sección votos particulares–, p. 64 §14; en el mismo sentido, LANDA GOROSTIZA, J. M., «Prisión perpetua...», cit., pp. 10 y 11).

(62) También cabe pensar que en realidad las exigencias retributivas y de prevención general no se reducen o al menos no tan significativamente después de un periodo de cumplimiento mínimo. Imaginemos el caso de un individuo que asesina a 20 personas y al que le corresponde un castigo que en términos estrictamente retributivos fuese de 300 años de prisión. En este caso, al cabo de un periodo de cumplimiento mínimo (25, 28, 30 ó 35 años de acuerdo con el régimen español) al sujeto aún le quedarían muchos años por cumplir en términos retributivos. Lo que sucede es que el cumplimiento parcial de la exigencia retributiva unido al hecho de que al cabo de 25 años de internamiento las posibilidades de reinserción decrecen irreversiblemente, legitiman la excarcelación si existe un pronóstico favorable de reinserción social. La exigencia retributiva simplemente cede, pero no se considera reducida hasta el punto de ser en sí misma insuficiente para legitimar la pena. Si el pronóstico positivo de reinserción no existe la continuidad del encarcelamiento cuenta no obstante con un fundamento retributivo suficiente. El problema que sigue existiendo entonces es que la humanidad del castigo depende entonces de pronósticos inciertos de peligrosidad y esto es insatisfactorio.

estrictamente retributiva del castigo, aparece un componente de irracionalidad: si la exigencia retributiva no cesa nunca, si el daño es tan enorme ¿cómo y por qué puede restañarlo un encierro de por vida de una persona? Además, esto equivaldría a decir que el hombre no puede saldar nunca su deuda; se le libera porque su falta de peligrosidad hace que la privación de libertad se vuelva innecesaria para la seguridad pública pero no porque la vulneración del orden jurídico que él provocó haya quedado restañada. Un ordenamiento que requiere del resto de la vida de un hombre para reparar el daño que este le causó, se coloca sin duda por encima del hombre que, recordemos, también está llamado a proteger.

Por último, este planteamiento resulta hasta cierto punto contradictorio con la adecuada protección del «derecho a la esperanza», al menos en los términos de la Juez Power-Forde analizados *supra*.

En otro orden de cosas, si optamos por esta segunda posibilidad y entendemos que, de acuerdo con la Gran Sala, las exigencias retributivas y preventivo generales no cesan tras el periodo mínimo de cumplimiento, el ordenamiento jurídico español puede resultar incoherente cuando la mayoría de los delitos que castiga con prisión permanente están sujetos a plazos de prescripción (63).

Uno de los fundamentos de la prescripción consiste en que con el paso del tiempo la lesividad de los hechos va desapareciendo y, con ella, las exigencias de retribución. También la necesidad preventivo general se va desvaneciendo toda vez que, trascurrido un tiempo desde que se cometió el delito, la sociedad que lo vivió no va a ser la misma que reciba, a través de la pena, el mensaje que de aquello no debe ser. Es por ello que, trascurrido un tiempo sin procedimiento incoado o desde que el mismo termina sin condena, se entiende que no hay nece-

(63) Efectivamente, según el art. 131.3 CP, son la mayoría ya que, de los delitos castigados con prisión permanente revisable, solo son imprescriptibles la muerte causada con ocasión de la comisión de delitos de terrorismo; la muerte, agresión sexual y lesiones del art. 149 CP causadas con ocasión de un delito de genocidio y las muertes causadas con ocasión de la comisión de delitos de lesa humanidad (al respecto, ver NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «De Kafkaris...», cit.). El resto de los delitos castigados con prisión permanente revisable están sujetos a un plazo de prescripción de 20 años de acuerdo con el art. 131.1 CP. Estos delitos son los siguientes: asesinato de persona especialmente vulnerable o menor de 16 años y asesinato subsiguiente a un delito contra la libertad sexual cometido contra la misma víctima (apartados 1 y 2 del art. 140 CP), homicidio del Rey, de la Reina o del Príncipe o Princesa de Asturias (art. 485 CP), Homicidio del Jefe de un Estado extranjero u otra persona internacionalmente protegida por un tratado que se halle en España (art. 601.5 CP).

sidad de verificar la existencia de responsabilidad penal (64). De alguna manera esto quiere decir que los delitos que prescriben no generan exigencias perpetuas de retribución ni de prevención general. Por este motivo resulta incongruente que algunos de esos delitos se castiguen con prisión permanente cuando se entiende que dicho castigo legitima un encierro a perpetuidad basado en parte en el carácter definitivo de tales exigencias.

Con todo, se puede pensar que la prescripción se fundamenta también en razones de índole procesal (dificultad probatoria, etc.) (65), pero entiendo que esto es secundario y en absoluto determinante, porque también existen tales razones cuando se trata de delitos imprescriptibles que no dejan de serlo por mor de las mismas. Por ello, pienso que la diferencia entre los delitos que prescriben y los que no prescriben tiene que guardar relación con la inexistencia o existencia, respectivamente, de exigencias perpetuas de retribución y prevención general.

De estar en lo cierto, se debería revisar el ordenamiento jurídico español en este sentido a fin de dotarlo de coherencia interna y evitar el absurdo al que puede abocar su aplicación. Imaginemos que una persona asesina a otra a la que previamente ha violado y consigue eludir la acción de la justicia al haber eliminado las pruebas que la incriminan. Supongamos que trascurren 20 años desde la comisión de los hechos y se descubren nuevas pruebas que apuntan de forma inequívoca a la comisión de los hechos por parte de esta persona. En tal caso su responsabilidad penal no se podría ni siquiera verificar por el periodo de tiempo transcurrido. Sin embargo, si esa misma persona no consigue en su momento eludir la acción de la justicia y resulta condenada a la pena de prisión permanente revisable, el mismo sistema jurídico que impide verificar su responsabilidad penal transcurrido un tiempo de 20 años permite, no obstante, su encierro a perpetuidad.

(64) Al respecto, sobre las teorías que apuntan al fundamento material de la prescripción referido a razones de retribución y prevención general, ver PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M., *La prescripción de los delitos y de las faltas: doctrina y jurisprudencia*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, pp. 123-131. Destacan también por su exhaustividad en el tratamiento del fundamento de la prescripción, GONZÁLEZ TAPIA, M. I., *La prescripción en el derecho penal*, Madrid, Dykinson, 2003; GILI PASCUAL, A., *La prescripción en derecho penal*, Pamplona: Aranzadi, 2001.

(65) Para un análisis exhaustivo de estos argumentos, PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M., *La prescripción...*, cit., pp. 136-142.

3. La ilusoria defensa del «derecho a la esperanza»

En la sentencia del caso *Murray*, y por los motivos explicados *supra*, se constata la irreducibilidad *de facto* de la condena a prisión permanente al cabo de más de 34 años de cumplimiento. Pero entonces, ¿significa esto que la quiebra del derecho a la esperanza cuando la misma se deriva de que la condena es irreducible *de facto* solo se puede confirmar *a posteriori*, es decir, una vez que de hecho se puede constatar que al penado no le han ofrecido la posibilidad de reinsertarse habiendo cumplido la parte mínima de la condena?

De ser así, ello resultaría hasta cierto punto incoherente porque, ¿qué sentido tiene constatar que se ha quebrantado el derecho a la esperanza al cabo de más de 34 años de condena, cuando es evidente que esa esperanza se ha tenido que esfumar mucho tiempo antes y cuando se supone que el derecho a la esperanza se debe respetar desde el momento mismo en que se impone la sentencia?

Así las cosas, se debería fomentar la valoración de la irreducibilidad *de facto* desde el momento en que se dicta sentencia a fin de que se pudiera comprobar si en efecto el penado va a tener a su alcance los medios para su reinsertión para que, llegado el momento, la revisión de su condena se pueda traducir en una efectiva excarcelación. De lo contrario, esta dinámica interpretativa aboca a una intervención tardía que no puede proteger un derecho a la esperanza sino solo constatar que la misma nunca existió. Es más, sin esa revisión inicial de reducibilidad *de facto*, corremos el riesgo de que la pena, además de inhumana, sea cruel teniendo en cuenta el sufrimiento que acarrea el no contar con un horizonte realista de libertad en el momento en que tiene lugar la imposición de una prisión permanente (66).

4. La obligación positiva del Estado en materia de reinsertión de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH

El grandilocuente y reiterado empeño del TEDH por establecer la obligación positiva del Estado de ofrecer medios que posibiliten la reinsertión y de orientar la ejecución de las penas privativas de liber-

(66) En este sentido, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «Lifers...», cit., p. 110; y, del mismo autor, «De Kafkaris...», cit.

tad a esta finalidad (67), algo que por otro lado debería resultar a estas alturas indiscutible (68), permite hacer dos consideraciones.

Por un lado, exige revisar nuestra jurisprudencia constitucional que además de afirmar que la reinserción no es el fin primordial de la pena de prisión (69), alude a la misma como un mero principio orientador de la ejecución penitenciaria (70). Semejante exégesis no resulta coherente con los estándares marcados de forma reiterada por parte del TEDH los cuales exigen un rol mucho más proactivo por parte del Estado el cual debe asegurar los medios que hagan posible esa finalidad del encarcelamiento.

Por otro lado, este discurso del TEDH en materia de reinserción corre el riesgo de reducirse a una mera declaración formal de principios, al menos en lo que respecta a la prisión permanente revisable.

(67) Aunque la Gran Sala replanteó con *Vinter* esta obligación positiva del Estado, en realidad la misma lleva existiendo en el plano internacional al menos desde la década de los 80 del pasado siglo. Así lo destaca el Juez Pinto de Albuquerque en su voto particular en la sentencia del caso *Hutchinson* (ver párrafo 9 de ese voto particular). Son muchos los instrumentos internacionales que así lo demuestran: el *Comité de Ministros del Consejo de Europa* ha dictado numerosas resoluciones y recomendaciones al respecto desde 1973 hasta al menos el año 2006; también es de destacar la labor del *Comité Europeo para la Prevención de la Tortura* relativa en materia de política penitenciaria de los condenados a penas de prisión de larga duración (ver párrafo 6 de voto particular al que se acaba de hacer alusión). Ello por no remontarnos al régimen aprobado ya en 1995 en Naciones Unidas relativo a los estándares mínimos sobre las reglas de tratamiento de los internos. Sobre estas cuestiones, ver RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «Los estándares internacionales...», cit., pp. 244-259.

(68) De ello no solo depende la reducibilidad *de facto* de la condena a prisión permanente (art. 3 CEDH) sino la legitimidad de la privación de libertad trascurrido el periodo mínimo de cumplimiento (art. 5.1 CEDH).

(69) No obstante, en sentencias muy recientes se habla de la reinserción como finalidad «no exclusiva de las penas privativas de libertad» (STC –sala segunda– de 27 de enero de 2020 –recurso n.º 6354-2017–), e incluso como fin primordial de las instituciones penitenciarias aludiendo a la previsión expresa en ese sentido del art. 1 LOGP.

(70) Así en las SSTC 19/1988, de 16 de febrero; 150/1991, de 4 de julio; 209/1993, de 28 de junio; 120/2000, de 7 de junio. Para un análisis en profundidad de estas y otras resoluciones, ver CÁMARA ARROYO, S./FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *La Prisión Permanente Revisable...*, cit., pp. 171-176.

No obstante, en sentencias muy recientes se habla de la reinserción como la finalidad «no exclusiva» de las penas privativas de libertad (STC –Sala Segunda– de 27 de enero de 2020 –recurso n.º 6354-2017–), e incluso como el «fin primordial» de las instituciones penitenciarias aludiendo a la previsión expresa en ese sentido del art. 1 LOGP (STC –Sala Primera– de 10 de febrero de 2020 –recurso n.º 3185-2018–). En parte sobre la base de esta concepción de la reinserción, se constata la vulneración constitucionalmente ilegítima por parte de la Administración Penitenciaria de determinados derechos fundamentales de los internos como la libertad de expresión *ex art. 20.1 a) CE*.

A ese respecto, ¿cómo es posible que entonces se deje a la discreción del Estado el establecimiento del límite mínimo de cumplimiento previo a la revisión cuando los plazos excesivos reducen cuando no eliminan toda posibilidad de reinserción?; ¿cómo es posible que se acepten previsiones tan confusas y carentes de garantías como las de Inglaterra y Gales en el caso *Hutchinson contra Reino Unido* en 2017? En este sentido, se echa en falta una postura más coherente y firme por parte del TEDH en lo que al plazo de revisión se refiere. La defensa a ultranza de la reinserción no casa con su doctrina relativa al aspecto temporal de la revisión.

Con todo, este insistente discurso en pro de la resocialización como obligación positiva del Estado para con los condenados a penas privativas de libertad puede orientarse a otros objetivos distintos de la reincorporación del penado a la vida en libertad dentro de la comunidad social. En este sentido, TEDH no ignora los efectos del encarcelamiento a largo plazo en la salud física y mental de los condenados (ver voto parcialmente concurrente del Juez Pinto de Albuquerque en el caso *Murray contra Holanda* –sección de votos particulares, p. 55–) y tales efectos pueden mitigarse, al menos en parte, si el tiempo de privación de libertad se dedica a actividades productivas.

De este modo, el ideal resocializador buscaría procurar que los internos se encuentren en las mejores condiciones posibles mientras cumplan su condena de manera que los efectos aflictivos del encarcelamiento se redujeran, así como el riesgo de que el mismo resulte cruel (71).

Asimismo, la orientación resocializadora, pese a su apariencia humanitaria, puede responder a intereses de tipo pragmático. Ello porque la seguridad interna de las prisiones se beneficia de este enfoque teniendo en cuenta que la ocupación de los internos en actividades constructivas se correlaciona con menor incidencia de violencia en los centros penitenciarios. Por otro lado, los internos son más propensos a cumplir las normas si creen que con ello pueden conseguir un obje-

(71) En este sentido, ver GARCÍA JIMÉNEZ, E./SÁNCHEZ LÓPEZ, B., «La educación en contextos de encierro desde una perspectiva multidisciplinar: la importancia de educar en valores como impulso a la reinserción social», en *Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores*. Enero 2020, Vol. 7, tomo 2, pp. 1-26; MONTERO PÉREZ DE TUDELA, E., «La reeducación y la reinserción social en prisión: El tratamiento en el medio penitenciario español», *Revista de Estudios Socioeducativos*, n.º 7, 2019, pp. 227-249; GALÁN CASADO, D. A./MORALEDA RUANO, A., «Reflexiones sobre el impacto de la privación de libertad en la dimensión emocional de los internos recluidos en los centros penitenciarios españoles. La educación emocional como complemento a la reinserción y reeducación», *Edetania*, 53 [julio 2018], 225-240.

tivo: la excarcelación anticipada por los progresos alcanzados en su propia reinserción (72).

En cualquier caso, es evidente que el enfoque resocializador al menos mitiga los efectos y los problemas que suscita el encarcelamiento prolongado por lo que la insistencia del TEDH en esta materia es necesaria y siempre bienvenida. No obstante, se necesita una postura más coherente por su parte para evitar lo que se revela como una cruel paradoja desde el punto de vista de los condenados a prisión permanente: la confirmación de la obligación positiva del Estado en materia de su reinserción y una política nada realista respecto de los periodos de cumplimiento mínimo que convierte en inalcanzable el objetivo resocializador.

Cuando los plazos de revisión superan determinados márgenes temporales (en España pueden ser hasta de 35 años), parece que el afán resocializador solo busca crear en el penado la ilusión de que se trata de una meta factible y conseguir así que el encarcelamiento le resulte menos aflictivo (ello en el mejor de los casos) o mejorar la seguridad interna de las prisiones.

IV. CONCLUSIONES

En contra de lo que la opinión doctrinal en España parece sostener, recurrir a la jurisprudencia del TEDH en materia de prisión permanente revisable para defender la posible incompatibilidad del modelo regulatorio español con el CEDH, no constituye una estrategia acertada para los que somos contrarios a esta pena.

Del análisis aquí plasmado se desprende que el régimen español vigente de la prisión permanente revisable cumple con los requisitos formales y materiales que hasta el momento la jurisprudencia del TEDH exige para su conformidad con el artículo 3 del CEDH.

(72) Es de destacar en este sentido el informe del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura emitido en junio de 2007 tras la visita a las cárceles de Aruba y las Antillas Holandesas. En dicho informe se pone de manifiesto que el hecho de que a los condenados a cadena perpetua se les ofrezca un régimen personalizado de ejecución penitenciaria orientado a su reinserción fortalece el desarrollo de relaciones constructivas entre los internos y el personal penitenciario y por tanto refuerza la seguridad dentro de la prisión. El informe está disponible en red: <http://hudoc.cpt.coe.int/eng#%22fulltext%22:%22aruba%22,%22sort%22:%22CPTStateOrder%20Ascending%22,%22CPTDocumentType%22:%22vr%22,%22CPTPlaces%22:%22pri%22,%22CPTSectionID%22:%22p-nld-20070605-en-25%22> (último acceso: 15/02/2020).

Desde el punto de vista formal en lo que respecta a la «reducibilidad *de iure*» de las condenas a prisión permanente revisable, la regulación española resulta mucho más garantista que la de otros países que han pasado de forma satisfactoria el control de la instancia judicial europea, como por ejemplo Inglaterra y Gales [STEDH –Gran Sala– caso Hutchinson contra el Reino Unido, (demanda n.º 57592/08), de 17 de enero de 2017]. En lo que se refiere a la «reducibilidad *de facto*», la interposición de una demanda contra España en este momento resultaría, por un lado, prematura y, por otro, no lograría, en el improbable caso de ser exitosa para el penado, ni su excarcelación ni la derogación del régimen de prisión permanente.

Con todo, la doctrina jurisprudencial analizada quizá permita dar una respuesta para las personas que se encuentran cumpliendo lo que materialmente equivale a una cadena perpetua (según los estándares del *Comité Europeo para la Prevención de la Tortura*) al haber sido condenados una pluralidad de penas que no resultan acumulables *ex art. 76 CP* y cuya suma aritmética supera en muchos casos los 50 años de duración. Estas condenas se pueden considerar irreducibles *de iure* y, por ende, contrarias al art. 3 CEDH puesto que solo a través del indulto se podría conseguir la excarcelación anticipada lo cual es insuficiente según el TEDH.

En otro orden de cosas, el análisis de la jurisprudencia del TEDH en materia de prisión permanente revela contradicciones e inconsistencias por parte de esta instancia jurisdiccional, resulta decepcionante e insuficiente en lo que a la protección de la dignidad de los condenados se refiere. Ello exige apostar por el carácter progresivo de esta jurisprudencia a fin de que se pueda proteger adecuadamente el derecho a la esperanza de estos penados y la defensa de la reinserción como obligación positiva del Estado no se quede en algo meramente simbólico o termine por buscar objetivos ajenos a este ideal como la seguridad dentro del medio carcelario.

Es preciso destacar por último algunas implicaciones que la doctrina jurisprudencial analizada tiene para la vigente regulación española. A este respecto se pueden hacer, al menos, las siguientes consideraciones:

– La insistencia sobre la obligación positiva del Estado en materia de resocialización exige revisar nuestra jurisprudencia constitucional que ve en el ideal resocializador una mera orientación que debe guiar la ejecución penitenciaria. Algunas resoluciones muy recientes del TC constituyen cuando menos un positivo, aunque aún tímido, cambio de tendencia en este sentido (SSTC –Sala Segunda– de 27 de enero de 2020 –recurso n.º 6354-2017–; –Sala Primera– de 10 de febrero de 2020 –recurso n.º 3185-2018–). En esta última y sobre la base del

tenor literal del art. 1 LOGP se alude a la reinserción como el «fin primordial» de las instituciones penitenciarias.

– El fundamento atribuido a la pena de prisión permanente tras el periodo de cumplimiento mínimo empuja a pensar que las exigencias de retribución y prevención general de los delitos castigados con esta pena son o deben ser perpetuas. Así las cosas, el hecho de que la mayoría de los delitos castigados con prisión permanente revisable en España prescriban a los 20 años resulta incoherente ya que la razón de ser de la prescripción reside, de acuerdo con la postura que aquí se defiende, en la caducidad de tales exigencias.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AEBI, M.F./LINDE, A./DELGRANDE, N., «Is There a Relationship between Imprisonment and Crime in Western Europe?», *European Journal on Criminal Policy and Research*, September 2015, Vol. 21, Issue 3, pp. 425-446.
- AEBI, M.F./BERGER-KOLOPP, L./BURKHARDT, C./TIAGO, M.M., *Prisons in Europe* Vol. I. Consejo de Europa/Unión Europea, Lausanne, 2018.
- BARQUÍN SANZ, J./CANO PAÑOS, M. A./CALVO ALBA, M. A., «Resocialización y encuestas de calidad de vida penitenciaria», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.^a época, n.º 20 (julio de 2018), pp. 251-285.
- CÁMARA ARROYO, S./FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *La prisión permanente revisable: el ocaso del humanitarismo penal y penitenciario*, Thomsom Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016.
- CASALS FERNÁNDEZ, A., *La prisión permanente revisable*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2019
- CERVELLÓ DONDERIS, V., *Prisión perpetua y de larga duración: régimen jurídico de la prisión permanente revisable*, Tirant lo Blanch, Valencia 2015.
- CORDERO LOZANO, C., «Ejecución de la pena de prisión: especial referencia a la acumulación jurídica de condenas y a la refundición de penas». *Estudios jurídicos*, n.º 2012, 2012.
- CUERDA RIEZU, A., *La cadena perpetua y las penas de muy larga duración: por qué son inconstitucionales en España*, Atelier, Barcelona, 2011.
- GALÁN CASADO, D.A./MORALEDA RUANO, A., «Reflexiones sobre el impacto de la privación de libertad en la dimensión emocional de los internos reclusos en los centros penitenciarios españoles. La educación emocional como complemento a la reinserción y reeducación», *Edetania*, 53 [julio 2018], 225-240.
- GARCÍA DEL BLANCO, V., «Acumulación de condenas a pena privativa de libertad sustituidas por expulsión», en *Crítica penal y poder: una publicación del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos*, n.º 18, 2019, (Ejemplar dedicado a: La movilidad humana: entre los derechos y la criminalización), pp. 103-113
- GARCÍA JIMÉNEZ, E./SÁNCHEZ LÓPEZ, B., «La educación en contextos de encierro desde una perspectiva multidisciplinar: la importancia de educar

- en valores como impulso a la reinserción social», en *Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores*. Enero 2020, Vol. 7, tomo 2, pp. 1-26.
- GIL GIL, A. / LACRUZ LÓPEZ, J. M. / MELENDO PARDOS, M. / NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Consecuencias Jurídicas del Delito: Regulación y datos de la respuesta a la infracción penal en España*, Dykinson, Madrid, 2018.
- GILI PASCUAL, A., *La prescripción en derecho penal*, Pamplona: Aranzadi, 2001.
- GONZÁLEZ TAPIA, M. I., *La prescripción en el derecho penal*, Madrid, Dykinson, 2003.
- JAÉN VALLEJO, M., «La prisión permanente comienza a aplicarse», en *elderecho.com lefevre-elderecho*, 17/07/2017. Artículo disponible en red: <https://elderecho.com/la-prision-permanente-revisable-comienza-a-aplicarse> (último acceso: 18/01/2019)
- LANDA GOROSTIZA, J. M., «Prisión perpetua y de muy larga duración tras la LO 1/2015: ¿Derecho a la esperanza?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 17-20 (2015), pp. 4 y 5.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. / PÉREZ MANZANO, M. / ALCÁCER GUIRAO, R., ARROYO ZAPATERO, L. / DE LEÓN VILLALBA, J. / MARTÍNEZ GARAY, L., «Dictamen sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable», en Arroyo Zapatero, L., Lascuraín Sánchez, J. A., Pérez Manzano, M. (eds.): *Contra la cadena perpetua*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016, pp. 17 a 79.
- LEGANÉS GÓMEZ, S., «La prisión permanente revisable y los beneficios penitenciarios», *La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, Volumen 110, 2014, p. 20-32.
- MARTÍ BARRACHINA, M., «El estudio de la calidad de vida en prisión: Una revisión bibliográfica de la investigación en España y principales planteamientos internacionales», en *InDret* 3/2017, pp. 1-33.
- «Errores conceptuales en la estimación de riesgo de reincidencia: La importancia de diferenciar sensibilidad y valor predictivo, y estimaciones de riesgo absolutas y relativas», *Revista Española de Investigación Criminológica*, Artículo 3, n.º 14 (2016).
- MARTÍNEZ GARAY, L., «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad», *InDret* 2/2014.
- «Errores conceptuales en la estimación de riesgo de reincidencia: La importancia de diferenciar sensibilidad y valor predictivo, y estimaciones de riesgo absolutas y relativas», *Revista Española de Investigación Criminológica*, Artículo 3, n.º 14 (2016).
- MARTÍNEZ GARAY, L. / MONTES SUAY, F., «El uso de valoraciones del riesgo de violencia en Derecho Penal: algunas cautelas necesarias», *InDret*, 2/2018.
- MONTERO PÉREZ DE TUDELA, E., «La reeducación y la reinserción social en prisión: El tratamiento en el medio penitenciario español», *Revista de Estudios Socioeducativos*, n.º 7, 2019, pp. 227-249.
- NISTAL BURÓN, J., «El artículo 76 del Código Penal. Alcance de la regla de la «acumulación jurídica» (1): a propósito del Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 2.ª de 28 junio de 2012, rec. 99/2012». *Diario La Ley*, n.º 8025, 2013.

- NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «Análisis crítico de la libertad condicional en el Proyecto de Reforma de 20 de septiembre de 2013 (especial referencia a la prisión permanente revisable)», en *La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, vol. 110, 2014, pp. 50-74.
- «Lifers before the European Court of Human Rights: Some reasons for concern and disappointment» en *Supplement of Valahia University LAW STUDY* Târgoviste, 2018, pp. 100-109.
- «Mitos y realidades sobre el cumplimiento de la pena de prisión: Análisis cuantitativo y cualitativo del acceso al tercer grado y a la libertad condicional», en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, ISSN 1697-5758 n.º 134, septiembre-octubre, 2018, pp. 1-24.
- «De Kafkaris (2008) a Hutchison (2017): Reflexiones sobre los límites a la cadena perpetua para un estudio crítico del sistema español», en Ruda González A./Jerez Delgado, C. (dirs.): *Estudios sobre Jurisprudencia Europea II*, Sepin, Madrid, (en prensa).
- PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M., *La prescripción de los delitos y de las faltas: doctrina y jurisprudencia*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.
- RÍOS MARTÍN, J. C., *La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad*. Tercera Prensa. San Sebastián, 2013.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «Los estándares internacionales sobre la cadena perpetua del Comité Europeo para la prevención de la tortura y las penas o tratos inhumanos y degradantes», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª época, n.º 17 (enero de 2017), pp. 225-275.
- *La ejecución de las penas de prisión permanente revisable y de la larga duración*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- ROIG TORRES, M., *La cadena perpetua en el derecho alemán y británico: la prisión permanente revisable*, Iustel, Madrid, 2016.
- SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, I., *Constitucionalidad de la prisión permanente revisable y razones para su derogación*, Dykinson, Madrid, 2016.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*. Atelier, Barcelona, 2018.
- SKEEM, J.L./MONAHAN, J., «Current Directions in Violence Risk Assessment» *University of Virginia School of Law Public Law and Legal Theory Research Paper Series No. 2011-13*, p. 12.
- SOUZA DE ALMEIDA, D., Prensa, opinión pública y política criminal en España: *Un análisis sobre la posible influencia del populismo penal mediático en la aprobación de la prisión permanente revisable*. Tesis doctoral inédita dirigida por la Dra. Laura Pozuelo Pérez. Universidad Autónoma de Madrid (2019).
- VAN ZYL SMIT, D. / WEATHERBY, P. / CREIGHTON, S., «Whole Life Sentences and the Tide of European Human Rights Jurisprudence: What is to be done?», *Human Rights Law Review*, 2014, 14, 59-84.
- VARONA GÓMEZ, D., *El Debate Ciudadano Sobre la Justicia Penal y el Castigo: Razón y Emoción en el Camino Hacia un Derecho Penal Democrático*. Marcial Pons, Madrid, 2016.