



U.P.V./ E.H.U.

**LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE: UN ANÁLISIS A LA
LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH Y DEL MODELO
INGLÉS**

Tesis Doctoral:

Izaro Icuza Sánchez

Dirección:

Dr. Jon-Mirena Landa Gorostiza

Dra. Miren Ortubay Fuentes

**DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO
Facultad de Derecho**

Bilbao 2019

ABREVIATURAS UTILIZADAS

Art.	Artículo
c.	Contra
Cap.	Capítulo
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CP	Código penal
CPT	Comité para la Prevención de la Tortura
EWCA	England and Wales Court of Appeal
EWHC	England and Wales High Court
IMC	Intensive Case Management
IPP	Imprisonment for Public Protection
JLC	Junta de Libertad Condicional
JVP	Juez de Vigilancia Penitenciaria
LC	Libertad Condicional
LO	Ley Orgánica
LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria
MCA	Member Case Assessment
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PB	Parole Board
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PPCS	Public Protection Casework Section
PPR	Prisión permanente revisable
PSI	Prison Service Instruction
PSO	Prison Service Order
RP	Reglamento Penitenciario
SAP	Sentencing Advisory Panel
SC	Sentencing Council
SGC	Sentencing Guidelines Council
SPT	Subcomité para la prevención de la tortura
TC	Tribunal Constitucional
TCCP	Tabla de concurrencia de circunstancias peculiares
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo

TVR

Tabla de variables de riesgo

UKHL

United Kingdom House of Lords

UKSC

United Kingdom Supreme Court

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO PRIMERO: LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE EN ESPAÑA Y LAS PENAS DE PRISIÓN INDETERMINADAS EN EL REINO UNIDO	11
I. LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE EN ESPAÑA	11
1. Introducción	11
2. El sistema de penas actual en el Código Penal español: especial referencia a la pena de prisión	11
A. Clases de penas	11
B. La pena de prisión	13
C. La prisión permanente revisable y la prisión ordinaria. Delimitación conceptual	17
D. Valoración sobre los límites máximos de las penas de prisión: penas de larga duración	18
3. Los antecedentes legislativos de la prisión perpetua y de las largas penas de prisión	19
A. Códigos penales históricos	20
A.1. Código Penal de 1822	20
A.2. Código Penal de 1848	22
A.3. Código Penal de 1850	23
A.4. Código Penal de 1870	23
A.5. Código Penal de 1928	24
A.6. Código Penal de 1932	25
A.7. Código Penal de 1944 (y texto refundido 1973)	26
A.8. Conclusiones	27
B. Código Penal actual de 1995 y posteriores modificaciones	27
B.1. Las sucesivas modificaciones. En especial las LLOO 7/2003 y 5/2010 y el anteproyecto de reforma de 2012	29
B.2. Conclusiones	34
4. La prisión permanente revisable: una primera aproximación	37
A. La reforma penal de 2015. Fundamentación de la reforma y proceso legislativo	37
A.1. Motivos de la inclusión de la PPR en el CP	37
A.2. Valoración crítica de la motivación de la reforma	39
A.2.1. Análisis desde la prevención general	40

A.2.1.1. Argumentos relacionados con la prevención general positiva	41
A.2.1.2. Argumentos relacionados con la prevención general negativa	44
A.2.2. Análisis desde la prevención especial	53
A.2.3. Análisis desde la retribución	62
A.3. Conclusiones y valoración crítica	65
B. Ámbito de aplicación e individualización	72
B.1. Delitos castigados con la PPR	72
B.2. Observaciones y críticas sobre los delitos previstos para la PPR ..	74
B.2.1. Asesinato hiperagravado por razón del sujeto pasivo	74
B.2.2. Asesinato hiperagravado por su vinculación con otro hecho delictivo	78
B.2.3. Asesinato hiperagravado por razón del sujeto activo	81
B.2.4. Asesinato hiperagravado por asesinato múltiple	83
B.2.5. Delitos de genocidio y de lesa humanidad	84
B.2.6. Delitos contra la corona	86
B.3. Individualización de la PPR	85
B.4. Conclusiones y valoración crítica	88
II. LAS PENAS DE PRISIÓN INDETERMINADAS EN EL REINO UNIDO	91
1. Introducción	91
2. Las fuentes principales del derecho sobre la determinación de la pena ..	91
A. La ley (<i>Statute</i>)	93
B. Directrices para la determinación de la pena	94
C. Decisiones judiciales	102
3. El proceso hacia una pena proporcional	103
A. Los fines de la pena y el principio de proporcionalidad	104
B. La valoración de la gravedad del delito: culpabilidad y daño	107
4. Las penas de prisión	109
A. Las penas determinadas. Definición	110
B. Las penas indeterminadas	111
B.1. Definición	111
B.2. Requisitos legales para la aplicación de las penas indeterminadas	
B.2.1. La cadena perpetua preceptiva	112
B.2.2. Las penas basadas en la “peligrosidad”. Los “Delincuentes peligrosos” en la Ley de 2003	116

B.2.2.1. La cadena perpetua discrecional (<i>discretionary life sentence</i>)	119
B.2.2.2. La prisión para la protección de la sociedad (<i>Imprisonment for Public Protection, IPP</i>)	122
B.2.2.3. La cadena perpetua por la comisión del segundo delito (<i>life sentence for the second offence</i>)	125
B.2.2.4. La pena extendida o la prisión seguida de libertad vigilada (<i>extended sentence</i>)	129
B.3. La fijación del plazo mínimo de cumplimiento antes de optar a la libertad condicional (período punitivo o tarifa)	132
B. 4. La peligrosidad como fundamento para la aplicación de algunas penas indeterminadas de la Ley de 2003	135
B.4.1. Tipo de delito y nivel de riesgo exigidos	136
B.4.2. La evaluación de la peligrosidad	140
5. Recapitulación y valoración crítica	141

CAPÍTULO SEGUNDO: LÍMITES Y GARANTÍAS DE LAS PENAS INDETERMINADAS Y DE LARGA DURACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL Y LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

147

I. LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS DE PRISIÓN, CON ESPECIAL MENCIÓN A LAS DE LARGA DURACIÓN Y LA CADENA PERPETUA	147
1. Introducción	147
2. Las “fuentes” del derecho penitenciario. Instrumentos internacionales sobre los derechos de los reclusos	148
3. El régimen penitenciario	152
A. Principios que rigen la ejecución penitenciaria	152
B. Principio de no segregación y planes adicionales.....	156
C. Peligrosidad y cadena perpetua	158
4. La salida de prisión.....	163
A. Los permisos de salida	163
B. La libertad condicional.....	165
B.1. La libertad condicional como derecho universal de todo condenado.....	166
B.2. Sistema de revisión: La fecha y los criterios de revisión	169
B.3. Garantías procesales	173
B.4. Preparación para la libertad condicional	175

B.5. Condiciones a cumplir durante la libertad condicional y su incumplimiento	177
5. Conclusiones	179
II. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	183
1. Introducción	178
2. Artículo 3 CEDH: Prohibición de penas inhumanas o degradantes	183
A. Consideraciones generales	183
B. Características de las penas de prisión que vulneran el art. 3 CEDH	185
B.1. La pena muy desproporcionada (grossly disproportionate)	185
B.2. La pena irreductible. Cinco principios que garantizan la reductibilidad de la pena	187
B.2.1. El principio de legalidad o calidad de la ley. Derecho a conocer desde el inicio las condiciones a cumplir para alcanzar la libertad condicional	188
B.2.2. El plazo de revisión	192
B.2.3. El principio de las razones penológicas que justifican la continuación de la privación de libertad	194
B.2.4. La rehabilitación como obligación positiva	205
B.2.5. Garantías procesales	204
B.2.6. Consideraciones finales	215
C. Recapitulación y valoración crítica	215
3. Art. 5.1.a CEDH: La privación de libertad para el cumplimiento de una pena de prisión	219
A. Consideraciones generales	219
B. Garantías que ha de respetar la privación de libertad	223
B.1. La legalidad desde una doble perspectiva: el derecho doméstico y el Convenio	224
B.2. Mantenimiento de la base legal de la privación de libertad durante toda la ejecución de la pena de prisión: “Relación de causalidad”	226
B.2.1. Identidad de causa o fundamentación entre la privación de libertad inicial y su continuación: La peligrosidad como base para la continuación de la privación de libertad	226
B.2.2. Relación entre el objetivo de la sentencia y el lugar y las condiciones de ejecución: Exigencia del acceso a programas de reinserción	235
C. Recapitulación	243
4. Artículo 5.4 CEDH: El control de legalidad de la privación de libertad.	246
A. Consideraciones generales	246

B. Ámbito de aplicación del art. 5.4. Penas indeterminadas. Circunstancias susceptibles de cambio. Evolución jurisprudencial	250
C. El plazo de revisión	255
C.1. Revisión inicial	255
C.2. Revisiones periódicas: “intervalos razonables”	256
D. Derechos y garantías procesales	259
D.1. La audiencia	260
D.2. Acceso a la información y carácter judicial del órgano	262
D.3. Diferencias entre la revisión Vinter (art. 3) y revisión post tarifa (art. 5.4)	265
E. Recapitulación	267
5. Artículo 7 CEDH: Principio de legalidad e irretroactividad de las penas desfavorables. El control sobre el régimen de ejecución de la pena de prisión	262
A. Consideraciones generales	262
B. Ámbito de protección del art. 7	270
B.1. El significado del término “ley”	270
B.2. El significado del término “delito”	272
B.3. El significado del término “pena”	275
B.3.1. Los criterios Welch	275
B.3.2. Diferencia entre pena y ejecución. Evolución jurisprudencial	279
C. Recapitulación	285
6. Recapitulación general	287

CAPÍTULO TERCERO: EL SISTEMA DE REVISIÓN DE LAS PENAS INDETERMINADAS Y LA CONCESIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL EN EL REINO UNIDO Y ESPAÑA	290
I. REINO UNIDO	295
1. Introducción	295
2. Órgano competente para otorgar la libertad condicional: la Junta de Libertad Condicional	296
A. Breve referencia histórica	296
B. Reglas e instrucciones para el funcionamiento de la Junta de Libertad Condicional	298
C. Composición de la Junta de Libertad Condicional	300
D. Estatus jurídico: dudas sobre su independencia y carácter judicial	301

3. El impacto de la jurisprudencia del TEDH sobre el procedimiento de concesión de la libertad condicional	303
4. El proceso hacia la libertad condicional	307
A. La revisión pre-tarifa y la recomendación sobre el traslado al régimen abierto	308
A.1. El procedimiento	309
A.2. Dificultades para alcanzar el 3º y su repercusión en la libertad condicional	311
B. La revisión post-tarifa y la decisión sobre la concesión de la libertad condicional	313
B.1. Momento en el que se efectúa la revisión	314
B.1.1. Las penas indeterminadas	314
B.1.2. La pena de prisión extendida.....	315
B.2. Procedimiento anterior a la creación de los Comités de Cadena Perpetua Discrecional	318
B.3. Procedimiento posterior a la creación de los comités de Cadena Perpetua Discrecional (Discretionary Lifer Panels) en 1992	319
B.3.1. Evolución desde 1992 hasta la actualidad	319
B.3.1.1. Derecho a una audiencia para las personas condenadas a cadena perpetua discrecional	320
B.3.1.2. Extensión de la audiencia a todas las penas indeterminadas y el sistema de filtro	320
B.3.1.3. La celebración de la audiencia sólo en determinados casos. Derecho a solicitarla, no exigirla	322
B.3.1.4. Ampliación de las situaciones en las que se requiere la celebración de una audiencia: La equidad como principio rector	324
B.3.2. Las diferentes fases del procedimiento actualmente en vigor	327
B.3.2.1. La revisión preliminar por escrito	327
B.3.2.2. La celebración de la audiencia	330
5. Régimen durante la libertad condicional y su duración	338
6. La revocación de la libertad condicional	340
7. Recapitulación y valoración crítica	342
II. ESPAÑA	349
1. Introducción. El sistema penitenciario	349
2. Permisos de salida	352
A. Concepto, finalidad y naturaleza jurídica	352
B. Clases de permisos	354

C.	Requisitos para la concesión de permisos ordinarios.....	355
C.1.	En las penas de prisión ordinarias	355
C.2.	En las penas de PPR	361
C.3.	Dificultades derivadas de la situación penitenciaria e índice de concesiones	364
C.4.	Recapitulación y valoración crítica.....	366
D.	Procedimiento de concesión y consecuencias de la revocación	368
3.	Tercer grado enitenciarario	369
A.	Concepto, finalidad e índice de concesiones	369
B.	Requisitos para la concesión	370
B.1.	En las penas de prisión ordinarias	371
B.1.1.	Requisito temporal: Periodo de seguridad.....	371
B.1.2.	Requisito valorativo	374
B.1.3.	Revisiones de grado: progresión y regresión	375
B.1.4.	Otros requisitos: pago de la responsabilidad civil y, en terrorismo, abandono de los fines y colaboración con las autoridades	378
B.2.	En las penas de PPR	380
B.2.1.	Requisito Temporal	380
B.2.1.1.	Supuestos en los que la PPR resulta más favorable que la prisión ordinaria.....	383
B.2.1.2.	Supuesto en el que la PPR resulta más desfavorable que la prisión ordinaria.....	386
B.2.2	Requisito valorativo: Pronóstico de reinserción social	386
C.	Procedimiento de clasificación en grados. Breve referencia	389
4.	Libertad condicional.....	390
A.	Finalidad y naturaleza jurídica	390
B.	Índice de concesiones y reincidencia	392
C.	Requisitos para su concesión	394
C.1.	En las penas de prisión ordinarias	394
C.2.	En las penas de PPR	398
C.2.1.	Introducción: la revisión de la pena y su vinculación a la libertad condicional	398
C.2.2.	El requisito temporal: plazo de 25 años o más	399
C.2.3.	El pronóstico favorable de reinserción social	402
C.2.4.	Valoración crítica de la revisión prevista en el art. 92 CP, desde la perspectiva comparada: normativa internacional, TEDH y Reino Unido	413
C.2.4.1.	El tratamiento: Medidas adicionales y planes de compensación	413

C.2.4.2. Los criterios de revisión realistas o de facto alcanzables	418
C.2.4.3. El plazo de revisión y su vinculación a la tarifa inglesa. La revisión Vinter y la revisión post-tarifa en la PPR	425
C.2.4.4. La probabilidad de reiteración delictiva	433
C.2.4.4.1. Tipo de delito de probable comisión..	433
C.2.4.4.2. Grado de probabilidad	438
D. Régimen aplicable durante la libertad condicional	440
D.1. Duración de la libertad condicional y las prohibiciones y deberes a cumplir	440
D.2. La revocación	443
D.3. Modificación, alzamiento y prórroga de las prohibiciones y deberes	450
E. El procedimiento de revisión: concesión de la libertad condicional	450
F. El procedimiento de revocación. Breve referencia	458
G. Remisión definitiva.....	459
5. Problemas de constitucionalidad de la PPR	461
CONCLUSIONES FINALES	462
BIBLIOGRAFÍA CITADA	509
JURISPRUDENCIA CITADA	539
NORMATIVA Y OTROS INSTRUMENTOS JURÍDICOS	544

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Objeto de estudio

El presente trabajo de investigación tiene como objeto de estudio la regulación de la prisión permanente revisable (en adelante, PPR), para lo cual se desarrolla un análisis comparado que se instrumenta, fundamentalmente, en dos parámetros que sirven de fuentes de información y contraste. El primero de ellos lo constituyen las implicaciones que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), cuyo estudio permite conocer cuáles son los límites y las garantías que, de acuerdo con la doctrina de aquel tribunal, deben respetar las penas de prisión indeterminadas y de larga duración. El segundo parámetro se localiza en el modelo de pena indeterminada existente en el Reino Unido y el sistema de revisión utilizado en ese país, que en ciertos aspectos puede ser un referente a seguir, y cuya regulación además ha sido moldeada a la luz de los pronunciamientos emitidos por el Tribunal de Estrasburgo sobre aspectos relacionados tanto con la determinación de la pena como del sistema de revisión. Así mismo, complementaremos el estudio con los estándares que derivan de los textos internacionales y la interpretación que de ellos realizan los órganos de protección y monitoreo de los reclusos.

La PPR constituye la novedad más destacada que introduce la reforma del Código Penal (CP) llevada a cabo por la LO 1/2015 de 30 de marzo y la primera vez en democracia que se introduce una pena de duración indeterminada. Se trata de un castigo que, además de innecesario y carente de justificación, puede vulnerar la prohibición de penas inhumanas. Es cierto que antes de la introducción de la PPR nuestro sistema de penas permitía aplicar penas de prisión de muy larga duración, en algunos casos hasta equiparables *de facto* a la cadena perpetua, pero la nueva PPR supone un cambio cualitativo por la indeterminación expresa y declarada de la duración, que deja al reo en una situación de incertidumbre y de inseguridad jurídica. Una persona que cumple una pena indeterminada no tiene garantizada una fecha de liberación, lo que tendrá sin duda un impacto sobre el modo en que experimenta el interno el tiempo de ejecución¹.

Este importante cambio de paradigma sitúa en un punto central el procedimiento de revisión de la pena y obliga a prestar especial atención a su ejecución. La existencia de un sistema de evaluación es ineludible en el caso de las penas indeterminadas como condición de legitimidad, porque permite garantizar un horizonte de libertad y reduce, en

¹ VAN ZYL, *Life imprisonment*, p. 3. Véase también, recientemente, para una perspectiva general sobre la cadena perpetua a nivel global y las cuestiones relacionadas con la libertad condicional, VAN ZYL y APPLETON, *Life imprisonment, passim*.

cierto grado, el impacto que la indeterminación de la pena tiene sobre la ejecución. Como señalan VAN ZYL y SNACKEN, la decisión sobre cuándo se va a alcanzar la libertad es de importancia primordial, incluso existencial, para las personas presas². Sin embargo, como trataremos de explicar y fundamentar, la simple configuración de ese sistema no es suficiente para afirmar la compatibilidad de la PPR con el CEDH. Por las razones indicadas, el foco principal de esta tesis se centra en el estudio del sistema de revisión articulado por el legislador, aunque sin olvidar el análisis del fundamento y fines teóricos sobre los que se asienta la nueva pena y la elección de los delitos a los que se dirige.

La aparición de la nueva pena de prisión no está desvinculada del contexto social y político en el que emerge. La PPR nace en un momento histórico como el actual que se caracteriza por una intensa preocupación por la seguridad y una sobreestimación del riesgo, lo que se termina por anudar a un cierto deslizamiento hacia el llamado derecho penal de la seguridad o derecho penal de la peligrosidad³. Los Estados tienden a expandir el ámbito de aplicación de la ley penal y adelantarse a la comisión de delitos, utilizando para ello, diferentes opciones, entre las que se incluye la adopción de penas de prisión de duración indefinida. La nueva PPR es un buen ejemplo de ese modelo penal, ya que condiciona la finalización de la pena a la eliminación de la “peligrosidad criminal” que, además, como iremos fundamentando a lo largo de esta contribución, es resultado de una presunción. Aunque para la aplicación de esta pena no se realiza un estudio individualizado que permita comprobar la existencia de esa circunstancia, el legislador parte de la presunción de que la persona que ha cometido algún delito para los que se prevé la PPR presentará, después de cumplida la pena, riesgo de volver a delinquir, dejando por ello sin determinar la fecha de finalización de la pena y exigiendo, como condición para poder salir de prisión, un pronóstico favorable de reinserción.

Lo anterior nuevamente pone de manifiesto la centralidad que adquiere el sistema de revisión, lo que obliga a analizarlo con atención. El modelo diseñado por el legislador español para la PPR se articula sobre una serie de variables como la mencionada peligrosidad y otras que se proyectan, en gran parte, sobre aspectos del pasado que son inmodificables (entre ellos, las circunstancias del delito o los antecedentes). Ello suscita diversos interrogantes como, por ejemplo, la idoneidad de los criterios revisores como instrumentos adecuados de ponderación entre la seguridad de la sociedad y la libertad del preso; cuestiones también relativas a la carga de la prueba, es decir, si es el preso o, por

² VAN ZYL y SNACKEN, *European Prison Law*, p. 316.

³ SILVA, “El retorno de la inocuización”, *passim*; y DÍEZ RIPOLLÉS, *Política criminal*, p. 69 y ss.

el contrario, el Estado quien debe probar la existencia del pronóstico favorable; o si esta pena supone para el estado un plus en lo que se refiere a sus obligaciones durante la fase de la ejecución, como la puesta a disposición del reo de recursos suficientes y adecuados para que pueda superar con éxito el momento de la revisión de la pena y la vuelta a la sociedad sea *de facto* posible.

Desde la aprobación del llamado *CP de la democracia*⁴, la política criminal cada vez más aflictiva ha hegemonizado las reformas penales que se han ido produciendo desde 1995. Así, la PPR se encuadra dentro de una línea constante de progresivo endurecimiento del código penal, constituyendo la expresión más reciente de la tendencia a aumentar la duración de las penas y a agravar el régimen de ejecución. Después de emplear distintas fórmulas como el aumento del límite máximo de cumplimiento de la pena, la introducción del llamado cumplimiento íntegro de las penas y el periodo de seguridad o la adición de una medida de seguridad como la libertad vigilada que se ejecuta tras el cumplimiento de la pena de prisión, como colofón o remate final, en la última reforma del Código Penal, además de aumentar las penas de los delitos de homicidio y asesinato, y tras algún intento por introducir la custodia de seguridad (en el Anteproyecto de 2012⁵), ha acabado por decantarse por un modelo sustantivo de prisión perpetua por más que el nombre –prisión permanente revisable- parezca querer eludir su verdadera naturaleza.

Mediante la introducción de una pena de duración indeterminada se pretende ejercer un control estricto sobre el momento de la puesta en libertad de la persona condenada para prevenir la reincidencia. La prevención del crimen es, sin duda, una de las razones que explican y legitiman la existencia del derecho penal y una de las funciones esenciales de la pena de prisión. Sin embargo, cuando se trata de medidas preventivas, uno de los problemas que éstas plantean es que su articulación legal descansa en juicios probabilísticos de prognosis que trasladan al condenado la carga de la prueba sobre su futura conducción de vida dificultando, más allá de estándares razonables en un Estado de Derecho, su pronóstico de reinserción. De tal manera que el estándar de exigencia para afirmar un pronóstico favorable de reinserción que permite poner en libertad al reo acaba

⁴ Véase la Exposición de Motivos del Código Penal de 1995 donde se define el Código Penal como una especie “Constitución en negativo”; redacción dada por Juan Alberto Belloch, entonces Ministro de Justicia.

⁵ La custodia de seguridad tuvo un corto recorrido, ya que fue propuesta junto con la PPR en el Anteproyecto de reforma del Código Penal de 16 de julio de 2012 (Disponible en <http://www.juecesdemocracia.es/ActualidadMJU/2012/Anteproyecto%20de%20reforma%20de%20CP%202012.pdf>. Último acceso 2.5.2019), pero en el siguiente Proyecto de reforma de 2013 desapareció (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados X legislatura. Series A: Proyectos de Ley, 4 de octubre de 2013, Núm. 66-1, Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal). Aunque se tratase de una medida de seguridad privativa de libertad se preveía para las personas imputables y se ejecutaba después de la pena de prisión, con una duración máxima de diez años.

por ser mucho más duro que el equivalente sobre cuya base se asienta la imposición del castigo⁶.

El debilitamiento de las garantías sustantivas y procesales que se acaba de apuntar, se puede apreciar en la regulación de la PPR. El TEDH ha podido constatar que la regulación de ciertas penas preventivas no respeta el contenido esencial de algunos derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Ese Tribunal ha estudiado de forma extensa e intensa los problemas que plantean esas penas, tanto en lo que respecta a su compatibilidad con el principio de proporcionalidad y la garantía de la reductibilidad (que obliga a establecer un sistema de revisión que permita “reducir” la duración indeterminada, ofreciendo al reo la posibilidad de recuperar la libertad), como a su conformidad con otros derechos sustantivos y procesales relacionados con la revisión de la pena. Por esa razón, resulta de gran interés examinar la jurisprudencia de ese tribunal para conocer esos límites y garantías, lo que sin duda aportará una fuente de información valiosa que servirá para analizar de forma crítica la PPR.

Más allá de los estándares de Estrasburgo, metodológicamente se ha recurrido a un contraste sistemático con la regulación del Reino Unido a la búsqueda de otra fuente de información crítica complementaria, dada la extensa tradición de aquel país en la aplicación de penas indeterminadas, donde además los pronunciamientos del TEDH han sido especialmente prolijos. En relación con dichos pronunciamientos, cabe destacar el impacto trascendental que han tenido en su legislación interna, propiciando cambios en el sistema de revisión de esas penas y un debate sobre sus fundamentos de gran riqueza y potencial. El análisis de la regulación de las diferentes penas indeterminadas existente en ese país y de su sistema de revisión, por tanto, nos ofrecerá un modelo de referencia imprescindible en esta materia, que nos permitirá anticiparnos y fundamentar criterios sólidos para la solución de los múltiples problemas que sin duda habrán de surgir en España en la aplicación todavía incipiente de la institución de la PPR.

La cadena perpetua también ha atraído la atención de los organismos internacionales favoreciendo la adopción de diferentes estándares tanto a nivel universal (ONU) como regional y en particular en el contexto del Consejo de Europa. Los instrumentos internacionales más relevantes y la interpretación de los mismos realizada por parte de

⁶ Afirma SCHAUER, “Prevention”, p. 2 y 10-22, que el problema de las medidas preventivas no es tanto que sean preventivas, sino que a menudo se basan en probabilidades predictivas más bajas que las que exige el derecho penal a la hora de establecer una condena

los órganos de control convencional (como el Comité para la Prevención de la Tortura, CPT) han ido decantando unos estándares sustantivos sobre los derechos de las personas presas y la ejecución penitenciaria que constituyen un referente importante. Referente sobre el que, en este trabajo, se articula una tercera aproximación metodológica que se añade a los ya señalados estudios particulares del Reino Unido y de la jurisprudencia del TEDH.

1.2. Estructura del trabajo

Una vez delimitados los tres pilares sobre los que metodológicamente se asienta esta tesis pasamos a explicar, de forma más sistemática, la estructura del trabajo y el orden de exposición. El estudio se compone de tres capítulos que a su vez se dividen, cada uno de ellos, en dos apartados.

Capítulo primero

El capítulo primero se destina al estudio del régimen legal y de imposición de la PPR y del conjunto de penas indeterminadas existentes en el Reino Unido, respectivamente. Mediante un análisis descriptivo se pretende dar a conocer cuáles son las condiciones o requisitos legales que se exigen para la aplicación de esas penas y la fundamentación. Ese análisis permite afirmar que, a pesar de que la PPR y la mayoría de las penas indeterminadas del Reino Unido tienen como finalidad prevenir la reincidencia, impidiendo la salida de prisión de las personas consideradas peligrosas, ciertos aspectos de su regulación evidencian un acercamiento a la inocularización y a la máxima retribución, que confirma la vigencia del modelo de derecho penal securitario y el desplazamiento del derecho penal de la culpabilidad.

El primer apartado de este capítulo está dedicado a la nueva PPR española, como prolegómeno, cumpliendo una función propedéutica a modo de avance y punto de partida del estudio comparado. Su análisis exige, en primer lugar, situar la nueva PPR dentro de nuestro sistema de penas. Por ello, primeramente, se comienza haciendo una referencia a la pena de prisión, para conocer los límites máximos de cumplimiento que establece el Código Penal y cuándo pueden ser superados y de esa forma comprender mejor cuál es el salto cualitativo que supone esta pena respecto a las ya existentes. Así mismo, se realiza un recorrido por los antecedentes legislativos de la prisión perpetua, empezando por los Códigos penales históricos y continuando con el Código Penal de 1995 y las sucesivas reformas. En segundo lugar, se analiza la fundamentación de la reforma y las razones que han llevado al legislador español a incluir esta pena en el Código Penal, con una mirada

crítica desde las diferentes finalidades que cumple la pena de prisión. A continuación, se analiza el ámbito de aplicación de la PPR, realizando observaciones críticas sobre la elección y la regulación de los supuestos previstos y destacando también las reducidas posibilidades de individualizar la pena de las que dispone el juez. De esta forma, quedan sugeridos algunos puntos fundamentales de atención que establecen las claves de bóveda sobre las que se apoyará el estudio comparado a la búsqueda, desde un principio, de una exposición sistemática de la regulación inglesa, pero orientada a establecer criterios de contraste crítico con el derecho español.

El segundo de los apartados está dedicado a la regulación de las distintas modalidades de penas indeterminadas existentes en el Reino Unido. Antes de explicar las condiciones legales que se exigen para la imposición de esas penas, se realiza un breve recorrido por las principales fuentes del derecho inglés sobre la determinación de la pena, dado que la individualización de la pena en aquel país difiere en aspectos esenciales del sistema español. Así, se hace mención especial a las llamadas Directrices para la determinación de la pena (*Sentencing Guidelines*) que son emitidas por un Consejo específico (*Sentencing Council*) compuesto por 14 miembros expertos y que actualmente regulan la mayoría de materias relacionadas con la determinación de la pena. Igualmente, se hace mención al principio de proporcionalidad que constituye un hito fundamental en el *common law* en un sentido que entraña particularidades que deben ser previamente exploradas y presentadas. Ese principio que, como en la Europa continental, exige que la duración de la pena sea proporcional a la gravedad del delito cometido (lo que implica valorar la culpabilidad del infractor y el daño causado), debe ponderarse, como veremos, de forma un tanto particular en el caso de las personas condenadas a penas indeterminadas para evitar que otros fines, como la disuasión, lo acaben por anular. Por último, nos centraremos en el siempre complejo ámbito de la peligrosidad criminal, que constituye el fundamento de la aplicación de la casi totalidad de las penas indeterminadas y, más concretamente, se subrayarán los matices clave que rodean a la determinación del tipo y nivel de riesgo que se exigen para poder imponer aquellas penas.

Capítulo segundo

El segundo capítulo está dedicado al estudio de los límites y garantías de las penas indeterminadas y de larga duración que se recogen y derivan de la normativa internacional y la jurisprudencia del TEDH. Se pretende, en definitiva, determinar el estándar emergente de control en esta materia.

En el primer apartado se hace un recorrido por los diferentes instrumentos internacionales adoptados para la protección de las personas presas que se centran en aspectos de la ejecución y la revisión de las penas de prisión (en particular de las penas indeterminadas y de larga duración). El objetivo es destacar los estándares de ejecución que se derivan de esos textos y de la interpretación que de ellos hacen los órganos de protección y monitoreo de los derechos de los presos, como el CPT o el Subcomité para la prevención de la tortura (SPT), para dar a conocer los principios que deben regir la ejecución penitenciaria y las garantías que han de respetarse durante la revisión de la pena. Se confirma el protagonismo y centralidad que se otorga al derecho a la reinserción como derecho humano de toda persona condenada, sin exclusión de aquellas que cumplen cadena perpetua, destacando la necesidad insoslayable de implementar planes adicionales en el caso de esas penas para que la vuelta a la sociedad sea una posibilidad real. Igualmente se confirma la importancia de los procedimientos de revisión de las penas, a través del reconocimiento de garantías sustantivas y procesales.

En el segundo apartado, se aborda la jurisprudencia del TEDH relativa a ciertos derechos humanos reconocidos en el CEDH que están directamente relacionados con las penas largas privativas de libertad y la cadena perpetua. Concretamente el estudio se detiene en los debates de ese tribunal al analizar la compatibilidad de esas penas con el derecho a no recibir penas inhumanas o degradantes (art. 3), el derecho a la libertad y a la revisión de la pena (art. 5.1 y 5.4), y el derecho a no cumplir una pena más grave que la vigente en el momento de los hechos (art. 7). A lo largo de los diferentes pronunciamientos que ha ido emitiendo, el Tribunal ha ido perfilando de forma progresiva una serie de garantías y límites a la imposición de esas penas, cuyo cumplimiento es necesario para poder afirmar que la privación de la libertad se adecua a los derechos que protege el Convenio. Como se podrá comprobar, el Tribunal de Derechos Humanos no se ha limitado a reconocer sin más el derecho a la esperanza (que se concreta en la exigencia de la *reductibilidad* de la pena), sino que ha establecido una serie de garantías adicionales que permiten controlar y limitar la aplicación de penas indeterminadas excesivamente severas y desproporcionadas. Entre ellas se encuentra la garantía de la “relación de

causalidad”⁷, que implica la obligación de que exista una identidad de fundamento entre el mantenimiento de la privación de libertad y la condena y también una relación o conexión entre la condena y las condiciones materiales de ejecución. En esta tesis se irán desgranando y explicando con detalle esas y otras garantías y también se destacará la evolución jurisprudencial producida en torno al derecho a la revisión (art. 5.4) y al principio de legalidad (art. 7), cambio que ha permitido ampliar la protección conferida por esos preceptos.

Capítulo tercero

El tercer y último capítulo se ocupa del sistema de revisión previsto para las penas indeterminadas en el Reino Unido y España, que tiene como finalidad determinar si procede o no conceder la libertad condicional.

En el primer apartado se describe el procedimiento de revisión previsto en el país vecino, que se desarrolla en dos momentos, antes y después de cumplir la tarifa o pena mínima. Este sistema ha estado caracterizado por la “lucha” desencadenada entre el ejecutivo y la Junta de Libertad Condicional (JLC, el equivalente a nuestro Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y cuyo nombre original es *Parole Board*), por ostentar la potestad de controlar la salida de prisión de las personas condenadas a penas indeterminadas, pasando gradualmente ese poder a manos del citado órgano. En esa evolución, los pronunciamientos del TEDH han sido esenciales para la mejora del sistema, impulsando una progresiva judicialización y la ampliación de las garantías.

No obstante, se ha podido comprobar que el poder político aún retiene cierta capacidad para dificultar la puesta en libertad de esos condenados. Ello puede apreciarse al estudiar la diferente regulación prevista para las dos revisiones clave que tienen un impacto directo sobre la libertad condicional. La desigual protección que se observa en lo relativo a las garantías procesales que se otorgan al preso y la injerencia del ejecutivo son prueba de ello. Como se explicará en profundidad, en la revisión pre-tarifa el preso no tiene derecho a una vista oral y además es la Secretaría de Estado quien tiene la potestad exclusiva para decidir acerca de la concesión del régimen abierto; la JLC sólo puede recomendarlo. En la revisión post-tarifa, en cambio, sí se celebra una vista oral para decidir si se concede la libertad condicional y esa competencia corresponde a la Junta de libertad condicional; sin embargo, ésta solo tiene poder para ese asunto, lo que

⁷ El TEDH utiliza el término “*causal connection*” que ha sido traducido por el juez Josep Casadevall de ese tribunal como “relación de causalidad” o “nexo causal”. Sin embargo, para evitar confusiones con el término “relación de causalidad” utilizado en la teoría del delito, se ha optado por emplear otros términos como relación de fundamentación, identidad de causa, identidad de fundamento o identidad de fundamentación.

significa que no podrá recomendar el tercer grado, por ejemplo, cuando considera que no procede otorgar la libertad condicional, pero sí sería aconsejable que disfrutase del tercer grado. Existen, no obstante, otros aspectos del sistema de revisión inglés que merecen, por el contrario, un juicio positivo y que proveen un suelo crítico para informar el análisis de derecho español. Así, debe destacarse lo que se refiere a la celebración de la audiencia con participación directa del preso o la composición multidisciplinar de la Junta de libertad condicional.

Una vez estudiado este aspecto central de la normativa inglesa, se pasará a abordar el sistema español previsto para la nueva pena de PPR, con el que se cierra la presente investigación. Será momento de desplegar todos los criterios acumulados, tanto de derecho comparado como desde los estándares internacionales, para una revisión de *lege lata* y de *lege ferenda* de la PPR. Por ello, además de describir las diferentes fases que han de superarse para proceder a la revisión de la pena y las características del nuevo sistema que ha diseñado el legislador español, se explicará cómo debería ejecutarse la revisión para su adecuado acomodo a la jurisprudencia del TEDH y a la normativa internacional y qué aspectos del modelo inglés podrían suponer una mejora. La finalidad es, en síntesis, realizar una valoración crítica de la revisión prevista por el legislador español desde una perspectiva comparada que permita sugerencias garantistas tanto de *lege lata* como de *lege ferenda*. Esto último, más allá de los aspectos informativos que se derivan de los capítulos iniciales, se volcará en las conclusiones finales que cierran esta contribución.

CAPÍTULO PRIMERO: LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE EN ESPAÑA Y LAS PENAS DE PRISIÓN INDETERMINADAS EN EL REINO UNIDO.

I. LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE EN ESPAÑA.

1. Introducción

Con el objeto de analizar la regulación de la PPR y su fundamentación, nos centraremos en tres apartados principales.

En primer lugar, con la finalidad de explicar cuál es el sistema punitivo al que se incorpora la nueva pena de prisión, se realiza un recorrido por el sistema de penas, con especial mención a la pena de prisión para conocer cuáles son los límites máximos de cumplimiento que establece el Código Penal y las posibilidades que existen de rebasar esos toques legales en casos de concurso de delitos, así como de que la pena se cumpla de forma íntegra en prisión. De esta forma, se pretende, por un lado, dar a conocer el rigor punitivo que caracteriza al sistema español y, por otro, comprender cuál es la diferencia y el cambio de paradigma o salto cualitativo que supone la nueva pena de prisión indeterminada respecto a las ya existentes.

En un segundo bloque, se analizan los antecedentes legislativos de la prisión perpetua y de las penas de prisión de larga duración, haciendo primero un repaso por los Códigos Penales históricos, y pasando posteriormente a explicar las sucesivas reformas que se han producido desde la aprobación del CP de 1995, llegando así a los antecedentes más inmediatos de la PPR.

La tercera y última parte se dedica específicamente a la PPR. Para ello, se expone la fundamentación o los motivos que han llevado al legislador a incluir esa pena en el Código Penal, valorando de forma crítica esas razones con una mirada desde las diferentes finalidades que cumple la pena de prisión. Así mismo, se describe el ámbito de aplicación de la PPR con aportación de algunas observaciones y críticas sobre la elección y regulación de los delitos previstos y destacando también las escasas posibilidades de individualización que existen.

2. El sistema de penas actual en el Código Penal español: especial referencia a la pena de prisión.

A. Clases de penas.

El sistema de penas actual se encuentra regulado en el Título III del Libro I del Código Penal, que se divide a su vez en tres capítulos: las clases de penas y sus efectos

(Capítulo I)⁸, las reglas de aplicación de las penas (Capítulo II)⁹ y las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y la libertad condicional (Capítulo III)¹⁰.

El Código penal español realiza una clasificación tripartita de las penas aplicables en función de su naturaleza: las penas privativas de libertad, las penas privativas de otros derechos y la pena de multa (art. 32).

Dentro de la primera categoría, las penas privativas de libertad, encontramos la prisión permanente revisable, la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (art. 35). Estas penas suponen la privación del derecho de libertad ambulatoria, entendida como la facultad de moverse o trasladarse sin restricciones por el territorio español.

La segunda categoría, las penas privativas de otros derechos, suponen una limitación de derechos políticos, civiles o profesionales, dentro de las cuales se encuentran las inhabilitaciones (absolutas o especiales para cargos públicos, para determinados trabajos o actividades, para la patria potestad, tutela, guarda o curatela, para el derecho a ser elegido para cargo público o para cualquier otro derecho), la suspensión de cargo público y una serie de privaciones de distintos derechos: la privaciones del derecho a conducir, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos y, por último, los trabajos en beneficio de la comunidad (art. 39). Algunas de estas penas pueden imponerse no sólo como penas principales señaladas al delito, sino también como accesorias de otras penas principales. Así, por ejemplo, la pena de prisión igual o superior a diez años llevará aparejada como accesoria la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena (art. 55).

Por último, dentro de la tercera categoría encontramos la pena de multa. Se trata de una sanción pecuniaria que menoscaba el patrimonio del condenado. Se establecen dos sistemas diferentes en la imposición de la pena de multa: el sistema de días-multa y el sistema de multa proporcional. Como regla general, esta pena se impondrá con arreglo al sistema de días-multa (art. 50). El segundo sistema sólo se establece en determinados delitos (como, por ejemplo, en delitos contra la Hacienda Pública o delitos relacionados con el tráfico de drogas) y se establece en función del daño causado como consecuencia de la comisión del delito, de su objeto o del beneficio reportado (art. 52).

⁸ Arts. 32-60.

⁹ Arts. 61-79.

¹⁰ Arts. 80-94.

Una vez establecido el contexto en el que se sitúan las penas de prisión y la prisión permanente revisable, figura central del presente trabajo, en el siguiente apartado nos centraremos exclusivamente en la pena de prisión.

B. La pena de prisión.

El actual Código penal establece un modelo punitivo que pivota sobre la pena de privación de libertad¹¹ y dentro de este grupo, las penas de prisión ocupan un lugar predominante, siendo la pena principal para la mayoría de delitos¹². Lejos de tratar de pasarla a un segundo plano, el legislador ha ido aumentando su intensidad, de manera que nunca ha perdido su posición como pena fundamental en los diferentes sistemas punitivos que se han ido sucediendo con el paso del tiempo.

Las penas de prisión se clasifican en función de su gravedad y duración, en penas graves y menos graves (art. 33), encontrándose dentro de las penas graves, en primera posición, la prisión permanente revisable y, a continuación, la prisión superior a 5 años. Dentro de las penas menos graves se encuentran la prisión de tres meses hasta cinco años.

En cuanto a los límites mínimos y máximos de las penas de prisión, salvo en el caso de la PPR que no tiene un límite máximo, la pena de prisión, conforme al art. 36.2 del CP, tiene una duración mínima de 3 meses y máxima de 20 años, salvo lo que excepcionalmente disponga el Código Penal, ya que en ciertos delitos como, por ejemplo, el asesinato, el límite llega a los 25 años¹³. Esos límites se refieren a los casos en los que sólo se ha cometido un delito.

Sin embargo, el límite máximo de 20 años puede aumentar en los casos de concurso de delitos hasta los 40 años de prisión (concurso real, art. 76). Existe concurso de delitos cuando el mismo sujeto comete varios hechos que constituyen otros tantos delitos (si ninguno ha sido cometido después de haber recaído condena por alguno de ellos) o cuando un solo hecho constituye dos o más delitos¹⁴. En el primer caso se habla de concurso real, mientras que en el segundo se produce un concurso ideal. Dentro del concurso real, el CP distingue el supuesto de que uno de los delitos sea medio necesario

¹¹ DÍEZ RIPOLLÉS, “Sistema de penas”, p. 24.

¹² CID, “El sistema penitenciario”, p. 15.

¹³ Son varios los delitos que llevan penas superiores a 20 años: 1) El asesinato básico (art. 139.1) y el asesinato cualificado (art. 139.2, pena de hasta 25 años); el homicidio de los ascendientes o descendientes del Rey o la Reina, de la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia (art. 485.2, pena de hasta 25 años); dentro de los delitos terroristas, el secuestro o detención ilegal cuando no se dé razón del paradero de la persona (art. 573 bis.12º, hasta 25 años); y el delito de rebelión (art 473.2 hasta 30 años).

¹⁴ La única acción realizada puede infringir varias disposiciones legales o varias veces la misma disposición. En el primer caso, estamos ante tipos delictivos homogéneos (la bomba del terrorista que mata a varias personas) o heterogénea (la bomba mata y produce daños materiales), otro ejemplo de del tipo delictivo heterogéneo, sería el caso del puñetazo a una autoridad cuando se halle ejecutando las funciones de su cargo (lesiones y atentado).

para cometer otro (concurso medial)¹⁵. Por último, encontramos el delito continuado, el cual es un caso especial de concurso real.

En el caso de concurso real, la regla general es la acumulación material o aritmética (art. 73), pero este principio de acumulación matemática conduce (unido al sistema de cumplimiento sucesivo, art.75¹⁶), si no se limita de algún modo, a penas draconianas inaceptables con la valoración global de todos los delitos y con la sensibilidad jurídica¹⁷. Como señala la autora DE VICENTE, la finalidad de dicho precepto no es otra que limitar la estancia en prisión del condenado, porque se entiende que los fines de reeducación y resocialización no podrían alcanzarse cuando el tiempo de duración de las condenas llega hasta unas cotas que superan los límites generales establecidos por el propio sistema¹⁸. Por esa razón, la regla general de la acumulación aritmética se limita por medio de la acumulación jurídica (art. 76). Por tanto, en principio deberán sumarse todas las penas impuestas; sin embargo, la suma no podrá exceder los límites que establece el art. 76. En primer lugar, no podrá ser superior al triple del tiempo previsto para el delito más grave¹⁹, pero además, dicho máximo no podrá exceder de 20 años, por lo que si el triple de la mayor da como resultado una pena superior a 20 años, no podrá imponerse esa pena, sino que la pena a cumplir será de 20 años. En consecuencia, el límite general en el caso de concurso real de delitos es de 20 años. Excepcionalmente ese límite de 20 años puede elevarse hasta los 25, 30 o 40 cuando estemos ante delitos para los que la ley prevé penas elevadas, esto es, de hasta 20 años o superiores. Así, en caso de que alguno de los delitos esté castigado por la ley con una pena de hasta 20 años, la pena a cumplir será de 25 años. Si a alguno de los delitos le correspondiera una pena superior a 20 años, entonces el límite máximo a cumplir sería de 30 años. Finalmente, si al menos dos delitos están castigados con una pena superior a 20 años, el límite se establecerá en 40 años. Ese límite de 40 años rige también para los delitos de terrorismo, aunque en ese caso es suficiente con que sólo uno de los delitos esté castigado con pena de prisión superior a 20 años²⁰.

¹⁵ BERDUGO, *DP PG*, p. 397. MIR PUIG, *DP PG*, p. 677. En un principio se entendió (PACHECO) que ello sólo ocurre cuando el delito fin no puede cometerse nunca, por su propia naturaleza, sin el delito medio (necesidad en abstracto). Sin embargo, hoy se interpreta la necesidad en un *sentido concreto*: en el caso concreto un delito no pueda producirse sin el otro.

¹⁶ Las penas privativas de libertad no pueden ser cumplidas simultáneamente entre sí, dado que exigen la presencia física del penado en un lugar determinado, no pudiendo estar en otro al mismo tiempo. En cambio, las penas privativas de libertad sí pueden cumplirse al mismo tiempo con la pena de multa y con las penas privativas de derechos.

¹⁷ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *DP PG*, p. 500.

¹⁸ DE VICENTE, *Acumulación de condenas*, p. 199.

¹⁹ El triple de la más grave ha de fijarse separadamente, sin convertir en años los meses de prisión. No se deben convertir en años los meses que exceden de doce, ni los excesos de días en meses o años. Véase DE VICENTE, *Acumulación de condenas*, pp. 77-80

²⁰ Las referencias al concurso de delitos cuando una de las penas impuesta es la PPR, se realizarán en el capítulo tercero, apartado II.

Dicho esto, hay que aclarar que, aunque la ley establezca estos límites que pueden llegar hasta los 40 años, ese tope puede ser superado cuando existen delitos sucesivos y otros ya han sido juzgados²¹. La razón por la cual los límites fijados por la ley, en ocasiones, no son aplicables lo encontramos en el art. 76.2, que indica que “la limitación se aplicará, aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, o hubieran sido en primer lugar”²². Por tanto, no se podrán acumular aquellas condenas por delitos que ya han sido juzgados antes de la comisión del delito que da lugar a la última condena que se pretende acumular²³.

Por otra parte, incluso cuando sí se pueden aplicar los límites que señala el art. 76, es posible que la ejecución de la pena impuesta se cumpla de forma íntegra en prisión, es decir, sin disfrutar de los beneficios penitenciarios. Para limitar el excesivo beneficio que pudiera suponer la aplicación de los límites máximos de la pena de prisión establecidos por el art. 76, el legislador del 95 introdujo el art. 78, conocido como cumplimiento íntegro o efectivo de las penas. De este modo, se permite al juez que, en los casos de acumulación de penas por varios delitos, cuando a consecuencia de la aplicación de los límites contenidos en el art. 76 la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma de todas las penas a imponer, los beneficios penitenciarios se apliquen teniendo en cuenta la suma total de las penas y no el límite jurídico²⁴. Este artículo afecta tanto a la calificación

²¹ Una consecuencia de ello es que actualmente hay gente, unas 1500 personas, cumpliendo penas de hasta 100 años. RÍOS, <https://www.youtube.com/watch?v=IYymX3e0Cz0>, minuto 1:20 del programa (último acceso 4.5.2019).

²² Antes de la reforma del 2015 la redacción de ese artículo hacía referencia tanto a la conexión temporal como material (art. 76.2 “la limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo”). Sin embargo, jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo sólo aceptaba la conexión temporal (que es la única excepción que recoge la redacción actual), es decir, que las condenas que se pretende acumular guarden entre sí una conexión temporal que se concreta en la exigencia de que los hechos delictivos que han dado lugar a las sentencias que se quiere acumular hubieran podido ser enjuiciados en un mismo proceso. Así, por ejemplo, la STS, Sala 2ª, de 2 febrero 2012: “(...) *Son acumulables todas las condenas por delitos que no estuviesen ya sentenciados en el momento de la comisión del hecho que ha dado lugar a esta última resolución, con independencia de que tuviesen analogía o relación entre sí, pues todos ellos podrían haber sido enjuiciados en un solo proceso*”. El segundo de los cambios se refiere a la fecha que determina el cómputo de la acumulación, que ya no será la de la primera sentencia, sino la de la celebración de juicio que da lugar a la primera condena. Para mayor información sobre los criterios utilizados para la acumulación jurídica, así como los cambios producidos con la LO 1/2015 (con jurisprudencia incluida), véase DE VICENTE, *Acumulación de condenas*, pp. 215-307.

²³ Para más información sobre los delitos y condenas que no pueden ser acumuladas, véase DE VICENTE, *Acumulación de condenas*, pp. 447-567. A modo de ejemplo, no se pueden acumular el delito de quebrantamiento de condena, los delitos cometidos en el seno de la propia institución ni tampoco los cometidos durante las salidas al exterior a través de un permiso penitenciario, el régimen abierto o la libertad condicional. Dos razones, una de carácter legal y otra de política criminal excluyen la acumulación. La primera, es que el hecho cometido después de la firmeza de la sentencia no pudo ser objeto del mismo proceso en que esa sentencia se dictó. La segunda, es la irremediable impunidad que de antemano tendría garantizada el reo por los delitos posteriores, una vez se hubieren alcanzado los límites que la suma jurídica de las penas no permite rebasar.

²⁴ Posteriormente este precepto ha sufrido dos reformas, una en el 2003 y otra en el 2015. La LO 7/2003 mantuvo como regla general la aplicación facultativa del art. 78, pero cuando se trata de los supuestos previstos en el art. 76.1 (apartados a, b, c y d), es decir, los casos de concurso real de delitos en los que una de las penas es de 20 años o superior, el art. 78 adquiere carácter preceptivo (art. 78.2), aunque de forma excepcional, en atención a las circunstancias del reo se prevé la posibilidad de acordar la aplicación de la regla general (78.3). Esta excepción no alcanza, sin embargo, a los delitos de terrorismo o delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, ya que en esos casos sólo se podrá alcanzar el tercer grado cuando quede por cumplir una quinta parte y, la libertad condicional, cuando quede por cumplir

en el tercer grado penitenciario, como a los permisos de salida y a la libertad condicional²⁵.

En relación con el concurso ideal y medial, ambos se hallan regulados en el art. 77CP, que le dispensa un trato más favorable que el correspondiente al concurso real, en atención a que sólo concurre un hecho²⁶. Hasta la reforma operada por la LO 1/2015 ambas clases de concurso, ideal y medial, eran objeto de un tratamiento legal unitario²⁷. Con la actual regulación, sin embargo, reciben un tratamiento jurídico diferenciado. En el primer caso, como señala el art. 77.2, se aplicará la pena más grave en su mitad superior (esta era la regulación aplicable a ambas modalidades de concurso antes de la última reforma). En el segundo caso, sin embargo, según el art. 77.3, se impondrá una pena superior a la que corresponde a la infracción más grave (este inciso tercero fue el que se introdujo en la última reforma). En ambos casos, la pena que resulte de la aplicación de esas reglas no podrá exceder la suma de las penas concretas que se hubieran aplicado si se penaran separadamente las infracciones. Si se excede ese límite, se sancionarán las infracciones por separado.

Existe también la modalidad del delito continuado, el cual es un caso especial de concurso real que consiste en una pluralidad de acciones u omisiones que se realizan en distinto tiempo, pero en análogas ocasiones, es decir, todas ellas son parte de un plan preconcebido (dolo unitario) o se ha debido al aprovechamiento de idéntica ocasión (el modus operandi empleado es idéntico o parecido en cuanto a los métodos o instrumentos utilizados), infringiendo el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, a consecuencia de lo cual se ofende a uno o varios sujetos²⁸. El delito

una octava parte (78.3 a y b). En lo que respecta a los cambios introducidos por la última reforma operada por la LO 1/2015, ésta modifica la redacción anterior del art. 78.2, como consecuencia de lo cual deja de ser preceptiva la aplicación del art. 78.1 para los supuestos recogidos en el art. 76.1, a,b, c y d, por tanto, la restricción que prevé el art. 78 es siempre potestativa. Sin embargo, nuevamente en los delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, se siguen manteniendo de forma obligatoria los mismos plazos para poder acceder al tercer grado y a la libertad condicional, como se hacía en la redacción de 2010. CERVELLO *Prisión perpetua*, p. 148, sostiene que teniendo en cuenta los plazos que se establecen para los casos de terrorismo, ello conduce de nuevo a penas materialmente perpetuas, aunque formalmente no lo sean. Sobre la aplicación del art. 78, en concreto del nuevo art. 78bis, en el caso de la PPR nos referiremos *infra* Capítulo tercero, apartado II.

²⁵ En el año 2006 el Tribunal Supremo realizó una nueva interpretación (STS, sala 2ª, 197/2006, de 28 de febrero de 2006) sobre el límite máximo de 30 años recogido en el artículo 70.2 (CP de 1973) para los casos de acumulación de penas, conocida como doctrina Parot. A partir de entonces ese plazo no actuaría como una pena nueva a efectos de aplicar la redención de penas por el trabajo (institución recogida en el art. 100 del CP de 1973), lo que suponía que los 30 años no podrían nunca reducirse como se estaba haciendo hasta ese momento, sino que debían de cumplirse siempre de forma íntegra en reclusión. Por tanto, teniendo en cuenta que el art. 78 obliga a calcular el tercer grado y la libertad condicional sobre el máximo de penas impuesto y no sobre el máximo legal recogido en la ley, podemos afirmar que la doctrina Parot, elaborada por el Tribunal Supremo en el año 2006, fue la aplicación retroactiva del art. 78. Nos referiremos en mayor profundidad a la doctrina Parot y el pronunciamiento del TEDH, *infra* capítulo segundo, apartado II.

²⁶ MIR PUIG, *DP PG*, p. 674.

²⁷ El art. 77.2 anterior a la reforma del 2015 disponía que “En estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones.”

²⁸ Como bien expone MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *DP PG*, p. 502, se exige el cumplimiento de unos elementos objetivos y otros subjetivos. Dentro de los elementos objetivos se exige la homogeneidad del bien jurídico

continuado se caracteriza porque cada una de las acciones que lo constituyen representan ya de por sí un delito consumado o intentado, pero todas ellas se valoran juntas como un solo delito²⁹.

Según el art. 74.1, la pena correspondiente será la señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado. Según el art. 74.2, si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuanto el perjuicio total causado. Este inciso segundo se refiere a la figura conocida con el nombre de “delito masa” o de “sujeto pasivo masa”. En estas infracciones contra el patrimonio, el Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas. El art. 74 no es aplicable cuando se trate de bienes inminentemente personales, a excepción de los delitos contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva.

C. La prisión permanente revisable y la prisión ordinaria. Delimitación conceptual.

La pena de prisión permanente revisable es una novedad que introduce la LO 1/2015 de 30 de marzo. El Código Penal no recoge ninguna definición de esta nueva pena; la Exposición de Motivos (II) ofrece una breve información sobre los delitos que dan lugar a la imposición de esta pena y señala que tras el cumplimiento íntegro de una parte de la condena se puede obtener la libertad condicional si se acredita la reinserción. Como podemos observar, esta información no sirve para entender la diferencia entre la prisión permanente revisable y la pena de prisión ordinaria, ya que también en esta última ha de cumplirse un tiempo de condena y acreditar la reinserción para poder disfrutar de la libertad condicional.

La diferencia fundamental entre ambas penas consiste en que, en el caso de la PPR, no existe un límite máximo de años de cumplimiento, ya que la sentencia condenatoria no fija ningún plazo concreto que ha de ejecutarse. Al dictar sentencia, el juez impone una pena sin fijar su duración de modo determinado, por tanto, se carece de un horizonte de libertad. En cambio, en el caso de las penas de prisión ordinarias, siempre existe una fecha tope (por muy elevada que ésta pueda ser), a partir de la cual es

lesionado, del *modus operandi* y una conexión espacial y temporal. Dentro del elemento subjetivo se exige el dolo unitario, es decir, un designio criminal común a las diversas acciones realizadas.

²⁹ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *DP PG*, p. 501.

obligatorio poner en libertad a la persona presa (independientemente de que haya o no disfrutado de la libertad condicional), dado que ese plazo no puede superarse. Las penas de prisión ordinarias son penas que tienen una duración determinada, lo que significa que, al cumplir la fecha establecida en la sentencia, la condena habrá finalizado. En otras palabras, el sujeto condenado a una pena de prisión ordinaria conoce, desde el inicio de su cumplimiento, la fecha en la que la pena se entenderá cumplida.

En el caso de la PPR, aunque, como su nombre indica, puede ser revisada (a los 25 años, como regla general³⁰), lo que significa que tras esa revisión puede decidirse a favor de la puesta en libertad de la persona que cumple esa pena, la finalización completa de esa pena siempre dependerá de una valoración positiva por parte del tribunal³¹. El objeto de esta tesis se centrará especialmente en esta revisión, en concreto, en los criterios y las garantías que han de regir a la hora de valorar la concesión de la libertad condicional.

D. Valoración sobre los límites máximos de las penas de prisión: penas de larga duración.

Como hemos expuesto anteriormente, aunque el art. 36.2 CP establezca un límite máximo de 20 años, nuestro sistema de penas permite la aplicación de penas de prisión de 25, 30 y hasta 40 años, que cabe considerarlas como penas de larga duración. Legalmente no existe un número de años concreto que trace un límite definido entre lo que es una pena de corta duración y una de larga duración, pues ello depende de la valoración que se realice y el punto de vista que se tome como referencia. Sin embargo, la doctrina y también algún texto normativo internacional, han ofrecido algunas definiciones de lo que considera como prisión de larga duración.

Para precisar este concepto podemos tomar como referencia tres enfoques: el concepto internacional, el concepto criminológico y el concepto jurídico.

De acuerdo con el concepto internacional, el párrafo 1 de la Recomendación sobre los presos con penas de larga duración, Recomendación 2003 (23) del Consejo de Europa³², se entiende que una pena de prisión³² por un tiempo de 5 años o superior (ya sea por uno o por varios delitos) puede ser clasificada de larga duración, lo que vendría a equivaler a una prisión grave del art. 33.2.b CP español. Sin embargo, esta definición

³⁰ Art. 92.1.a. Sin embargo, en caso de concurso de delitos la fecha de revisión general de 25 años puede ascender a 28, 30 o 35 (art. 78bis punto 2.b y 3).

³¹ A diferencia de lo que sucede en el caso de las penas ordinarias o determinadas donde es el JVP quien decide sobre la concesión de la libertad condicional (art. 90.1), en la PPR la competencia la ostenta el tribunal (art. 92.1.c). Sobre esta materia nos centraremos en el capítulo tercero, apartado II.

³² Recomendación 2003(23) de 9 de octubre de 2003, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la gestión por parte de la administración penitenciaria de los condenados a cadena perpetua y otras penas de prisión de larga duración.

abarcaría gran parte de las penas establecidas para los delitos que recoge el Código Penal y, por tanto, es una definición excesivamente amplia a efectos del objeto de este trabajo, cuyo foco principal es la prisión permanente revisable.

Una segunda definición, de carácter criminológico, cabría establecerse a partir del criterio psicológico que, con base en las investigaciones criminológicas, considera que una pena superior a 15 años tiene para el recluso un efecto desocializador, ya que provoca graves inconvenientes para la efectiva reincorporación del penado a la sociedad³³.

Por último, en cuanto a la definición jurídica, siguiendo a LANDA, las penas de muy larga duración se definirían como aquellas que se acercan a los límites máximos de cumplimiento establecidos por el CP tanto para los delitos únicos como acumulables en los arts. 36.2 y 76, es decir, 20, 25, 30 y 40 años³⁴. En la misma línea, DÍEZ RIPOLLÉS considera penas muy largas de prisión aquellas penas superiores a 20 años y penas largas de 10 a 20³⁵.

En este trabajo, partiremos de un concepto jurídico y, más concretamente, de la definición dada por estos dos últimos autores, ya que, si atendemos al límite de revisión que establece el Código Penal para la PPR, éste se fija, como regla general, en 25 años, lo que significa que en principio una persona que cumple esa pena podría ser puesta en libertad tras ese periodo. Por lo tanto, todas aquellas penas que se acerquen o superen ese límite serán también de nuestro interés. Aunque la figura principal de este trabajo es la PPR, existen penas de prisión que por su elevada duración pueden ser equiparables a aquella en sus efectos, por ello, las conclusiones que se extraigan tras el estudio detallado de la PPR serán también aplicables a estas penas de larga duración.

3. Los antecedentes legislativos de la prisión perpetua y de las largas penas de prisión.

Históricamente, la prisión a perpetuidad no ha sido una figura ajena a nuestro ordenamiento penal. Sin embargo, no ha sido contemplada por los textos penales más recientes, concretamente los elaborados durante el siglo XX. Tras una irregular regulación de la prisión a perpetuidad a través de puntuales menciones en los Códigos penales de 1822, 1848 y 1870, el Código Penal de 1928 fue el primero en eliminarla³⁶.

³³ Se considera comprobado que las penas superiores a quince años producen graves daños en la personalidad del recluso. Entre todos, véase MIR PUIG, *DP PG*, p. 720; BERDUGO y otros, *Curso de Derecho Penal*, p. 448; véase también el Informe del Comité Europeo para la prevención de la tortura y de las penas y tratos inhumanos y degradantes (CPT, Informe de la visita a España en 2013).

³⁴ LANDA, "Prisión perpetua", p. 2.

³⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, "Sistema de penas", pp. 14 y 19.

³⁶ En realidad, fue el Código Penal de 1932 el que eliminó la cadena y la reclusión, habida cuenta que el denominado "Código Gubernativo de 1928" fue anulado el 15 de abril de 1931. El CP de 1932 incluyó en la misma Exposición de Motivos el propósito de derogar las penas perpetuas para humanizar el Código.

El Código Penal de 1822 contemplaba, por primera vez, dos formas de privación perpetua de libertad: los *trabajos perpetuos* y la *reclusión por el resto de su vida*, que se constituía como una figura alternativa de la anterior para ancianos y mujeres. Posteriormente, el artículo 24 del Código Penal de 1848 contemplaba dos modalidades de privación de libertad permanente: la *cadena perpetua* (sucesora de los trabajos perpetuos) y la *reclusión perpetua*. El Código Penal de 1870 mantuvo el mismo esquema y denominación, pero establecía que los condenados a la reclusión a perpetuidad podían ser liberados a los treinta años de cumplimiento mediante un indulto³⁷. Fue el Código de 1928 quien eliminó del catálogo de penas la cadena perpetua y la reclusión a perpetuidad, si bien es cierto que permitía los internamientos indeterminados de incorregibles, quedando por tanto ciertos resquicios de sus antecesores. A partir de este código se impuso la pena de reclusión mayor con el límite de 30 años, como la pena más grave a imponer³⁸.

A. Códigos penales históricos.

A.1. Código Penal de 1822.

El Código Penal de 1822 contemplaba, por primera vez, dos formas de privación perpetua de libertad. La primera, denominada *trabajos perpetuos*, era particularmente penosa. Consistía en la imposición de trabajos perpetuos en los que el condenado era encerrado de por vida en un establecimiento destinado a tal efecto, donde el recluso tenía que realizar esos trabajos atado a una cadena y en las labores más duras y penosas, no teniendo más descanso que el estrictamente necesario, y que sólo cesaba en casos de enfermedad³⁹. El Código Penal contemplaba unas excepciones, ya que esta pena no podía imponerse a los presbíteros, diáconos y subdiáconos, ni a las mujeres, ni tampoco a los sexagenarios⁴⁰. La segunda, la denominada *Reclusión por el resto de su vida* era una figura alternativa a los trabajos perpetuos, cuya aplicación se establecía en función de la edad del reo y el sexo, ya que estaba prevista para los mayores de sesenta años y las mujeres⁴¹.

³⁷ MAPELLI, “La cadena perpetua”, p. 28.

³⁸ El Código Penal de 1944 reintrodujo la pena de muerte, pero no hizo lo mismo con la reclusión a perpetuidad. Tras la abolición de la pena de muerte por la Constitución de 1978 tampoco se rehabilitó la pena de privación de libertad perpetua.

³⁹ Según establecía el artículo 47 “*Los reos condenados a trabajos perpetuos serán conducidos al establecimiento más inmediato de esta clase, y en él estarán siempre y absolutamente separados de cualesquiera otros. Constantemente llevarán una cadena que no les impida trabajar, bien unidos de dos en dos, bien arrastrando cada uno la suya. Los trabajos en que se ocupen estos delincuentes serán los más duros y penosos; y nadie podrá dispensárselos sino en caso de enfermedad, ni se les permitirá más descanso que el preciso.*”

⁴⁰ Arts. 66-69 del CP de 1822.

⁴¹ Arts. 66 y 67 del CP de 1822.

El sistema punitivo que recogía el CP de 1822 se basaba en la intimidación y tenía la intención de crear una situación de miedo en el futuro delincente, quien se abstraería de cometer el acto delictivo por temor a las consecuencias, entre las que se encontraba la *pena de muerte*. A pesar de ello, según ONECA, se vislumbran ciertos matices de humanidad como la prohibición de la tortura y un trato de compasión hacia el condenado tras la notificación de la condena⁴².

Como se observa, el hecho de que este Código fuera el primero basado en las ideas de la Ilustración no constituyó un obstáculo para que incluyese una pena tan cruel como la de trabajos perpetuos, la cual seguía en gravedad a la de muerte. Debe tenerse en cuenta que así como los ilustrados, o muchos de ellos, se opusieron a la pena capital, defendieron la de privación de libertad de por vida. La mayoría izaron la bandera de la prevención general negativa y a favor de esta sanción decían que se trataba de una medida de castigo eficaz para intimidar, para causar al grueso de la población la mayor impresión posible, más incluso que la pena de muerte, porque los ciudadanos la tienen presente durante mucho tiempo, aparte de que permitía restringir la aplicación de la pena capital, en crisis en prácticamente toda Europa.

No obstante, en el Código Penal de 1822 se realizó un intento conciliador de diversos fines de la pena, así, a pesar de que la prevención general negativa era la que predominaba⁴³, también se le daba mucha importancia a la regeneración del delincente, a su corrección⁴⁴, a lo que contribuyó la tradición senequista y cristiana. Tanto es así que se preveía que, en caso de darse muestras de arrepentimiento y enmienda, se pudiera sustituir la pena de trabajos perpetuos, después de haberse cumplido diez años de condena, por la de deportación⁴⁵. Por otra parte, también cabía la posibilidad de que al condenado a trabajos perpetuos se le concediese un indulto.

Estas dos referencias tienen un indudable interés histórico, pero en ningún caso responden a un claro antecedente de la prisión perpetua⁴⁶, porque ninguna de las dos penas tenía como contenido la privación de libertad, es decir, la privación de libertad no era el fin principal⁴⁷.

⁴² ONECA, “Código Penal de 1822”, pp. 263-278.

⁴³ En los arts. 39, 40, 42, 45, 46 y 97 se deduce la orientación preventivo general negativa, un tratamiento atemorizante. Todos ellos hacen referencia a la forma en que se lleva a cabo la ejecución de la pena de muerte, que será pública y se anunciará el nombre del condenado y el delito por el que se le castiga castigado en voz alta y mediante carteles visibles.

⁴⁴ Como destacó CASABÓ, a pesar de que la finalidad intimidatoria era la que predominaba, resulta difícil encontrar un texto punitivo donde la corrección del delincente tuviese tanta relevancia (PONER NOMBRE AUTORA). Véase CASABÓ, *El Código Penal de 1822*, pp. 360 y ss. Son diversos los preceptos del Código Penal de 1822 de los que se desprende dicha vocación correccional, como, por ejemplo, de los arts. 144 a 148 (que tratan de la rebaja de las penas de aquellos delincentes que se arrepientan y de la rehabilitación de los mismos).

⁴⁵ Art. 44 del CP de 1822.

⁴⁶ CERVELLÓ, *Prisión perpetua*, p.45.

⁴⁷ MAPELLI, “La cadena perpetua”, p. 28. Como explica CERVELLÓ, *Prisión perpetua*, p. 45, en cuanto a los trabajos perpetuos, su contenido no era la privación de libertad y además pasados diez años el Juez podía sustituirla por la

A.2. Código Penal de 1848.

Este Código mantiene la idea de intimidación ya presente en el Código de 1822, manteniendo la pena de muerte y la accesoria de argolla⁴⁸. La intimidación y la retribución son las ideas prioritarias⁴⁹. En cuanto a las penas perpetuas, la pena de *trabajos perpetuos* no estaba prevista en el Código Penal de 1848, pero esto no quiere decir que desapareciera, más bien cambió de nombre. Dicha pena se convirtió en la *cadena perpetua*⁵⁰. Así, el CP de 1848 introdujo dos modalidades de pena perpetua: la *cadena perpetua* y la *reclusión perpetua*.

En cuanto a la *cadena perpetua*, al igual que los trabajos forzados, aparte de la privación de libertad llevaba aparejada la obligación de llevar siempre una cadena al pie pendiente de la cintura o asida a otro penado y trabajar en beneficio del Estado en trabajos duros y penosos, aunque con una excepción: el tribunal, después de comprobar la edad, la salud, el estado o cualquier otra circunstancia del reo, podía indicar en la sentencia que aquél tenía que ocuparse de los trabajos inferiores del establecimiento⁵¹. Su cumplimiento se reservaba a los penales de África, Canarias o Ultramar.

En relación con la *reclusión perpetua*, los condenados a ella estaban también obligados a realizar trabajos forzados en beneficio del Estado, pero, a diferencia de la cadena perpetua, en este caso la pena no incluía la cadena unida al pie, ni la extrema penosidad del trabajo⁵² y su cumplimiento podía ser en establecimientos dentro o fuera de la Península, pero no en África o Ultramar, por lo que podemos afirmar que esta pena no era tan severa como la anterior.

La diferencia de este Código con el de 1822 es que en éste se suprime la posibilidad de sustitución por arrepentimiento o enmienda, pero se mantiene dicha sustitución por motivos humanitarios; así, cuando el varón condenado a cadena perpetua tuviera sesenta años antes de dictarse la sentencia, o llegara a dicha edad cuando ya fuera sentenciado, la condena se cumplía en una casa de presidio mayor; lo mismo ocurría en el caso de las mujeres, independientemente de su edad⁵³. Así mismo, el monarca continuaba pudiendo indultar a los condenados a perpetuidad.

deportación y, en cuanto a la reclusión para el resto de su vida, su imposición se debía al único papel de sustituir la pena de trabajos perpetuos a los mayores de sesenta años y mujeres.

⁴⁸ Tal y como se establecía en el art. 113 *el sentenciado a argolla precedía al reo de pena capital conducido en caballería y suficientemente asegurado y al llegar al suplicio era colocado en un asiento sobre el cadalso, en el que permanecía mientras duraba la ejecución, asido a un madero por una argolla que se le ponía al cuello.*

⁴⁹ CERVELLÓ, *Prisión perpetua*, p. 46.

⁵⁰ Art. 6 del CP de 1848

⁵¹ Art. 96 del CP de 1848

⁵² Art. 100 CP de 1848

⁵³ Así se recogía en los arts. 98 y 99 CP de 1848.

Una parte de la doctrina afirmaba que la perpetuidad de la pena impedía la corrección de los delincuentes, pues desmoralizaba al culpable, en lugar de corregirlo, le arrancaba toda esperanza de volver a la sociedad, y destrozaba el arrepentimiento y la rehabilitación moral⁵⁴, aunque la justificaban y defendían para ciertos supuestos graves y siempre como sustituta de la pena de muerte. Así, VIZMANOS y ÁLVAREZ, aunque no defendieron de manera expresa los sufrimientos a los que eran sometidos los condenados a cadena perpetua, sí los toleraban, principalmente porque permitían sustituir la pena de muerte y reducir su aplicación, reservándola para los delitos más graves. La cadena perpetua era una pena gravísima, pero no presentaba los defectos de la pena capital, cuyo campo de aplicación continuaba limitándose.⁵⁵ Por tanto, se consideraba que el establecimiento de la pena perpetua era una forma de evitar la pena de muerte. En otras palabras, tanto sufrimiento era necesario, ya que como señalaba PACHECO, de no ser tan grave y terrible, la consecuencia sería la multiplicación de manera inconveniente de la pena capital⁵⁶. Además, se consideraba suficiente la figura del indulto para supuestos excepcionales en los que existía arrepentimiento.

A.3. Código Penal de 1850.

El Código Penal de 1848 fue reformado por Real Decreto de 30 de junio de 1850, pero los retoques fueron mínimos y en lo que se refiere al régimen jurídico de la pena perpetua, no presenta modificaciones respecto al de 1848.

A.4. Código Penal de 1870.

En este Código Penal (que era una reforma del de 1848), se sigue manteniendo la cadena perpetua y la reclusión perpetua como formas de prisión perpetua, pero sufre algunas modificaciones respecto a su antecesor, si bien es cierto que su estructura principal se mantiene. Dichas modificaciones se refieren principalmente a la supresión de la pena accesoria de argolla y de las cadenas que unían a los presos entre sí.

La novedad más importante que aparece en este Código es la concesión del indulto a juicio del Gobierno a aquellos individuos que hayan cumplido ya una pena de treinta años de prisión, a no ser que por su mala conducta o por cualquier otra circunstancia grave no lo merecieran⁵⁷. La importancia de esta nueva norma radica en que la concesión del indulto al condenado una vez cumplidos treinta años en prisión es la regla general, lo que

⁵⁴ COLLANTES, “Encierro perpetuo”, p. 59.

⁵⁵ VIZMANOS y ÁLVAREZ, *Comentarios*, pp. 347-348 y 351 (citado en COLLANTES, “Encierro perpetuo”, p. 58).

⁵⁶ PACHECO, *El Código Penal*, pp. 322 y 462.

⁵⁷ Art. 29 CP de 1870.

quiere decir que sólo excepcionalmente en los casos de mala conducta o por cualquier otra circunstancia grave, dicho indulto no se concedería⁵⁸.

Así, se empieza a observar en este Código de 1870 una cierta flexibilización en la dureza de las penas, ya que se reducen a un plazo máximo de tres años los trabajos penosos realizados por el condenado, lo que supone una reducción en la severidad de las penas que, unido a la regla general de la concesión del indulto una vez cumplidos treinta años de prisión, hacen afirmar que con este Código se inicia la decadencia de la perpetuidad de las penas en la legislación española.

A.5. Código Penal 1928.

El Código Penal que se aprobó en 1928 era distinto al de 1870, con orientaciones nuevas y con innovaciones tan extraordinarias que no puede considerarse de modo alguno una revisión del anterior⁵⁹. Fue éste, el primer Código que suprimió de manera expresa la cadena perpetua y la reclusión a perpetuidad (aunque llama especialmente la atención que se mantenga la pena de muerte). La pena siguiente a la pena de muerte, por orden de gravedad, era la pena de reclusión o prisión de duración temporal comprendida entre dos meses y un día hasta los treinta años⁶⁰.

En lo que se refiere a la pena de prisión, con el Código Penal de 1928 se vislumbra una cierta modernización en el sistema de ejecución de las penas. Se avanza hacia un sistema progresivo como forma de cumplimiento de las penas, que dividía la ejecución de la pena de prisión en varias fases (siendo la primera el aislamiento celular y la última la libertad condicional), al tiempo que establecía diferentes figuras penitenciarias como comunicaciones con el exterior, trabajo y disciplina⁶¹. Por tanto, se empezaba a dejar patente que la principal función en el cumplimiento de las penas era la corrección y reinserción⁶² del penado en la sociedad.

Sin embargo, a pesar de la ausencia de la cadena o reclusión perpetua, existía una salvedad dirigida a los delincuentes reincidentes, ya que éstos debían ser internados por tiempo indeterminado en establecimientos o departamentos destinados a incorregibles si los Jueces entendían que la nueva pena no iba a producir la enmienda del culpable⁶³. Así

⁵⁸ CERVELLÓ, *Prisión perpetua*, p. 51.

⁵⁹ GONZÁLES COLLANTES, “Encierro perpetuo”, p.65.

⁶⁰ Art. 108 CP de 1928. Así mismo, en caso de ser el condenado a muerte indultado, dicha pena se entendía sustituida por una pena de treinta años de reclusión prisión, como señalaba el art. 116, con el condicionante de no poder ser licenciado si haber cumplido cuando menos de las dos terceras partes de prisión o reclusión.

⁶¹ Art. 171 CP de 1928

⁶² Es conocido que existen distintos matices entre los diferentes términos “reinserción”, “rehabilitación”, “reeducación” o “corrección”, en cuyo análisis no se entrará en este trabajo, haciendo uso de ellos de forma indistinta y equivalente. Sobre el contenido del término reinserción y sus diferentes concepciones, véase, entre otros, MAPELLI, *Principios, passim*; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, passim*; y MIR PUIG, “¿Resocialización?”, pp. 35-41; y GARCÍA-PABLOS, *Estudios penales*, pp. 17-96

⁶³ Art. 157 párrafo 1º CP de 1928.

mismo, también cabía la posibilidad de que, en caso de que el juez no hubiera adoptado la medida anterior, si una vez cumplida la pena de prisión el reo no estaba corregido, podía empezar el cumplimiento de una medida de seguridad de la misma naturaleza⁶⁴. Sin embargo, en ambos casos la privación de libertad, aunque era indefinida, el mismo tribunal que había adoptado tales medidas debía revisarlas de forma periódica⁶⁵, con la finalidad de apreciar si persistía o no la peligrosidad social subsistente en el penado y la capacidad de reintegración social.

En opinión de GONZÁLEZ COLLANTES, lo anterior pone en evidencia que la supresión de la perpetuidad, al menos en algunos casos, era únicamente aparente. Esta supresión de las penas de encierro a perpetuidad implicó una ampliación de la extensión de las temporales, pero afortunadamente esta agravación se compensaba con la incorporación de la figura de la libertad condicional⁶⁶.

A.6. Código Penal de 1932.

En este Código Penal se sigue manteniendo la supresión de la cadena perpetua y la reclusión perpetua, aboliéndose también la pena de muerte. La pena más grave a imponer era la de reclusión mayor, reservada a los hombres, cuya duración se estableció entre 20 años y un día y 30 años, pero ya no se admitían excepciones a la excarcelación de los condenados después de cumplir ese plazo, ya que, al desaparecer el indulto del Gobierno, la liberación se producía de forma automática, sin necesidad de que se concediese el indulto. A las mujeres no se les imponía esa sanción, pero también podían estar encerradas cumpliendo una pena privativa de libertad hasta un máximo de treinta años.

Cabe señalar, asimismo, que extramuros del Código Penal, en la Ley de Vagos y Maleantes de 1933 se preveía la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad a determinados sujetos imputables y su cumplimiento inmediatamente después de la pena de la misma naturaleza que hubiese resultado impuesta, pero dicha medida tenía una duración que, aunque indeterminada, no podría exceder de los cinco años.

⁶⁴ Art. 157 párrafo 2º CP de 1928. En este Código Penal de 1928 se instauraron por primera vez *stricto sensu* en la legislación penal española las medidas de seguridad posdelictuales a imponer a sujetos enteramente imputables, de ambos sexos y de cualquier edad, y entre ellas encontramos la de encierro en un establecimiento especial de individuos que tuviesen la consideración de delincuentes habituales o incorregibles, cuya duración estaba totalmente indeterminada, con lo cual podía durar hasta el momento de su muerte. Salvo en este código, las medidas de seguridad han sido objeto de regulación por leyes especiales: la Ley de Vagos y Maleantes, de 4 de agosto de 1933 y la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, de 4 de agosto de 1970. Posteriormente, se incorporan en el CP del 95, siendo una de las novedades más significativas de ese Código. Sin embargo, el origen de las medidas se remonta a finales del siglo XIX. La aparición histórica de las medidas de corrección y seguridad está vinculada a la irrupción del pensamiento preventivo especial, en concreto a partir de la discusión suscitada por los planteamientos de la Escuela positiva italiana.

⁶⁵ Artículo 157 párrafo 3º CP de 1928. En el primer caso, una vez el reo hubiera terminado de cumplir su condena y de ser confirmada, a cada dos años. En el segundo caso la revisión se realiza a cada dos años.

⁶⁶ GONZÁLEZ COLLANTES, “Encierro perpetuo”, p. 66.

Según señala la autora citada anteriormente, GONZÁLEZ COLLANTES, aunque en principio no puede decirse que la desaparición de las sanciones perpetuas fuese únicamente aparente (como cuando estaba en vigor el CP de 1928), en realidad sí lo era, pues sumando el tiempo de cumplimiento de la pena y el de la medida, un sujeto podía estar treinta y cinco años privado de libertad, periodo más que extenso que, dependiendo de la edad que tuviera el reo al inicio de la ejecución de la condena, podía abarcar toda su vida⁶⁷.

A.7. Código Penal de 1944 (y texto refundido de 1973).

El estallido de la Guerra Civil precipitó el surgimiento de un impulso codificador que afectaba al Código Penal. Se pretendía adaptarlo a los principios esenciales de los alzados en armas contra la República, aprobándose en 1944 el nuevo Código Penal franquista. Este Código Penal supone un retroceso respecto de su antecesor, ya que se restablece la pena de muerte en casos de especial gravedad, aunque no hizo lo mismo con la reclusión a perpetuidad⁶⁸. En cuanto a las penas de prisión, se mantiene la reclusión entre veinte años y un día y treinta años, aunque existían excepciones en el caso de que el hecho enjuiciado fuera de especial gravedad, pudiendo llegar en estos casos la pena hasta los cuarenta años de duración.

El propio Franco dejó muy claro que para él y para el régimen no se tenía que proceder del mismo modo con todos los condenados, pues partían de la base de que no todos los reos eran iguales: por un lado, estaban los criminales empedernidos, sin posible redención dentro del orden humano y por otro, los capaces de sincero arrepentimiento, los redimibles, los adaptables a la vida social del patriotismo⁶⁹. A los primeros, les esperaba la muerte o el encierro inocuizador durante un máximo de treinta años o, en caso de concurrencia de delitos diferentes, durante cuarenta⁷⁰. Se amplió, pues, el límite máximo de tiempo que una persona podía estar privada de libertad, y a esos años todavía cabía sumar los cinco que podía durar la medida de seguridad de encierro en un establecimiento de custodia prevista en la Ley de Vagos y Maleantes 1933⁷¹, la cual continuó en vigor durante el franquismo. Esta medida podía imponerse a los sujetos de ambos

⁶⁷ GONZÁLES COLLANTES, “Encierro perpetuo”, p. 68.

⁶⁸ Posteriormente, con la aprobación de la Constitución de 1978 se abolió la pena de muerte, pero tampoco se rehabilitó la prisión a perpetuidad. A diferencia de otros países europeos en los que las reformas constitucionales efectuaron un tránsito de pena de muerte a pena perpetua, en España no se produjo esta transformación.

⁶⁹ *El Diario Vasco*, 1 de enero de 1939.

⁷⁰ Arts. 27 y 75.1.ª del Código Penal de 1944.

⁷¹ La Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social, sustituyó, o más bien reformó, la de Vagos y Maleantes de 1933, a tenor de la cual para imponer una medida de seguridad posdelictual se requería haber sido condenado por tres o más delitos y que fuese presumible su habitualidad criminal, previa declaración expresa de su peligrosidad social. Además, la medida privativa de libertad a imponer en estos casos reducía su duración máxima a tres años. Esta Ley fue derogada formalmente el 23 de noviembre de 1995.

sexos y de cualquier edad (jóvenes o ancianos), que resultaban criminalmente responsables de un delito cuando el tribunal sentenciador hiciese declaración expresa sobre su peligrosidad, así como a los delincuentes reincidentes o reiterantes de toda clase de delitos en los que fuese presumible la habitualidad criminal. Estos sujetos, además de estar excluidos del beneficio de la libertad condicional (por lo que tanto la pena primero como la medida después se cumplían íntegramente⁷²), también estaban excluidos de la redención de pena por trabajo⁷³. Por esta razón, en opinión de GONZÁLEZ COLLANTES, con más razón incluso que cuando estaba vigente el Código Penal de 1932, puede afirmarse que la desaparición de la pena de cadena perpetua era únicamente teórica o aparente⁷⁴. Además, debe tenerse en cuenta que en el momento de aprobarse el Código Penal la esperanza de vida en España rondaba los sesenta años⁷⁵.

A.8. Conclusiones.

Como se ha podido comprobar, formalmente la cadena perpetua ha estado presente en los Códigos Penales del siglo XIX, principalmente, en el de 1822 y el de 1848, ya que, aunque también se preveía en el de 1870, la regla general era la concesión del indulto tras cumplir 30 años de prisión. Una vez entrado el siglo XX, se eliminó por primera vez la prisión a perpetuidad, mediante el Código Penal de 1928, si bien es cierto que era posible el internamiento indeterminado de los incorregibles, añadiendo a la pena de prisión de 30 años una medida de seguridad privativa de libertad (aunque con el límite máximo de 5 años). Sin embargo, a pesar de que la desaparición formal de la prisión a perpetuidad no impidió que se pudiera ejecutar una custodia de seguridad de 5 años tras el cumplimiento de la reclusión mayor de 30 o hasta 40 años, como ponen de relieve MAPELLI y RÍOS, ni siquiera en los años del régimen de Franco se volvió a la cadena perpetua, siendo ahora, en un modelo democrático, donde se vuelve a imponer⁷⁶. Se trata, por lo tanto, de un cambio que sin duda cabe calificar de histórico⁷⁷.

B. El Código Penal actual de 1995 y posteriores modificaciones

El legislador de 1995 partía de la idea de que había que renunciar a las penas de prisión excesivamente largas por ser inhumanas y desocializadoras, pues suponen en la práctica la separación definitiva del individuo respecto a la sociedad⁷⁸. Por aquel entonces

⁷² Arts. 3 a 7 de la Ley de Vagos y Maleantes.

⁷³ El art. 100 del Código Penal de 1944 recogía la regulación de esta institución.

⁷⁴ GONZÁLEZ COLLANTES, "Encierro perpetuo", p. 71

⁷⁵ CARRERAS, *Estadísticas históricas*, 1989, pp. 85-86

⁷⁶ MAPELLI, "La cadena perpetua", p. 28; y RÍOS, *La prisión perpetua*, p. 54.

⁷⁷ CANCIO, "PPR" p. 4.

⁷⁸ LÓPEZ PEREGRÍN, "La pena de prisión", p. 3.

se publicaron diversos estudios que ponían en evidencia que la pena de encierro en un establecimiento penitenciario con una duración superior a los 15 años tiene consecuencias negativas y graves en quienes la sufren, lo que puede convertirla en una pena incompatible con la finalidad resocializadora, a la que se le concedía mucha importancia, tanta que a ella se hace mención de manera expresa en el art. 25.2 de la Constitución, a tenor del cual las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad tienen que orientarse a la reeducación y la reinserción social⁷⁹. Sin embargo, quizá también debido a que ya en ese momento la idea de la resocialización como fin de la pena atravesaba por momentos críticos⁸⁰, el límite máximo de la pena de cárcel no se fijó en quince, sino en 20 años. Así, se establecía como regla general, el tope máximo de 20 años de las penas de prisión, aunque excepcionalmente podía llegar a los 30 en los casos de concurso de delitos⁸¹.

Como se ha visto *supra*⁸², el legislador del 95 también introdujo el art. 78, para que en el caso de acumulación de penas por varios delitos, cuando a consecuencia de la aplicación de los límites contenidos en el art. 76 la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma de todas las penas a imponer, el juez pudiera establecer que los beneficios penitenciarios se apliquen teniendo en cuenta la suma total de las penas y no el límite jurídico.

Otra de las novedades del Código Penal de 1995 fue la eliminación de la institución de la redención de penas por el trabajo que reducía en la práctica las condenas hasta en un tercio⁸³. A pesar de que la idea del Código penal de la democracia fuera reducir la duración de las penas, con el Código penal de 1995 se incrementa en la práctica la duración de la pena de prisión, pues aunque la duración de las penas de prisión previstas

⁷⁹ CANCIO, “PPR”, p. 7, apunta que hubo un cierto consenso constitucional en la renuncia a la pena perpetua, porque el mandato de la Constitución referido incluye un rechazo a todas aquellas penas que impliquen perpetuidad y una apuesta por aquellas que persiguen la resocialización.

⁸⁰ En el momento de elaboración del nuevo Código penal resultaban ya evidentes las grandes limitaciones y las múltiples contradicciones de la idea de resocialización del delincuente. Se le criticaba, por ejemplo, su propia fundamentación teórica (en el sentido de que sigue centrando el problema en el delincuente, al que hay que reeducar, y no en la sociedad que produce la delincuencia) o las dificultades de su puesta en práctica en prisión (tratar de conseguir la rehabilitación en un ambiente separado de la sociedad que se rige por sus propias pautas de comportamiento). Sin embargo, el caballo de batalla de los críticos de la resocialización ha sido siempre su falta de eficacia, aludiéndose a las altas cuotas de reincidencia de quienes habían cumplido penas de prisión, el “nada da resultado” –*nothing works*– de Martinson en 1974, refiriéndose a la ineficacia del tratamiento del delincuente para evitar la nueva comisión de delitos, ha tenido grandes repercusiones hasta nuestros días. Todo ello, unido al reconocimiento de la realidad de las prisiones y a la falta de medios (que coincide con la crisis del Estado social), determinó la sustitución del utópico ideal de la resocialización por el más modesto, pero más realista y funcional, de la *no desocialización* del penado en prisión. En mayor profundidad sobre este tema, véase, MAPPELI, *Sistema penitenciario*; *passim*, del mismo, *Las consecuencias*, *passim*; GONZÁLEZ COLLANTES, “Resocialización”, *passim*; MUÑOZ CONDE, “La resocialización”, pp. 61-81; GARCÍA-PABLOS, “Función resocializadora”, pp. 17-96; HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción*, pp. 171 y ss.

⁸¹ LÓPEZ PEREGRÍN, “La pena de prisión”, p. 3, explica que el Código penal entendía, en la línea ya indicada, que el cumplimiento de una pena de prisión de más de 30 años impediría por completo el fin resocializador y de reinserción social que debía tener la pena.

⁸² Apartado 1.B.

⁸³ Art. 100 del CP de 1973. En virtud de esa previsión legal se computaban tres días de condena por cada dos de cumplimiento efectivo.

en las figuras delictivas se reduce en muchos casos, la eliminación de la redención de penas por el trabajo hizo que el cumplimiento efectivo de las penas de prisión se prolongase en la mayoría de las ocasiones más allá de lo que resultaba con el viejo código⁸⁴.

Por las razones expuestas, se ha afirmado que la aprobación del Código Penal de 1995 supuso en realidad un endurecimiento encubierto de las penas. Como señala CID, el sistema de penas del Código penal de 1995 resulta más duro que el anterior, lo que puede constatar con cifras⁸⁵. Si en el periodo 1996-2001 disminuyeron los ingresos en prisión, aumentó el número de presos, lo que indica una permanencia más larga en prisión de los condenados. De hecho, España ha tenido y tiene actualmente una de las mayores cifras de encarcelamiento de la Unión Europea⁸⁶ y es uno de los países europeos con estancias más largas en prisión, colocándose por encima de la mayoría de esos países en cuanto a penas de entre 10 y 20 años⁸⁷.

En los siguientes apartados nos centraremos en las diversas reformas que se han producido tras la aprobación del CP de 1995.

B.1. Las sucesivas modificaciones del CP de 1995. En especial las LLOO 7/2003 y 5/2010 y el anteproyecto de reforma de 2012.

Desde la aprobación del CP de la democracia se han producido 29 modificaciones. Las reformas que han incidido de forma notable en delitos sancionados con penas muy largas de prisión han sido las de los años 2003 y 2010, pero sin duda alguna, la reforma más grave de cuantas se han producido es la de la LO 7/2003, que amplía el límite máximo de duración de la pena hasta los 40 años⁸⁸.

Mientras que en el Código Penal de 1995 y en su antecesor, el CP de 1973, el límite máximo no podía superar los 30 años, tras la reforma operada por la LO 7/2003 de

⁸⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, “Sistema de penas”, pp. 7-8. El estudio realizado por el mencionado autor, pp. 14-19, demuestra que mientras que en el periodo que va de 1975 a 1985, las penas de prisión (de 6 meses a 20 años) no pasan del 20% de las penas impuestas, y en los diez años siguientes no alcanzan, salvo algún repunte aislado, el 30%, dos años después de la entrada en vigor del código de 1995 el porcentaje se coloca cercano al 50%, cifra que es superada de forma ininterrumpida desde 1999 hasta el 2006. De hecho, las penas de prisión largas y medias son el grupo de penas que más ha crecido tras la vigencia del nuevo código, duplicando su representación porcentual entre 1998 y 2003, con un incremento constante. En la misma línea, CID MOLINÉ, “El sistema penitenciario”, p. 16, apunta que a pesar de que la cantidad de ingresos en prisión se ha reducido en los últimos años, ello no ha impedido que el número de personas encarceladas haya aumentado, por lo que debe concluirse que la tímida reducción de la duración de las penas producida y la ampliación de las posibilidades de suspender o sustituir la pena de prisión no ha compensado la eliminación de la redención de penas por el trabajo.

⁸⁵ CID, “Sistema penitenciario”, pp. 15 y 16.

⁸⁶ Según datos de Eurostat, en el año 2006, España fue el primer país de la UE con mayor tasa de encarcelamiento por habitantes (153 por 100.000 habitantes) y, según datos de European Prison Observatory, en el año 2013 fue el tercer país, tras Letonia y Polonia.

⁸⁷ En una comparativa con otros países europeos, se aprecia cómo España, a pesar de tener uno de los menores índices de ingresos en prisión, tiene una de las mayores cifras de encarcelamiento, lo que se explica por la larga permanencia en prisión que supera a la mayoría de estados europeos. Véase DÜNKEL, “European penology”, p. 632, figura 2; y véase, así mismo, SPACE I, *Prison populations*, 2016, pp. 92-93, 97-99, 101-102.

⁸⁸ CORRAL, *Penas largas de prisión*, pp. 224-229.

30 de junio “de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, ese límite se elevó a 40 para el caso de concurso real de delitos, límite que rige en la actualidad. Por tanto, las penas de prisión pueden ahora llegar a ser superiores, en cuanto a sus límites máximos, que en épocas anteriores en los que el sistema político no era democrático.

La LO 7/2003 modificó, además del límite máximo de cumplimiento de la pena en determinados casos de acumulación de penas por varios delitos, las condiciones para acceder al tercer grado y a la libertad condicional. El legislador de 2003 dotó de carácter preceptivo al art. 78 en los supuestos previstos en los párrafos a), b), c) y d) del apartado 1 del art. 76, que son aquellos que hacen referencia a los casos de acumulación de penas, cuando entre esas penas se encuentra alguna de una duración de 20 años o superior. Así, como explica LÓPEZ PEREGRÍN, el condenado por cuatro asesinatos cualificados a 22 años de prisión cada uno, deberá cumplir $\frac{3}{4}$ de 88 años, es decir, 66 años de prisión, para poder obtener la libertad condicional, aunque sólo puede cumplir efectivamente 40, lo que significa que saldrá de prisión antes de poder disfrutar de la libertad condicional⁸⁹. En opinión de la mencionada autora, en general, la intención de la LO 7/2003 es que los condenados por determinados delitos, considerados especialmente graves, permanezcan más tiempo en prisión y en condiciones más gravosas⁹⁰.

Por lo que respecta a las LLOO 11/2003 y 15/2003, éstas elevaron la pena de gran cantidad de delitos (como, por ejemplo, el tráfico ilegal de inmigrantes o algunos supuestos de tráfico de drogas⁹¹) y también introdujeron nuevos tipos sancionados con unas penas muy elevadas (como, por ejemplo, el delito de lesa humanidad o la mutilación genital)⁹².

En cuanto a la reforma introducida por la LO 5/2010, también se agravan las penas -ya de por sí bastante largas- de algunos tipos, como el abuso sexual a menores, la trata de seres humanos, el tráfico ilegal de personas o proxenetismo. Además, se crean los delitos de tráfico de órganos y se reintroduce el de piratería. Esta reforma también permitió añadir una libertad vigilada a una pena de prisión. Se trata de una medida de

⁸⁹ LÓPEZ PEREGRÍN, “La pena de prisión”, pp. 7-8.

⁹⁰ LÓPEZ PEREGRÍN, “La pena de prisión”, p. 5

⁹¹ En cuanto al tráfico ilegal de inmigrantes, la nueva redacción del art. 318 bis, introducida por la LO 11/2003, prevé una pena de prisión de 4 a 8 años, en contraste con el rango de penas que recogía el CP del 95 de 6 meses a 3 años. El art. 318 bis fue añadido, por vez primer al CP de 1995 por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

⁹² El nuevo artículo 617 Bis.2.1º introducido por la LO 15/2003 prevé una pena de entre 15 y 20 años para quienes causen la muerte en el contexto de un genocidio. La LO 11/2003 añade en el art. 149 un segundo apartado para incluir la mutilación genital dentro del tipo agravado del delito de lesiones, para el que introduce la misma duración de la pena de prisión, de 6 a 12 años.

seguridad⁹³ que consiste en el control y seguimiento del condenado posterior a la prisión⁹⁴. Por ello, es posible que una pena de prisión de 40 años vaya seguida de una libertad vigilada que puede llegar hasta 10 años (arts. 105.1 y 2). Ha de tenerse en cuenta que el incumplimiento de las obligaciones que la libertad vigilada impone supone el reingreso en prisión⁹⁵, por lo tanto, la persona condenada podría pasar más de 40 años en la cárcel.

Pese a su naturaleza de medida de seguridad, puede ser aplicada también a imputables⁹⁶ y su ámbito de aplicación ha sido ampliada de forma considerable por la LO 1/2015. Mientras que la LO 5/2010 preveía la libertad vigilada exclusivamente para los delitos terroristas (art. 579 bis) y sexuales (art. 192)⁹⁷, actualmente se extiende a todos los delitos contra la vida (art. 140 bis), y en los delitos de malos tratos y lesiones cuando se trate de víctimas de violencia de género y doméstica (arts. 173.2 y 156 ter)⁹⁸. La aplicación de esta medida es obligatoria en los casos de terrorismo y delitos sexuales; en el resto, es facultativa⁹⁹. Aunque la libertad vigilada se impone en la sentencia, su

⁹³ La determinación de su carácter genera serias dudas en la doctrina, ya que no encaja con el sistema clásico de las medidas de seguridad por varias razones: 1) porque se aplica a los imputables, 2) porque se cumple después de la prisión, por lo que su aplicación es acumulativa a la pena y no alternativa, 3) porque choca con el art. 6.2 CP al tener una duración propia que excede el tiempo previsto para la pena que sería aplicable y, por último, 3) porque la libertad vigilada no se basa en la peligrosidad derivada de un estudio individualizado, al contrario que las medidas de seguridad.

⁹⁴ El art. 106 recoge un listado de medidas de control posibles, como, por ejemplo, la obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos, la prohibición de aproximarse a la víctima o la obligación de participar en programas formativos. Aunque la libertad vigilada en cuanto a su régimen jurídico constituya una importante novedad, en cuanto al contenido, por el contrario, no constituye novedad alguna, porque, en gran parte, se trata de las mismas medidas ya previstas en el artículo 96.3 anterior (relativas a las medidas no privativas de libertad), y porque las que son de nueva creación en cuanto a su configuración como medidas de seguridad, ya existían en el ámbito penal y penitenciario (como por ejemplo, estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos, previsto en el art. 106.1.a, ya existía en la vía penitenciaria; o la obligación de presentarse periódicamente ante el juez, recogido en el art. 106.1.b, es muy similar a las reglas de conducta del art. 83.1.5°).

⁹⁵ El TEDH en el caso *Guzzardi c. Italia*. Este Tribunal señaló que la libertad vigilada que *a priori* no supone una privación de libertad, podría dar lugar a la vulneración del art. 5.1 dependiendo del grado de restricción que suponen las reglas que se imponen y, sobre todo, teniendo en cuenta que el incumplimiento de las reglas de conducta podría conllevar la vuelta a prisión por un periodo de hasta un año de duración.

⁹⁶ Tal como señala Exposición de Motivos (IV) de la LO 5/2010 la libertad vigilada “resulta aplicable no sólo cuando el pronóstico de peligrosidad individual se relaciona con estados patológicos que han determinado su inimputabilidad o semiimputabilidad -como debiera ser según el régimen jurídico de las medidas de seguridad- sino también cuando la peligrosidad deriva del específico pronóstico del sujeto imputable”.

⁹⁷ Como señala BOLDOVA, “Libertad vigilada”, pp. 15-16, la pretensión del Anteproyecto de 2006 era abordar un tratamiento penal especial dirigido al delincuente reincidente y habitual, sin embargo, el Anteproyecto de 2008 y la finalmente aprobada LO 5/2010, únicamente se dirigen al delincuente sexual y al terrorista, sin que la reincidencia sea requisito necesario para su imposición. Se pasa, por tanto, de una tipología genérica de delincuente, válida para todos los perfiles de delincuencia y para toda clase de delitos, con el único requisito de que el responsable fuera reincidente o habitual, a unas tipologías específicas de delincuentes y de delitos, sin ningún otro requisito común.

⁹⁸ En el proyecto de 2013 se pretendía extender su aplicación a un número considerable de delitos, en cuyo caso, su imposición sería facultativa: en el delito de detención ilegal y secuestro (art. 168bis), en las coacciones (art. 172 ter), en el hurto y el robo (art. 242bis y 244.5), en la extorsión (art. 243.2), en la estafa (art. 252 bis), en la receptación y el blanqueo de capitales (art. 304 bis), en la inmigración clandestina (318bis) y en los delitos contra la seguridad colectiva (art. 385 quáter).

⁹⁹ Aunque existe alguna excepción. La aplicación de la libertad vigilada es preceptiva cuando se trata del primer delito y éste es grave, sin embargo, a *sensu contrario*, si el delito es menos grave, es un único delito y el delincuente es primario, su aplicación puede ser facultativa. También en el caso del terrorismo y delitos sexuales existe una excepción, en este caso, de su carácter obligatorio, ya que su aplicación será facultativa cuando se cometan delitos menos graves, siempre que se trate de un único delito y el delincuente sea primario. Esto significa que la libertad vigilada se impone con el primer delito si éste es grave, por consiguiente, la reincidencia no es requisito necesario para la imposición de dicha medida.

contenido no se concreta hasta dos meses antes de la extinción de la pena de prisión. En ese momento se realiza un pronóstico de peligrosidad, haciéndose o no efectiva la medida en función de su resultado (art. 106.3.c). Por tanto, la verificación del pronóstico de peligrosidad es exigible para poder ejecutar la libertad vigilada, no, sin embargo, para imponerla. Por tanto, la libertad vigilada se impone a pesar de no saber si existe peligrosidad, mediante una presunción “*iuris tantum*” de peligrosidad futura, relacionando tipos de delitos y delincuentes con la peligrosidad¹⁰⁰.

Para finalizar, queda señalar que la importancia de la reforma de 2015 en la materia nos ha llevado a tratarla de forma separada *infra* apartado 4, para poder centrarnos de forma exclusiva en la regulación de la prisión permanente revisable. Sin embargo, no podemos terminar este apartado sin antes referirnos a la custodia de seguridad¹⁰¹, ya que constituye otro de los antecedentes de la PPR, que fue también propuesta junto con la PPR en el anteproyecto de 2012, aunque en el siguiente proyecto de 2013 desapareció. Se trata de una medida de seguridad privativa de libertad, aplicable a imputables y de imposición posterior al cumplimiento de la pena de prisión (al igual que la libertad vigilada), cuya ejecución se realiza en un establecimiento especial, o incluso en uno de cumplimiento de penas, con una duración máxima de diez años. La custodia de seguridad se preveía en dos casos (art. 101.1 y 2): En el primero era necesario que existiese una condena previa, sin embargo, en el segundo, no se exigía tal condición, pero en ambos debía existir un pronóstico de peligrosidad criminal.

En el primer caso era necesario que se hubiera cometido alguno de los delitos que preveía el citado precepto (delitos contra la vida, la integridad física, la libertad o la libertad o indemnidad sexual, delitos de tráfico de drogas, delitos cometidos con violencia o intimidación sobre las personas, delitos contra la comunidad internacional, de riesgo catastrófico o de terrorismo) y se hubiera impuesto como mínimo una pena de tres años de prisión. La previa condena que se exigía debía referirse a alguno de los delitos antes señalados (es decir, se exigía la reiteración en los mismos delitos), por la que habría recibido, al menos, 2 años de prisión y cumplido, como mínimo, 18 meses. En el segundo caso, al no exigirse la previa condena, era necesario que la condena actual fuera, como mínimo, de 5 años y la lista de los delitos cometidos se reducía a los delitos contra la vida, la integridad física, la libertad, la libertad o la indemnidad sexual, delitos contra la

¹⁰⁰ Según señala la Exposición de Motivos (IV) de la LO 5/2010, esta nueva medida de seguridad tiene como objetivo hacer frente a la peligrosidad, señalando que “Agotada, pues la dimensión retributiva de la pena, la peligrosidad subsistente del sujeto halla su respuesta idónea en una medida de seguridad”. Sin embargo, como hemos indicado, esa peligrosidad que permite aplicar la libertad vigilada, es en un primer momento, fruto de una presunción en contra del reo.

¹⁰¹ Por todos, véase MARTÍNEZ MORA, “Custodia de seguridad”, pp. 143-162; SÁEZ “Comentarios”, pp. 18-21; JIMÉNEZ, “Custodia de seguridad”, *passim*, y SERRANO, “Anteproyecto”, pp. 9-10.

comunidad internacional y delitos de terrorismos (es decir, los delitos de tráfico de drogas, los delitos cometidos con violencia o intimidación sobre las personas, incluidos los delitos patrimoniales y los delitos de riesgo catastrófico o de incendio no darían lugar a la imposición de la custodia de seguridad cuando no existiese previamente otra condena)¹⁰².

Curiosamente cuando la custodia de seguridad se retira en el proyecto de reforma de 2013, el ámbito de aplicación de la PPR, que en el anteproyecto se limitaba a los delitos de homicidio y asesinato terrorista, se amplía. Así se incluyen otros delitos de asesinato (como, por ejemplo, el cometido tras un delito sexual o el asesinato de más de dos personas) y los delitos de lesiones o contra la libertad sexual siempre que se cometan en el contexto del genocidio¹⁰³, pero a diferencia de lo que ocurre con la custodia de seguridad, no se exige como condición *sine qua non* la previa acreditación de la peligrosidad criminal para su imposición.

La Exposición de Motivos (VI) del Anteproyecto de 2012 justificaba la necesidad de aplicar las dos nuevas medidas de seguridad (la custodia de seguridad y la libertad vigilada) de forma sucesiva a la pena de prisión, por la elevada peligrosidad¹⁰⁴ del delincuente, en las que la pena ajustada a la culpabilidad por el hecho no es suficiente para compensar esa peligrosidad. Esto permite aplicar dos respuestas penales por un mismo delito a una persona imputable: pena y medida de seguridad. Se afirmaba literalmente que “resulta evidente que las medidas de seguridad no tienen como fundamento la no responsabilidad del autor de un delito, sino su peligrosidad, y que existen delincuentes responsables que deben recibir una pena y que además son peligrosos, lo que justifica o puede justificar una posterior medida de seguridad”¹⁰⁵. La opción de recurrir a las medidas de seguridad, en lugar de agravar la pena, se defendía manifestando que la peligrosidad no puede fundamentar la agravación de una pena, porque “resulta difícilmente compatible con el principio de culpabilidad, que exige una vinculación directa de la gravedad de la pena al hecho concreto por el que se impone”.

¹⁰² En cuanto al pronóstico de peligrosidad criminal, éste debe relacionarse con alguno de los delitos que enumera el Código Penal (art. 101.1), por consiguiente, no podría aplicarse esta medida de seguridad privativa de libertad con base en un pronóstico que revele la probabilidad de reiteración delictiva en un delito distinto a aquellos.

¹⁰³ El ámbito de aplicación que se prevé en este proyecto de reforma de 2013 es el que se mantiene en el texto que finalmente es aprobado en 2015. Sobre los delitos para los que se prevé la nueva pena de prisión indeterminada nos referiremos en mayor detalle *infra* 3.B.

¹⁰⁴ La Exposición de Motivos deja entrever, con diferentes adjetivos el nivel de peligrosidad o, en otras palabras, la probabilidad de comisión de futuros delitos que debe existir para poder aplicar conjuntamente una medida de seguridad (libertad vigilada o custodia de seguridad) y una pena de prisión. Los adjetivos que utiliza son: peligrosidad relevante, peligrosidad elevada, riesgo elevado, peligrosidad extraordinaria, persona muy peligrosa o expresiones como tendencia al delito. Así mismo también se alude al tipo de delitos de probable comisión, señalando que deben ser delitos graves y delitos de gravedad suficiente.

¹⁰⁵ Añade la Exposición de Motivos que, de esta manera, la reforma culmina la evolución hacia la definitiva consagración de un sistema dualista que se inició en el 2010 con la introducción de la libertad vigilada, quedando superado el sistema monista que históricamente habían asumido nuestros Códigos Penales desde 1848.

Resulta llamativo que en el Anteproyecto de 2012 se descarte la agravación de la pena por entender que la gravedad del hecho no podría justificar ese endurecimiento (siendo la subsistencia de la peligrosidad lo que fundamentaría la aplicación de una medida de seguridad añadida a la pena) y, sin embargo, cuando en la LO 1/2015 se recurre a la pena de PPR (que se prevé para algunos delitos similares para los que se preveía la custodia de seguridad como los delitos contra la vida o delitos contra la comunidad internacional) la agravación que supone la indeterminación se justifique por la especial gravedad de los hechos, mientras que al mismo tiempo la finalización de esa pena se hace depender de la peligrosidad del condenado.

B.2. Conclusiones.

Si atendemos a la evolución histórica de la pena de prisión desde la aprobación del llamado “CP de la democracia” se aprecia una tendencia habitual hacia el aumento del tiempo de duración de las penas de prisión y la agravación del régimen de ejecución. Las modificaciones del CP del 95, singularmente las que se han producido en el 2003 han dado lugar a un inusitado endurecimiento del sistema de penas¹⁰⁶, repercutiendo así mismo, en una mayor severidad de las penas de prisión. Como apunta DÍEZ RIPOLLÉS, el redoblado empleo de la pena de prisión ha tenido el mayor protagonismo¹⁰⁷. Con algunas excepciones, la mayoría de las 29 reformas que se han producido desde el 95, se caracterizan por introducir un tratamiento más punitivo que el que se encontraba inicialmente previsto en el Código penal de 1995. Esta tendencia puede constatarse muy claramente en la regulación de la pena de prisión¹⁰⁸.

A pesar de que la cadena perpetua fuera eliminada a principios del siglo XX mediante el Código Penal de 1928, gran parte de la doctrina opina que el llamado CP de la democracia¹⁰⁹ incluye la cadena perpetua de forma encubierta¹¹⁰, porque nuestro sistema de penas permite la aplicación de penas de prisión muy largas que pueden ser equiparables a aquella en sus efectos. Como explica CERVELLÓ, España ha sido el ejemplo de los sistemas que carecen nominalmente de una pena a perpetuidad, pero que contemplan penas de una extensión mayor incluso que aquellos sistemas en los que sí se

¹⁰⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, “Sistema de penas”, p. 12.

¹⁰⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, “Sistema de penas”, p. 12.

¹⁰⁸ LÓPEZ PEREGRÍN, “La pena de prisión”, p.1.

¹⁰⁹ LO 1/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal.

¹¹⁰ Entre otros: MAPELLI, *Las consecuencias*, p. 81, considera que “ni la prisión a perpetua, ni las penas de larga duración pueden tener cabida en un sistema penitenciario orientado a la resocialización”; RÍOS, *La prisión perpetua*, p. 199; BALBUENA, “Prisión perpetua revisable”, p. 56, afirma que “En España no podemos negar la vigencia de una auténtica prisión perpetua”; MUÑOZ CONDE, “prisión perpetua”, pp. 299 y 300; LASCURAIN, “¿Que les corten la cabeza?”, pp. 36 y 37; MIR PUIG, *DP PG*, p. 720; LÓPEZ PEREGRÍN, “La pena de prisión” pp. 5 y 12, sostiene que el aumento del tope a 40 años supone en muchos casos prácticamente instaurar la cadena perpetua y por ello afirma que estamos de nuevo ante un fraude de etiquetas.

recoge esa pena¹¹¹. En la misma línea, LÓPEZ PEREGRÍN apunta que estamos ante un fraude de etiquetas porque, sin mencionar el término “cadena perpetua”, se ha introducido la posibilidad de cumplir penas en condiciones más gravosas que en aquellos países de nuestro entorno en que se admite esa pena.

Son cuatro, principalmente, las razones que llevan a afirmar, a una gran parte de la doctrina, la existencia de penas de larga duración equiparables en la práctica a la pena perpetua.

En primer lugar, el Código Penal permite penas de 25, 30 y hasta 40 años en casos de concurso. Como sostienen MUÑOZ CONDE, MIR PUIG o LARCURAIN, entre otros, las penas de 30 y 40 años pueden ser consideradas penas perpetuas¹¹². En la misma línea, LÓPEZ PEREGRÍN afirma que la ampliación del límite máximo a 40 años supone en muchos casos prácticamente instaurar aquella pena¹¹³, ya que en algunos casos podría suponer la aplicación de una pena de prisión de por vida teniendo en cuenta la edad del condenado.

En segundo lugar, si los tribunales rechazan la acumulación de condenas, por entender que no hay conexidad, porque alguno de los hechos delictivos se cometió después de una sentencia definitiva, los límites establecidos por el art. 76.1 para los casos de concurso de delitos, de 25, 30 y 40 años no podrán aplicarse. En estos casos en los que las penas no son acumulables, se procederá al cumplimiento sucesivo de las penas de prisión sin duración máxima (art. 76.2).

En tercer lugar, aunque se apliquen los límites del art. 76 si como consecuencia de ello la pena a cumplir es inferior a la mitad de la suma aritmética, el art. 78 permite al juez que los beneficios penitenciarios se calculen tomando como referencia la suma material y no jurídica. Por lo tanto, es posible que los cuarenta años se cumplan de manera íntegra o prácticamente íntegra, lo que, según GONZÁLEZ COLLANTES, convierte a esta pena en perpetua, por mucho que este adjetivo no aparezca en el Código Penal¹¹⁴. En la misma línea, MUÑOZ CONDE afirma que se viene a acoger *in totum*, la bárbara praxis norteamericana, llamada *true in sentencing*, es decir, que la pena de prisión impuesta nominalmente por el Juez se cumpla íntegramente, sin ninguna reducción de su

¹¹¹ CERVELLÓ, *Prisión perpetua*, pp. 36-37.

¹¹² MUÑOZ CONDE, “prisión perpetua”, pp. 299 y 300, señala que “De hecho, las penas de prisión de larga duración (treinta, cuarenta años), como prevé para algunos supuestos el Código penal español, son auténticas penas de prisión perpetua”, además añade que “ciertos artículos tienen el mismo efecto que la cadena perpetua”; MIR PUIG, *DP PG*, p. 720, considera que la pena de treinta o cuarenta años ha de considerarse ya de una gravedad extraordinaria, en cierto modo próxima a la de “prisión perpetua” de los países en que ésta se indulta transcurrido cierto tiempo; LASCURAIN, “¿Que les corten la cabeza?”, pp. 36 y 37. Este autor señala que la pena de 40 años es una cadena casi perpetua.

¹¹³ LÓPEZ PEREGRÍN, “La pena de prisión”, p. 5.

¹¹⁴ GONZÁLEZ COLLANTES, “encierro perpetuo”, p. 75.

duración¹¹⁵. Como recuerda TAMARIT, el art. 78 es uno de los factores por los que el sistema penal español destaca por ser uno de los de mayor dureza punitiva en el ámbito de la Europa occidental¹¹⁶.

En cuarto y último lugar, es posible que a una pena de 40 años le siga una libertad vigilada de hasta 10 años, lo que implica, en palabras de BALBUENA, biológicamente, una prisión a perpetuidad¹¹⁷. Y añade que, mediante técnicas de etiquetamiento fraudulentos de las consecuencias jurídicas del delito, se articulan verdaderas penas que nos conducen a una encubierta, pero real prisión a perpetuidad¹¹⁸.

Por todo ello, se puede concluir que antes de la introducción de la prisión permanente revisable existían penas de prisión de larga duración, ya que nuestro sistema de penas recoge una serie de figuras que se aproximan, en la práctica, a la cadena perpetua. En otras palabras, son varias las posibilidades que existen de cumplir largas penas de prisión en el sistema español y en un régimen severo. De hecho, ha podido comprobarse cómo dos de los tres países que no tienen tal pena (Portugal y España, aunque ésta última ha incorporado esa pena recientemente)¹¹⁹ se encuentran precisamente en el grupo de cabeza en población penitenciaria y tiempo de permanencia en prisión, lo que indica que en realidad las penas que se ejecutan son, en término medio, más largas que las de aquellos sistemas con cadena perpetua¹²⁰.

Por tanto, la novedad que supone esta pena no es que se permita la reclusión a perpetuidad, porque antes de la reforma ya se permitían privaciones de libertad muy largas que se equiparaban a la cadena perpetua en sus efectos, sino que introduce una pena indeterminada, lo que significa que su finalización siempre estará condicionada a la valoración positiva que realice del tribunal (art. 92.1.c). Por ello, CERVELLÓ afirma que “la PPR agravará la situación por tratarse de una pena indeterminada, pero no por incorporar una pena de larga duración, ya que lamentablemente ésta ya existe en la actualidad”¹²¹.

¹¹⁵ MUÑOZ CONDE, “prisión perpetua”, p. 300.

¹¹⁶ TAMARIT, “PPR”, p. 96.

¹¹⁷ BALBUENA, “Prisión perpetua revisable”, p. 58.

¹¹⁸ BALBUENA, “Prisión perpetua revisable”, p. 58.

¹¹⁹ El tercer país que no prevé esa pena es Noruega.

¹²⁰ TAMARIT, “Sistema de sanciones”, p. 23.

¹²¹ CERVELLÓ, *Prisión perpetua*, pp. 163 y 164.

4. La prisión permanente revisable: una primera aproximación.

Aunque la PPR es objeto de estudio a lo largo de todo el trabajo es conveniente realizar ahora una primera aproximación al modelo positivo tal y como se introdujo en el CP y para ello se presentarán, como punto de partida, los principales argumentos exhibidos en el proceso legislativo de incorporación. Ello precipitará observar y contrastar la PPR a la luz de las distintas finalidades que justifican la pena de prisión para, en un apartado final, repasar también el ámbito de aplicación concreto en función de los delitos para los que se prevé la imposición de esta pena. Este repaso global a las características principales del modelo español de pena perpétua permitirá luego abordar los términos de comparación con el modelo inglés y la propia jurisprudencia del TEDH que, en idas y venidas sucesivas, permitirán asimismo ir enriqueciendo el análisis de forma progresiva.

A. La reforma penal de 2015. Fundamentación de la reforma y proceso legislativo.

En este apartado trataremos de acercarnos a los motivos que han llevado al legislador a incluir la PPR en el Código Penal. Debe apuntarse que no es fácil conocer la fundamentación de la reforma, porque no se han presentado estudios ni análisis en los que se haya basado y tampoco se produjo debate en profundidad en sede parlamentaria. Por ello, nos tenemos que limitar a la Exposición de Motivos y a las declaraciones del Ministerio de Justicia.

En la primera parte (A.1), explicaremos las razones que se exponen en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, así como las declaraciones del Ministro de Justicia y, en la segunda parte (A.2), valoraremos de forma crítica los fundamentos que se han presentado.

A.1. Motivos de la inclusión de la PPR en el CP.

Toda reforma penal ha de estar motivada y debe basarse en la existencia de un cambio social que la justifique o de un desajuste entre la legislación vigente y la realidad social que haga necesaria la introducción de ciertas medidas para restaurar el equilibrio entre ambas realidades¹²². En otras palabras, cualquier reforma debe partir de su necesidad, que se manifiesta en la existencia de un conflicto o problema no resuelto por el Derecho¹²³. A su vez, la existencia de ese problema requiere estudios de la realidad

¹²² RAMÍREZ ORTIZ Y RODRÍGUEZ SÁEZ “PPR”, pp. 50-51.

¹²³ BERDUGO y LIBERATORE, “El proyecto”, pp. 3 y 5.

social que lo hagan patente, así como debates político criminales y dogmáticos previos cuando se trata, como en el presente caso, de grandes reformas¹²⁴.

En este sentido, con la introducción de la PPR y el importante cambio de paradigma que supone para nuestro sistema jurídico, cabe esperar por parte del legislador una exhaustiva justificación de su necesidad en este momento concreto. Más aún, teniendo en cuenta la proximidad en el tiempo de las últimas y profundas reformas del Código Penal¹²⁵. La inclusión de esta nueva pena debería ir respaldada por una evaluación técnica basada en argumentos empíricamente fundados y demostrados que así lo aconsejen¹²⁶. Sin embargo, la justificación que el legislador ofrece sobre la introducción de la PPR se reduce a unas pocas líneas dedicadas en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 y algunas declaraciones realizadas por el Ministerio de Justicia.

La Exposición de Motivos (I) fundamenta la nueva pena en “La necesidad de fortalecer la confianza en la administración de Justicia¹²⁷”, y en la necesidad de que “...las resoluciones judiciales sean percibidas en la sociedad como justas”. También alude a “las demandas sociales”, señalando que éstas y el transcurso del tiempo “evidencian la necesidad de llevar a cabo determinadas modificaciones de nuestra norma penal”. De nuevo, haciendo mención a las peticiones de la ciudadanía, añade que la sociedad reclama una pena más acorde con los delitos para los que se prevé la PPR, razón por la cual afirma que “se introduce la prisión permanente revisable para aquellos delitos de extrema gravedad, en los que los ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido”. En la misma línea, según la nota de prensa del Ministerio de Justicia sobre el Anteproyecto de Reforma del CP, la PPR supone “una respuesta penal más adecuada a ciertos crímenes que causan una especial repulsa social”¹²⁸.

Más allá de esas escuetas frases no se ofrece ninguna razón sobre la necesidad de introducir la PPR. No se ha realizado –al menos no se ha publicado- ningún estudio criminológico oficial que avale un aumento de la criminalidad grave o de altas cotas de reincidencia de esta clase de delitos¹²⁹, ni tampoco se ha realizado ningún debate

¹²⁴ BERDUGO y LIBERATORE, “El proyecto”, p. 3.

¹²⁵ RAMÍREZ y RODRÍGUEZ SÁEZ “PPR”, p. 51.

¹²⁶ RAMÍREZ y RODRÍGUEZ SÁEZ “PPR”, p. 51

¹²⁷ La confianza en la vigencia de la norma actuaba, en el Proyecto de Reforma de 2013, como criterio para aplicar o descartar la suspensión de la pena (art. 80.4) o la sustitución (art. 88). También en el ámbito del Reino Unido, la confianza de la sociedad es uno de los argumentos que se esgrimen para defender la obligatoriedad de la cadena perpetua obligatoria en Inglaterra y Gales por el delito de asesinato, tal y como se comentará *infra* apartado II.4.B.2.1.

¹²⁸ Nota de prensa del Ministerio de Justicia sobre el AP de reforma del Código Penal, p. 4, <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197775106/Medios/1288777317612/Detalle.html> (Última revisión realizada el 29/10/2014).

¹²⁹ Ponen de manifiesto la falta de un estudio empírico que avale la necesidad de la introducción de la PPR, entre otros: BERDUGO y LIBERATORE, “El proyecto”, p. 3; CANCIO, “PPR” p. 6; GONZÁLEZ TASCÓN, “PPR”, p. 4; y CÁMARA, “Crónica”, p. 24.

parlamentario y público sobre la necesidad o no de su introducción¹³⁰. El rechazo hacia cualquier aportación realizada por los académicos también ha quedado patente¹³¹. Así mismo, resulta llamativo y significativo que no se conozca quien o quienes hayan sido los redactores de este Proyecto de reforma.

Esta falta de argumentos fundamentados en datos verificados que expliquen la necesidad de esta pena contrasta con el notable esfuerzo que realiza el legislador para defender la compatibilidad de esta medida con la Constitución y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), así como su seguimiento del modelo penológico de otros países europeos de nuestro entorno. Respecto a la compatibilidad de la PPR con la Constitución, ésta vendría dada, según la Exposición de Motivos (II), por la obligatoriedad de realizar una revisión que se efectuará cumplida una parte de la condena, la cual tiene como fin verificar si el penado se ha rehabilitado. El legislador concluye que debido a la previsión de esa revisión no se excluye la reinserción del penado. El tenor literal del texto es el siguiente:

“...está justificada una respuesta extraordinaria mediante la imposición de una pena de prisión de duración indeterminada (prisión permanente), si bien sujeta a un régimen de revisión: tras el cumplimiento íntegro de una parte relevante de la condena, cuya duración depende de la cantidad de delitos cometidos y de su naturaleza, acreditada la reinserción del penado, éste puede obtener una libertad condicionada al cumplimiento de ciertas exigencias, en particular, la no comisión de nuevos hechos delictivos” y añade que “La prisión permanente revisable ...de ningún modo renuncia a la reinserción del penado: una vez cumplida una parte mínima de la condena, un tribunal colegiado deberá valorar nuevamente las circunstancias del penado y del delito cometido y podrá revisar su situación personal. La previsión de esta revisión judicial periódica de la situación personal del penado, idónea para poder verificar en cada caso el necesario pronóstico favorable de reinserción social, aleja toda duda de inhumanidad de esta pena, al garantizar un horizonte de libertad para el condenado”.

A.2. Valoración crítica de la motivación de la reforma

Para valorar las razones aportadas por el legislador para justificar la introducción de la PPR (no siempre de forma expresa), vamos a contrastarlas con las distintas finalidades que puede cumplir la prisión según las teorías de la pena y, aunque no es éste el lugar adecuado para profundizar sobre ellas, explicaremos en qué consisten y los principales problemas que plantean.

En torno al tema de los fines de la pena, como es sabido, se han constituido diferentes teorías entre las que se encuentran la teoría de la retribución (también llamada

¹³⁰ CANCIO, “PPR” p. 8; BERDUGO y LIBERATORE, “El Proyecto”, p. 3.

¹³¹ En la ponencia de Barreda De Los Ríos (Grupo Popular) transcrita en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, de 26 de marzo de 2015, p. 51, puede leerse la siguiente afirmación: “Hemos defendido y seguimos defendiendo esta reforma pensando, no en la doctrina o la teoría académica, sino en las personas, en dar respuesta a sus demandas y en resolver sus problemas. Por tanto, es una reforma que pone el énfasis en la protección de personas y bienes, en sus derechos y libertades”.

teoría absoluta) y las teorías de la prevención, general y especial (también conocidas como teorías relativas). Las teorías relativas de la pena adoptan una posición contraria a la mantenida por las teorías absolutas. Mientras que para estas últimas la pena ha de servir para la realización de la justicia en la tierra, para las teorías relativas, la pena ha de cumplir una función de protección de la sociedad.

A.2.1. Análisis desde la prevención general

La prevención general alude a la prevención frente a la colectividad. Dentro de este enfoque hay dos tendencias, que se conocen como positiva y negativa. A diferencia de la prevención especial, ésta centra su objetivo en influir sobre la comunidad a fin de que los miembros de aquella que tienen tendencia a cometer delitos (potenciales delincuentes), se sientan disuadidos a no hacerlo. Esta prevención se consigue a través de la amenaza abstracta del castigo en las normas penales que tipifican los hechos delictivos. Esta vertiente de la prevención general se conoce como prevención general negativa o intimidatoria (la cual responde a su formulación más clásica, cuyo origen se encuentra en la teoría de la coacción psicológica de FEUERBACH), pues la finalidad es evitar la comisión de delitos mediante la intimidación o la coacción psicológica a los potenciales delincuentes.

Según la teoría de la coacción psicológica, para disuadir al delincuente de la comisión de un delito, es preciso amenazarle con infligirle un mal que resulte superior al mal que le pueda suponer el renunciar a la comisión de dicho delito. La teoría de FEURBACH se basa en un modelo antropológico racionalista, que concibe al hombre como un ser que pondera racionalmente las ventajas e inconvenientes que puede reportar una determinada actuación. Sin embargo, esta concepción es puesta hoy en tela de juicio por entender que expresa una visión idealista del destinatario de las normas y una forma de operar de éstas que no responde a cómo suceden las cosas en la realidad¹³².

En la actualidad se señala que la intimidación no es la única vía de la prevención general. Dentro de la prevención general también se distingue la vertiente positiva (denominada también prevención general estabilizadora o integradora). Ésta pretende lograr la confianza de las personas en el derecho al verificar que la amenaza penal se cumple; la pena refuerza la vigencia de la norma y con ello la confianza en ella. Esta teoría considera que la pena tendría una función comunicativa: el delito es la expresión de quien comete el delito y la pena la respuesta de la sociedad que expresa desautorización

¹³² Para mayor comprensión sobre si el conjunto de normas penales cumplen efectivamente una función intimidatoria, véase, entre otros, SILVA, *Aproximación*, 1992, pp. 212 y ss., HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción*, pp. 205 y ss.; FEIJOO, *La pena*, pp. 92 y ss.; JAKOBS, *La pena Estatal*, pp. 28 y ss. HASSEMER y MUÑOZ CONDE señalan que la teoría de la prevención general espera un *homo oeconomicus*, una persona que actúa racionalmente tras ponderar los costos y beneficios que puede reportarles su comportamiento, que generalmente no existe.

de esa conducta y la ratificación de la norma vigente. Por tanto, la pena sirve de apoyo y auxilio para la conciencia normativa social a través de la afirmación y aseguramiento de las normas fundamentales; la pena ha de servir para fomentar los lazos de integración social frente a los posibles infractores y afianzar la confianza institucional. En otras palabras, la pena tiene como función transmitir una formación socio-pedagógica sobre los valores hegemónicos de nuestra sociedad. El legislador se comunica con la persona a través de la norma penal y le informa del orden de valores de nuestra sociedad. En este punto es importante matizar que la función moralizante sólo puede tener un efecto relevante en la sociedad cuando existe una confluencia entre la desaprobación legal y social¹³³.

A.2.1.1 Argumentos relacionados con la prevención general positiva.

Como se ha podido observar en la Exposición de Motivos, la alusión a la prevención general positiva es evidente. El legislador no esconde su intención de consolidar la confianza de las personas en el Derecho, al señalar claramente como objetivo el de “fortalecer la confianza en la Administración de Justicia”, atendiendo para ello a las “demandas sociales” que al parecer exigen una mayor punibilidad. El interés en responder a unas supuestas o presumibles exigencias de la sociedad que se deduce de las constantes alusiones a las “demandas sociales”¹³⁴, “repulsa social”, “fortalecer la confianza”, “resoluciones percibidas en la sociedad como justas”, deja al descubierto que la PPR responde más a lo que se ha denominado “populismo punitivo” o “derecho penal simbólico”, que se caracteriza por una alusión creciente a la opinión pública para justificar las reformas penales¹³⁵, se busca la legitimación en la opinión pública¹³⁶. La Exposición de Motivos parece enfocarse más a contentar o complacer a aquellos que reclaman mayor punitividad, que a razones de política criminal.

¹³³ Para ampliar la información sobre la vertiente positiva de la prevención general, véase, MIR PUIG, *DP PG*, p. 89 y ss; MAPELLI, *Las consecuencias*, pp. 67 y ss; SILVA, *Aproximación*, 1992, pp. 226 y ss.; ZUGLADIA, *Fundamento*, pp. 58 y ss.; FEIJOO, *La pena*, pp. 165 y ss.; JAKOBS, *La pena Estatal*, pp. 28; Este última basa su obra en esta concepción de la prevención general positiva.

¹³⁴ En el barómetro del CIS de mayo de 2014, es decir, antes de entrar en vigor la PPR, la preocupación por el delito no aparece como la principal preocupación de los españoles, pero se sitúa entre los primeros puestos. Hay que tener en cuenta que el paro es, con bastante diferencia, la mayor preocupación en la actualidad para la población. Disponible en http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/3020_3039/3024/es3024mar.pdf (último acceso 6.3.2017)

¹³⁵ LARRAURI, “Castigo”, p. 6.

¹³⁶ BERDUGO y LIBERATORE, “El Proyecto”, p. 4.

Gran parte de la doctrina, entre otros, CANCIO¹³⁷, CÁMARA¹³⁸, BERDUGO y LIBERATORE¹³⁹ y DAUNIS¹⁴⁰ critican la introducción de la pena con base en la prevención general positiva, señalando que ello demuestra la utilización política del Derecho Penal (derecho penal simbólico o populismo punitivo): los agentes políticos sólo persiguen el objetivo de dar la “impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido”¹⁴¹. BERDUGO y LIBERATORE advierten que esto “lleva a aparcar garantías y a priorizar una pretendida y falsa sensación de seguridad”¹⁴². CARBONELL, por su parte, afirma que el texto pone de relieve, de manera bien patente, la relación existente entre la prevención positiva y el Derecho penal del enemigo¹⁴³. Además, debe recalcarse que las demandas sociales, aun suponiendo que existiesen, no pueden ser acatadas de forma automática por el legislador, pues el Código Penal ha de regirse por criterios criminológicos y principios penales como el de la culpabilidad, el de la proporcionalidad o el de la reinserción social para poder dotar al sistema penal de verdadera eficacia y justicia¹⁴⁴.

También el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) ha rechazado de forma tajante las consideraciones vertidas en el apartado I de la Exposición de Motivos, señalando que “Este aserto no sólo no se comparte, sino que se refuta categóricamente”¹⁴⁵ -en referencia a la afirmación del legislador de que la desconfianza en la Administración

¹³⁷ CANCIO, “PPR”, p. 7.

¹³⁸ CÁMARA, “la revisión permanente de la prisión”, pp. 2-4.

¹³⁹ BERDUGO y LIBERATORE, “El Proyecto”, p. 6. “El legislador al incorporar una medida de esta naturaleza no busca incidir sobre el número de delitos, dotar al Derecho penal de una mayor eficacia, sino satisfacer las demandas que le plantean determinados sectores de la sociedad. Finalidad que encaja con dificultad dentro de la política criminal de un Estado social y democrático de Derecho”.

¹⁴⁰ DAUNIS, “PPR”, p. 66.

¹⁴¹ JAKOBS y CANCIO, *Derecho penal del enemigo*, pp. 95 y 96, y SILVA, *Aproximación*, 1992, p. 305.

¹⁴² BERDUGO y LIBERATORE, “El Proyecto de reforma”, p.4.

¹⁴³ CARBONELL MATEU, “Los proyectos de reforma”, p. 283. Este término fue acuñado por JAKOBS, quien atribuyó a la pena que se impone a los condenados considerados enemigos una función diferente a la de las penas que se imponen al resto de ciudadanos. Todo parte de la base de la creación de un doble Derecho Penal, el de los ciudadanos y el de los enemigos, lo que le lleva a señalar que en este último la función de la pena es la “eliminación de un peligro” (véase JAKOBS, y CANCIO, *Derecho penal del enemigo*, p. 54). Otros autores también señalan que se advierte una aproximación entre la prevención general positiva y la retribución –a la que nos referiremos *infra* B.2.3. MAPELLI y CONTRERAS, *Curso*, p. 30, señalan que, por la vía de la prevención general positiva se está produciendo la vuelta al neo-retribucionismo, porque se hace recaer exclusivamente sobre el delincuente la responsabilidad por el delito, ya que como ser libre optó por lesionar el Derecho a pesar de haber sido instruido en la obligación de respeto de las normas. En el mismo sentido, SILVA, *Aproximación*, 1992, pp. 203-204 y 227, apunta que la prevención general positiva puede tener sus raíces en ciertos planteamientos desarrollados por las tesis retributivas. Dejando de lado a KANT, considera que el resto de autores tradicionalmente calificados de retribucionistas no conciben la pena desprovista de todo fin social, lo que se puede apreciar en el planteamiento de HEGEL quien vincula la retribución al restablecimiento del derecho. Sobre la teoría de HEGEL véase también FEIJOO, *La pena*, pp. 31 y ss.

¹⁴⁴ Como se verá en el capítulo segundo, apartado II, el TEDH ha rechazado la legitimidad de mantener a un sujeto en prisión para salvaguardar la confianza de los ciudadanos en el sistema penal (TEDH, *Stafford c. Reino Unido*, párrafo 80). La Secretaría de Estado argumentaba que la libertad condicional de los condenados por asesinato depende de tres razones: la expiración de la tarifa, el bajo nivel de peligrosidad y la necesidad de mantener la confianza de la sociedad en el sistema penal. Sin embargo, el Tribunal de Estrasburgo, basándose en una sentencia nacional del Tribunal de Apelación Tribunal de Apelación (EWCA, *Anderson y Taylor*, párrafo 56) apuntó que, tal y como comentó con firmeza el Juez Simon Brown, no era evidente cómo la confianza de la sociedad podía legítimamente exigir la continuación de la privación de libertad más allá de la tarifa cuando no existe riesgo para la sociedad de comisión de nuevos delitos.

¹⁴⁵ Informe del CGPJ al Anteproyecto de reforma del CP, p. 9.

de Justicia trae causa de la imprevisibilidad de sus resoluciones y, también, que éstas son percibidas socialmente como injustas-. Como explican BERGUDO y LIBERATORE, aunque fuera cierto que la desconfianza de la ciudadanía se debiera a la imprevisibilidad de las resoluciones –afirmación que no queda probada-, sorprende que la previsibilidad de las mismas se haga depender de la mayor gravedad de las penas y de la prisión permanente¹⁴⁶. CÁMARA apunta que existen otros caminos con mayor viabilidad para afrontar la sensación de seguridad ciudadana antes que las penas de prisión de larga duración, como es el caso de las funciones de policía, programas de prevención del delito, incluso, la mejora del funcionamiento del sistema de Administración de Justicia¹⁴⁷. En definitiva, lo que debe justificar una reforma es un desajuste entre la legislación vigente y la realidad social, no un cambio de las percepciones de un grupo de la sociedad cuando las circunstancias son las mismas.

El hecho de que la sociedad piense que son necesarias las reformas es, en gran parte, por el trato que se le da a la delincuencia en los medios de comunicación¹⁴⁸. A través de un continuo recurso a los casos de delitos más graves acontecidos en nuestro país, dado el elevado índice de audiencia que generan, crean en la sociedad la idea de que se ha producido un incremento de ese tipo de delitos, generando con ello una sensación de inseguridad irreal¹⁴⁹, cuando los datos sobre la delincuencia en España indican radicalmente lo contrario¹⁵⁰. Como consecuencia de ello, la opinión pública reclama a los poderes públicos mayor seguridad y protección a través de un endurecimiento del castigo al delincuente¹⁵¹, más prisión y durante más tiempo¹⁵², lo que supone una gran oportunidad que los partidos políticos no desaprovechan para satisfacer sus fines electorales y conseguir votos¹⁵³. Sin embargo, se viene advirtiendo de que no es la opinión pública la que marca la dirección de las preocupaciones o respuestas, sino más bien son los políticos quienes focalizan la agenda política en el tema de la delincuencia, y a partir de este momento se produce un aumento de la preocupación de la gente¹⁵⁴. Como afirman LARRAURI y DÍEZ RIPOLLÉS, la opinión pública española no es tan punitiva¹⁵⁵.

¹⁴⁶ BERDUGO y LIBERATORE, “El Proyecto de reforma”, p. 4.

¹⁴⁷ CÁMARA, “Crónica”, p. 23.

¹⁴⁸ HIDALGO, “PPR”, p. 2.

¹⁴⁹ GONZÁLEZ COLLANTES “PPR”, p. 9.

¹⁵⁰ PASCUAL, “PPR”, p. 60.

¹⁵¹ PASCUAL, “PPR”, p. 60.

¹⁵² GONZÁLEZ COLLANTES “PPR”, p. 9.

¹⁵³ GONZÁLEZ COLLANTES “PPR”, p. 9. Este autor nos habla del *establishment* mediático y del político: “Familiares de víctimas de los delitos más graves y atroces se atribuyen el derecho a decidir el castigo a imponer y no sólo el *establishment* mediático se encarga de alentar sus deseos vindicativos y de extenderlos al resto de la ciudadanía, también lo hace el *establishment* político”.

¹⁵⁴ LARRAURI, “Castigo”, p. 8; Véase también DÍEZ RIPOLLÉS, *Política criminal*, p. 141.

¹⁵⁵ LARRAURI, “Castigo”, p. 7; y DÍEZ RIPOLLÉS, *Delitos y penas*, pp.17 y 18.

En la misma línea, respecto a la opinión pública que supuestamente se encuentra detrás de la última reforma del CP objeto de análisis, CANCIO pone en duda la existencia de una verdadera “demanda social” que exige mayor punibilidad. Como observa este autor, el legislador ha apoyado tres versiones diferentes respecto a los delitos a los que ha de dirigirse la nueva pena de prisión en un breve plazo de tiempo –como se explicará *infra* apartado 3.B-, lo que demuestra que las demandas de los ciudadanos no están bien asumidas en los promotores de esta pena, y señala que los “pretendidos intérpretes de las supuestas demandas de la ciudadanía” tienen una “percepción veleta” pues “dependiendo de la época del año varía la percepción de justicia”. De esto se deduce, según ese autor, que primero se tomó la decisión de introducir la cadena perpetua y después se empezó a plantear a qué delitos aplicarla¹⁵⁶.

A.2.1.2 Argumentos relacionados con la prevención general negativa.

En primer lugar, comenzaremos analizando la cuestión de si es posible disuadir más mediante la prolongación de la duración de las penas de prisión; o planteado de otra forma, si la amenaza de una pena más larga o indeterminada contemplada en la ley tiene una capacidad disuasoria mayor. En el segundo subapartado, nos centraremos en las consideraciones criminológicas para dar a conocer cuál es la situación de la criminalidad en España y si ésta podría justificar un incremento de las penas de prisión.

a. Eficacia de las penas largas

Además de la prevención general positiva, una de las razones principales que se emplean para que en nuestra legislación figure la PPR es la de su eficacia preventivo general negativa, esto es, su capacidad de atemorizar y disuadir de cometer delitos¹⁵⁷, y con ello, su capacidad para reducir la criminalidad. La introducción de la prisión permanente revisable persigue prevenir la comisión de delitos de “extrema gravedad” - tal y como califica el legislador los delitos para los que se prevé esta pena-, mediante la amenaza de una pena más severa que las existentes hasta ese momento. Por tanto, debe

¹⁵⁶ CANCIO, “PPR”, pp. 5-6. También PAREDES, “Racionalidad”, p. 6, destaca, en referencia a las reformas penales en general, que existe siempre cierta hipocresía en las alegaciones del legislador de que se hace por pura racionalidad o por el interés general. Añade que, dependiendo del ámbito de regulación del que se trate, los legisladores manejan modelos diferentes de sujeto destinatario de la norma penal. Así, en las pp. 8 a 18, compara 4 casos ejemplares de reformas del DP (terrorismo, violencia de género, delitos patrimoniales y seguridad vial) para recalcar que, en cada uno de ellas, se parte de diferentes operaciones de *conceptualización* con el objetivo de representar la realidad de la que se pretende hablar de una forma determinada, concuyendo que “todas y cada uno de los puntos de partida conceptuales de los que el legislador parte a la hora de construir sus discursos justificativos, constituyen más el fruto de estereotipos y prejuicios que de conocimientos empíricos demostrables”.

¹⁵⁷ CUERDA, “PPR”, p. 30. Véase también PÉREZ MANZANO, “Fines”, pp. 12-19, quien analiza la validez y legitimidad de la prevención general como fundamento del derecho penal desde las aportaciones de la neurociencia.

analizarse si para lograr dicho fin, la prisión permanente revisable es la medida idónea o eficaz, esto es, si es necesaria.

Como pone de manifiesto FEIJOO, no existe una relación constatada entre la dureza de la pena y sus efectos preventivos. Los estudios empíricos demuestran que el endurecimiento de las penas no tiene efectos en la disminución de las cifras de delincuencia, al menos en aquellos que ya tienen contempladas penas graves¹⁵⁸. El aumento del efecto intimidatorio mediante la agravación de las penas es escaso, pues la mayor severidad de la pena no suele ser un factor determinante en el incremento del efecto intimidatorio de la pena¹⁵⁹. Como apunta MAPELLI, “ni siquiera estamos en condiciones de afirmar tesis tan sencillas como la de que un incremento de la pena conlleva una reducción de la criminalidad”¹⁶⁰; por no mencionar que, en la mayoría de los casos, la persona que comete un delito no sabe si la ley penal se ha modificado ni tampoco si la nueva norma prevé una pena más grave para el delito que ha cometido¹⁶¹, por lo que la prevención general negativa jugaría un valor muy reducido. Como explicaremos a continuación, el mayor efecto disuasorio no depende exclusivamente de la agravación de las penas, sino de múltiples factores.

En el caso concreto de la PPR, tampoco existe una evidencia empírica que pruebe esa mayor eficacia preventiva e intimidatoria de esta pena frente a las penas ya existentes¹⁶². No hay datos empíricos que avalen que nuevos incrementos en penas, que ya son muy elevadas, tengan réditos adicionales en la contención del delito. LASCURAIN señala que lo que impresiona al delincuente potencial es la amenaza de una pena muy larga de prisión, y no se puede olvidar que la máxima en nuestro ordenamiento actual es de 40 años¹⁶³. Este autor reconoce que, si se mantiene la probabilidad de aplicación, el efecto preventivo de una pena aumenta con su gravedad, pero también afirma que la intensificación de la prevención no corre paralela a la intensificación de la pena o, al menos, a la prolongación de la prisión. Así, añade que, aunque es obvio que ante la misma probabilidad de imposición es sensiblemente más disuasoria una pena de

¹⁵⁸ FEIJOO, *La pena*, pp. 106-108 y del mismo, *Retribución*, pp. 152-253.

¹⁵⁹ RÍOS, *La prisión perpetua*, p. 84.

¹⁶⁰ MAPELLI, *Las consecuencias*, p. 70.

¹⁶¹ Sobre el efecto o influencia que tiene en el comportamiento delictivo el conocimiento de las normas y su capacidad de motivar, véase, entre otros, HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción*, pp. 209 y ss; y FEIJOO, *La pena*, pp. 92 y ss. En concreto en la p. 93 señala que “los potenciales delincuentes carecen de una información correcta para poder realizar un cálculo racional”.

¹⁶² JUANATEY, “Una moderna barbarie”, p. 6; y GONZÁLEZ TASCÓN, “PPR”, p. 4.

¹⁶³ LASCURAIN, “Carta a los senadores”, p. 68 y también del mismo, “Ni aunque sea revisable”, en *El País*, 3 de octubre de 2013. Argumenta sobre la dudosa mayor eficacia preventivo especial y general de la cadena perpetua, CUERDA, *La cadena perpetua*, pp. 44-57. En sentido contrario, RODRÍGUEZ RAMOS, “Constitucionalidad de la prisión perpetua”, *El País*, de 17 de noviembre de 2000. Según este autor, “no cabe duda de que asustará más una pena de privación perpetua de libertad que otra temporal, aunque sea de treinta años. Cierto que los tradicionalmente llamados “delincuentes por convicción” son, como los “delincuentes pasionales”, los menos coercibles, pero cierto también que si mantienen cierto miedo la pena perpetua lo reforzará más y mejor que la temporal”.

doce años que una de dos, es dudoso que haya una diferencia relevante en cuanto a su eficacia de prevención general entre una pena de treinta años y una de cuarenta, siquiera sea por la dificultad psicológica de proyectarse vitalmente a tan largo plazo¹⁶⁴.

Si contamos con un acontecimiento similar, la derogación de la pena de muerte al entrar en vigor la Constitución de 1978, la cifra de homicidios y asesinatos apenas sufrió modificaciones en comparación con las existentes cuando la pena capital todavía estaba en vigor¹⁶⁵. Además del caso español, las estadísticas demuestran que en los países en que se ha abolido la pena de muerte no ha aumentado por ello la comisión de los delitos antes castigados con esta pena¹⁶⁶. Esto pone de relieve que una pena más grave no evitaba un mayor número de delitos¹⁶⁷. MIR PUIG describe la eficacia de la pena de muerte como “inutilidad preventivo-general”¹⁶⁸.

Así mismo, tomando como referencia países norteamericanos y europeos, KURY y BRANDESTEIN, constatan que tanto las experiencias de EEUU como las de países europeos (como Finlandia o incluso Alemania) muestran que aumentar el número de reclusiones penitenciarias, y sobre todo la duración de las mismas, especialmente de personas que han cometido delitos graves, apenas influye en los índices de delincuencia¹⁶⁹. Con esta apreciación se vuelve a confirmar la idea de que las penas más leves no originan un mayor número de delitos, por lo que al revés también se constata que penas más graves no siempre ni por necesidad implican menos delitos cometidos¹⁷⁰.

Como han destacado criminólogos y sociólogos, la eficacia preventiva de una norma penal depende de múltiples factores y no solo de la mayor o menor gravedad de la pena contemplada en ella¹⁷¹. Uno de esos factores importantes es la probabilidad de ser descubierto, lo que depende de la eficacia policial y del sistema de justicia. Un informe realizado por el Consejo de Europa afirma que, aunque la prevención general se puede lograr mediante la aplicación de algunas penas durante algún tiempo, en algunos tipos de delito, algunos tipos de delincuentes y en algunas situaciones, lo que resulta más eficaz es una alta probabilidad de descubrimiento y condena¹⁷². Las experiencias obtenidas

¹⁶⁴ LASCURAIN, “¿Que les corten la cabeza?”, p. 37.

¹⁶⁵ CUERDA, “PPR”, pp. 30 y 31.

¹⁶⁶ GARCÍA VALDÉS, *Pena capital*, pp. 34-45.

¹⁶⁷ CUERDA, “PPR” p. 31.

¹⁶⁸ MIR PUIG, *DP PG*, p. 706.

¹⁶⁹ KURY y BRANDESTEIN, “Nueva punitividad”, p. 397.

¹⁷⁰ CUERDA, *La cadena perpetua*, p. 57.

¹⁷¹ CUERDA, “PPR”, p. 31.

¹⁷² Este informe fue dirigido por PADFIELD y presentado ante el Comité Europeo para los problemas criminales sobre “determinación de la condena, tratamiento y gestión de los delincuentes peligrosos”. El nombre del informe es el siguiente: European Committee on Crime Problems, Council for Penological Co-operation, Final Report, del 20 de diciembre de 2010. En la p. 17 se sostiene lo que se ha apuntado en el texto: “*General deterrence can be achieved by some penalties for some length of time, some types of offence, some types of offender, and in some situations. However, more effective is a high probability of detection and conviction*”.

durante períodos de bajo control policial también apuntan en la misma línea, al demostrar que el incremento de la delincuencia se produce ante la seguridad de no ser descubiertos. Un ejemplo claro sería el de los actos de pillaje cuando se ha producido una catástrofe natural¹⁷³. Por tanto, en el posible cálculo que realiza el delincuente pesan más factores como la eficacia policial y la posibilidades de ser descubiertos que la pena abstracta contemplada en la ley¹⁷⁴. En definitiva, está empíricamente constatado que las modificaciones radicales de las políticas de persecución tienen mayores efectos en las tasas de delincuencia que los endurecimientos legislativos¹⁷⁵.

Otro factor disuasorio relevante es la certeza del castigo y la prontitud de intervención del aparato penal y de la ejecución de la pena (las penas a largo plazo intimidan menos). Con ello se corrobora lo que, ya desde el siglo XVIII, BECCARIA, de forma intuitiva, había apuntado como uno de los mayores frenos de los delitos: la certeza y la prontitud de la pena. BECCARIA, que introdujo la humanización y racionalización en el sistema penal, apuntaba que la pena cierta, pronta y proporcionada al delito es más eficaz que la pena dura y cruel¹⁷⁶. En la misma línea, los informes elaborados por varios expertos alemanes en el año 1977 sobre la eficacia de la cadena perpetua¹⁷⁷, señalaban que cabe sospechar que la probabilidad o la certeza de castigo tiene mayor significado para la intimidación que la magnitud o la gravedad de la pena¹⁷⁸.

Ese informe también destaca que el efecto disuasorio depende de los tipos de delincuentes. Se apunta que en el caso de tres grupos de autores -los delincuentes profesionales, los que actúan influidos por motivos ideológicos y los que realizan hechos en una situación conflictiva-, tienen más en cuenta el riesgo de ser descubiertos y de recibir un castigo que la cuantía o dureza de la pena¹⁷⁹. En sentido similar, MAPELLI

¹⁷³ MAPELLI, *Las consecuencias*, p. 71.

¹⁷⁴ FEIJOO, *La pena*, p. 99; RÍOS, *La prisión perpetua*, p. 84.

¹⁷⁵ FEIJOO, *La pena*, p. 101. Añade este mismo autor en otra obra, FEIJOO, *Retribución*, p. 153 que delitos con penas similares en diversos ordenamientos tienen unas cifras diversas en los distintos países, dependiendo de otros factores como, por ejemplo, la eficacia de otros sistemas de control (familia, entorno social, etc.).

¹⁷⁶ BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, (trad. F. Tomás y Valiente), Aguilar, Madrid, 1969, pp. 72 y ss.

¹⁷⁷ JESCHECK y HEINRICH, *Ist die lebenslange Freiheitsstrafe verfassungswidrig?*, 1978 (citado en CUERDA, *La cadena perpetua*, p. 53, nota 32). Esos informes y dictámenes se presentaron con motivo de la cuestión de inconstitucionalidad planteada ante el Tribunal Constitucional Federal de ese país, en la que se suscitaba si la prisión perpetua prevista para el asesinato era compatible con la Ley Fundamental. Aunque estos informes se formularon a modo de hipótesis y no como dogmas de fe demostrados científicamente, las conjeturas que se manifiestan en ellas se han visto respaldadas por datos empíricos relativos a la criminalidad en Suecia como estadísticas que abarcan dos siglos y medio, desde 1750 hasta el año 2000. Véase VON HOFFER, "Crime and Punishment", p. 164.

¹⁷⁸ CUERDA, *La cadena perpetua*, p. 54.

¹⁷⁹ CUERDA, *La cadena perpetua*, pp. 54 y 55. GARCÍA-PABLOS, *DP*, p. 141, habla de la inaccesibilidad del sujeto a la motivación que, según ese autor, se produce en determinados supuestos como en el de los delincuentes habituales y profesionales, criminales impulsivos etc. Por su parte, FEIJOO, *Retribución*, p. 154, en relación con los delincuentes profesionales afirma, que en el discurso de algunos medios de comunicación que defienden la necesidad de endurecer las penas para evitar que esos delincuentes o bandas organizadas con facilidad de movilidad transnacional opten por países en los que existe una legislación penal más favorable, esa es una visión simplista de la eficacia de las penas, ya que esos delincuentes a la hora de decidir donde operar, valoran la eficacia del aparato penal en su conjunto, como las condiciones de cumplimiento, el cumplimiento real de las penas o la eficacia policial.

apunta que los delitos impulsivos o aquellos cometidos como resultado de una tensión emocional o anomalía mental son menos susceptibles de disuasión que los premeditados racionalmente¹⁸⁰. Cuanto más se deje llevar un potencial autor por impulsos momentáneos y por movimientos instintivos, tanto menos es capaz de intimidar la amenaza penal¹⁸¹. FEIJOO afirma que la mayoría de los delitos, especialmente aquellos que más preocupan por su violencia son consecuencia de una incapacidad para controlar los impulsos en un momento dado más que el resultado de una decisión consciente¹⁸². Así mismo añade, que la mayoría de delitos se comenten en circunstancias de embriaguez, toxicomanía, arrebatos pasionales, enfrentamientos personales, etc., lo que significa que la comisión del delito no es resultado de una ponderación racional, aunque no por ello se pueda excluir la culpabilidad del autor¹⁸³.

En el caso concreto de la PPR, no cabe duda de que la mayoría de las personas a las que va dirigida esa pena podrían encajar perfectamente en alguno de los tres grupos a los que se ha hecho referencia más arriba, (los delincuentes profesionales, los delincuentes por convicción y los que realizan el delito como consecuencia de una situación de tensión emocional), pues en su mayoría se trata de delitos cometidos por motivos ideológicos o por delincuentes profesionales (el asesinato cometido por una organización criminal; el asesinato terrorista; y el asesinato, lesiones o agresiones sexuales genocidas, por ejemplo) o aquellos cometidos en situaciones de tensión emocional (asesinato tras agresión sexual, p.ej.)¹⁸⁴.

En una línea similar, en una importante revisión de la literatura sobre la prevención general (*deterrence*), VON HIRSCH concluyó que, para que la prevención general mediante el incremento de la severidad de las penas funcione, hay ciertas condiciones lógicas que deben existir. Esas condiciones son las cinco siguientes: en primer lugar, el potencial delincuente debe ser consciente de que se ha incrementado la pena; en segundo lugar, el delincuente potencial debe pensar sobre el aumento de la pena cuando está contemplando realizar el delito; en tercer lugar, debe creer que existe al menos una posibilidad razonable de ser descubierto; en cuarto lugar, debe creer que en caso de que lo descubran se le aplicará la nueva política más severa y; por último, debe

¹⁸⁰ MAPELLI, *Las consecuencias*, p. 70.

¹⁸¹ CUERDA, *La cadena perpetua*, pp. 54 y 55

¹⁸² FEIJOO, *La pena*, p. 97.

¹⁸³ FEIJOO, *La pena*, p. 96.

¹⁸⁴ CUERDA, *La cadena perpetua*, pp. 54-47, refiriéndose a los informes de expertos alemanes, señala que existen también otras variables que pueden tener un efecto intimidatorio como el proceso de socialización, el estatus social, la modalidad del delito, la personalidad del autor potencial, la probabilidad y clase de castigo, o con la percepción subjetiva y la valoración del riesgo de enjuiciamiento y de la magnitud de la pena. En relación con estatus social, MAPPELLI, *Las consecuencias*, p. 71, pone de relieve que, para muchas personas de clase media, el estigma y las consecuencias como la pérdida del trabajo tiene más importancia que la pena. Diferente es, en cambio, la reacción en personas de clase baja

estar preparado para desistir de cometer el delito cuando se den las anteriores circunstancias. Todas estas condiciones deben estar presentes para que la prevención general a través de una pena más grave pueda funcionar, por lo que será poco probable que ello funcione¹⁸⁵.

La poca eficacia que supone el aumento de la pena fue una de las razones que llevó a eliminar el efecto fuertemente agravatorio, imposición de una pena superior, de la agravante de reincidencia. Esa previsión fue eliminada por la primera de las grandes reformas del Código Penal que perseguían su adaptación a la Constitución, quedando, así como una circunstancia agravante más, que no permitía elevar la pena sino solo imponer la misma pena en sus dos tercios superiores. La exposición de motivos de la LO 8/1983, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, explicaba así el motivo de su eliminación: “la exasperación del castigo del delito futuro, de por sí contraria al principio *non bis in ídem*, puesto que conduce a que un solo hecho genere consecuencias punitivas en más de una sola ocasión, se ha mostrado además como poco eficaz solución en el tratamiento de la profesionalidad o habitualidad delictiva”¹⁸⁶.

b. Consideraciones criminológicas.

Desde el punto de vista criminológico, es importante atender a los datos estadísticos sobre la delincuencia en España. El interés del legislador por la agravación de la pena con el objetivo de lograr un mayor efecto intimidatorio y con ello una reducción de la delincuencia nos lleva a plantearnos si realmente en España se ha producido un incremento de los delitos para los que se contempla la PPR. Si atendemos a los índices de delincuencia, éstos no avalan la introducción de la PPR, ya que no sólo no se ha producido un aumento de la criminalidad, sino que ésta ha disminuido. España registra en la actualidad la tasa de criminalidad más baja desde el año 2003, según los datos aportados por el Ministerio del Interior¹⁸⁷. Los datos estadísticos referidos al año 2010,

¹⁸⁵ VON HIRSCH y otros, *Criminal Deterrence*, p. 7.

¹⁸⁶ LASCURAIN, “¿Que les corten la cabeza?”, p. 41. Sin embargo, hay que mencionar que en la reforma operada por la LO 11/2003 se introdujo la reincidencia cualificada o también llamada multirreincidencia, art. 66.5º, la cual permite que se eleve la pena un grado cuando el culpable haya sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título y siempre que sean de la misma naturaleza.

¹⁸⁷ Véase el Balance de criminalidad de 2013, p. 6 y la Estadística de criminalidad de 2016 del Ministerio del Interior, p. 6, en el que se aprecia que la tasa de criminalidad es la menor desde 2003. Véase también la noticia publicada en *El País* el 03/11/2014, “La delincuencia tiende a la baja”, disponible en http://politica.elpais.com/politica/2014/07/19/actualidad/1405787688_235695.html (último acceso 5.3.2017).

publicados por el CGPJ¹⁸⁸ y la Fiscalía General del Estado (FGE)¹⁸⁹, es decir, el año en que el entonces partido de la oposición, el PP, propuso por vez primera la PPR durante la tramitación de la reforma de 2010, también apuntaban en la misma línea, ya que indicaban que se estaba produciendo una disminución de los asuntos penales tratados por los juzgados. Por lo tanto, no se objetiva una realidad que fundamente el pretendido ambiente de alarma social que, según parece, todos respiramos¹⁹⁰.

El CGPJ, en concreto, señala que España no destaca, precisamente, por la alta incidencia de los delitos contra la vida humana independiente¹⁹¹. El elenco de delitos escogidos para la aplicación de la PPR (principalmente algunos casos de asesinato¹⁹²) no supone un alto porcentaje de los delitos totales cometidos¹⁹³. Los índices de asesinatos cometidos en España son muy bajos, situándose alrededor de los 300, con una tendencia a la baja en los últimos años¹⁹⁴. Datos relativos al 2016 indican que del total de penas de prisión impuestas, el 38,4% recayeron sobre delitos relativos al patrimonio y orden socioeconómico, el 16,6% sobre delitos relativos a la seguridad colectiva y el 12% sobre delitos de lesiones¹⁹⁵. Como ponen de manifiesto CID y LARRAURI, el aumento de la prisión (España tiene una de las mayores tasas de encarcelamiento por habitante de la UE) no obedece a un incremento del delito, como también se constata si se observa el número de entradas en prisión que precisamente disminuye¹⁹⁶.

A la vista de los datos, se puede afirmar que la instauración de la PPR no parece que obedezca a la necesidad de poner freno, mediante un mayor grado de disuasión

¹⁸⁸ La Memoria del CGPJ aprobada por el Pleno de 21 de julio de 2011, correspondiente al año 2010, nos refiere una reducción de asuntos penales ingresados, respecto de 2009, del 1,5% y una tasa de litigiosidad en evolución decreciente, cifrada en un 2,2% respecto a ese mismo año. El número de denuncias penales en la comunidad autónoma catalana ascendió a 2071, representando una tasa del 2,8%, mientras que en Madrid sumó 3.288, lo que implica una tasa del 5,1%, mientras la media en todo el territorio nacional ascendió a 4,6%, en un abanico que abarca del 8% en Canarias al 1,6% en La Rioja.

¹⁸⁹ La Memoria de la FGE del año 2011, referida a datos correspondientes al año 2010. La evolución cuantitativa de los asuntos penales en que intervino el ministerio público “revela un resultado extraordinariamente positivo, derivado de una importante disminución en el número de causas iniciadas en relación con las registradas por iguales conceptos en el año 2009”, tasándose en un 5,82%; computado el mismo parámetro desde el año 2006, se aprecia una desaceleración desde 2009, y sitúa las cifras a los niveles de 2006. Finalmente, del análisis conjunto de los datos estadísticos correspondientes a procedimientos por delito y juicios de faltas, la Memoria de la FGE concluye que “se ha producido un descenso en el volumen total de nuevos expedientes cifrado en el 4,95% respecto del año 2009”.

¹⁹⁰ Plataforma otro derecho penal es posible, “Reflexiones Jurídicas en torno a la anunciada Reforma Penal”, 20 de abril de 2012, pp. 10 y 11.

¹⁹¹ Informe del CGPJ al Anteproyecto de reforma del CP de 2012, p. 44

¹⁹² Sobre el ámbito de aplicación de esta pena nos centraremos *infra* apartado 3.B.

¹⁹³ Informe del CGPJ al Anteproyecto de reforma del CP de 2012, p. 43 y ss.

¹⁹⁴ Ministerio del Interior, Estadísticas de criminalidad 2016, p. 8; y Anuario Estadístico del Ministerio 2016, pp. 167 y ss. Véase también la siguiente noticia: https://elpais.com/politica/2017/02/14/actualidad/1487070105_593613.html (último acceso el 30.7.2018). Como se puede apreciar en el gráfico, mientras que en el 2005 la cifra de homicidios se situaba en 401, en 2016 se situó en 292.

¹⁹⁵ INE: notas de prensa, 21 de septiembre de 2017. Disponible en <http://www.ine.es/prensa/np863.pdf> (último acceso 30.7.2018).

¹⁹⁶ LARRAURI, “Castigo”, pp. 3-6; CID, “Incremento”, pp. 31. Existe un consenso en la literatura criminológica en afirmar que la población penitenciaria no aumenta de forma correlacionada con los índices de delitos, sino que aquella se ve influenciada por las decisiones político-criminales.

penológica, a una escalada desmesurada de los delitos para los que está prevista¹⁹⁷. En opinión de MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, dadas las bajas tasas de asesinatos, no cabe alegar necesidades de prevención general para incorporar la PPR al CP. Consideran que se trata de una pena innecesaria que responde a objetivos propagandísticos insertos en lo que se conoce como populismo punitivo¹⁹⁸. El Consejo de Estado, por su parte, señala que “la reforma del Código Penal no parece necesaria o, al menos, el Gobierno no ha sido capaz de justificar su oportunidad”¹⁹⁹ y otros agentes sociales critican que la nueva reforma del Código Penal desatiende los datos empíricos y la opinión de numerosos expertos en la materia que informan de nuestra baja tasa de criminalidad, con índices menguantes que apuntan a una evolución en descenso y desvía la atención de la opinión pública de los delitos de cuello blanco²⁰⁰.

En este punto es importante subrayar que un aumento de la criminalidad tampoco exigiría necesariamente un incremento de las penas, es decir, no justificaría de forma automática un endurecimiento de las mismas por dos razones: por un lado, porque como se ha indicado anteriormente, el efecto disuasorio mediante el aumento de las penas, es limitado y, por otra, porque aunque un incremento de la severidad de las penas resultara eficaz a efectos preventivo generales, logrando disminuir el índice de criminalidad que se hubiera producido, en un Estado de social, democrático y de derecho existen una serie de principios penales y constitucionales que deben actuar como límite de la intervención penal. Como manifiesta BERDUGO “afirmada la necesidad de recurrir al Derecho penal, entran en juego todos los restantes principios constitucionales, legalidad, humanidad, culpabilidad y reinserción social”²⁰¹. Es necesario “pasar por el tamiz de la política criminal aceptable en un Estado social y democrático de Derecho, la que aparece delimitada por los principios constitucionales”²⁰².

La prevención general presenta serias dificultades para establecer los límites del *ius puniendi* (al igual que la prevención especial como explicaremos en el siguiente apartado)²⁰³. La prevención general intimidatoria encierra una tendencia natural al

¹⁹⁷ Informe del CGPJ al Anteproyecto, p. 44

¹⁹⁸ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARAN, *DP PG*, p. 551. Así mismo, apuntan que el perfil de los hipotéticos autores de asesinatos múltiples, asesinato del titular de la Corona o genocidio no permiten esperar que la cadena perpetua ejerza un especial efecto intimidatorio en estos casos.

¹⁹⁹ Informe del Consejo de Estado al Proyecto de reforma del CP de 2012.

²⁰⁰ Plataforma otro derecho penal es posible, “Reflexiones Jurídicas en torno a la anunciada Reforma Penal”, 20 de abril de 2012, pp 11 y 12.

²⁰¹ BERDUGO y LIBERATORE, “El Proyecto”, p. 5. Sobre estos principios y en general sobre Derecho penal y Constitución pueden consultarse por todos, BERDUGO y otros, *Curso de Derecho Penal*, p. 43 y ss.

²⁰² BERDUGO y LIBERATORE, “El Proyecto”, p. 7.

²⁰³ MAPELLI, *Las consecuencias*, p.68; HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 207.

endurecimiento de las penas²⁰⁴. Todas las teorías que buscan la intimidación como fin plantean problemas para respetar la proporcionalidad entre el delito y la restricción de derechos que presenta la pena²⁰⁵, ya que, p.ej., un incremento de robos justificaría el aumento de las penas, aun cuando los delitos fueren de escasa gravedad²⁰⁶; es decir, las necesidades preventivo disuasorias pueden llevar a una exasperación de la pena. En la medida en que el baremo de la prevención general negativa son las necesidades de coacción o influencia psicológica, no tiene suficientemente en cuenta la lesividad social del hecho y la pena pierde su necesaria proporción con la gravedad del hecho²⁰⁷. Ni el principio de proporcionalidad ni el de culpabilidad son principios consustanciales a la teoría de la prevención general, sino más bien un límite que se le pone externamente. La cantidad o intensidad de pena necesaria para conseguir la intimidación no guarda, en principio, según la teoría de la prevención general, ninguna relación con la magnitud de la ilicitud del acto ni tampoco de la culpabilidad del autor. Por ello, una teoría de la prevención general sin referencia a la culpabilidad o sin las limitaciones que impone el principio de proporcionalidad es insostenible²⁰⁸.

En cuanto al principio de proporcionalidad de la pena, ésta debería jugar como límite para las necesidades preventivas, tanto generales como especiales²⁰⁹. En este sentido, como recuerda GARCÍA ARÁN, la proporcionalidad debe configurarse a partir de la importancia del bien jurídico, y no prioritariamente sobre el grado de necesidad preventivo general, porque de hacerse así, podrían llegar a establecerse penas exacerbadas para delitos poco graves, pero muy repetidos²¹⁰. En efecto, si la entidad del castigo dependiera de la necesidad de prevención, la proporcionalidad de la pena no jugaría como límite a la misma, sino que, al contrario, la necesidad de represión fundamentaría la gravedad del supuesto de hecho²¹¹. No puede decirse que sea justa toda pena necesaria a efectos preventivos generales, dado que el hecho no es más grave porque la sociedad esté más necesitada de escarmiento, ni porque lo esté el sujeto. La proporcionalidad, según

²⁰⁴ FEIJOO, *La pena*, p. 111. En la misma línea, PÉREZ MANZANO, “Fines”, pp. 17-18, señala que la prevención general presenta déficits de legitimidad, porque lleva a imponer sanciones mayores o más gravosas que un derecho penal de corte retributivo.

²⁰⁵ FEIJOO, *La pena*, p. 86; HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 208. También PÉREZ MANZANO, “Fines”, p. 18, afirma que la prevención general carece de un elemento inherente de autorrestricción que obligue a respetar la proporcionalidad de la pena en atención a circunstancias tales como la imputabilidad del sujeto, el conocimiento de la norma o la mayor gravedad de la realización del delito con dolo que con imprudencia.

²⁰⁶ MAPELLI, *Las consecuencias*, p. 68.

²⁰⁷ FEIJOO, *La pena*, p. 85; y del mismo, *Retribución*, pp. 142-143.

²⁰⁸ HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción*, pp. 208-209

²⁰⁹ GARCÍA ARÁN, *Fundamentos*, p. 33.

²¹⁰ GARCÍA ARÁN, *Fundamentos*, p. 33.

²¹¹ GARCÍA ARÁN, *Fundamentos*, p. 33

GARCÍA ARÁN, no es más que un límite a la intervención penal y no un objetivo específico a perseguir²¹².

Además, desde el punto de vista de la eficacia preventiva, según apuntaban los informes elaborados por los expertos alemanes a los que hacíamos referencia más arriba, es posible que la proporcionalidad del castigo tenga mayor peso preventivo que la gravedad del castigo²¹³. También hoy día parece considerablemente asumido que sólo las penas proporcionadas son capaces de cumplir con la función de motivación²¹⁴. En opinión de LASCURAÍN, el rasgo diferencial del retribucionismo no es su olvido de la prevención, sino su consideración de que ésta sólo puede conseguirse con la retribución proporcional al hecho. Por eso, según este autor la proporcionalidad no es un límite a la idea de la prevención sino su esencia misma²¹⁵. Por su parte, MUÑOZ CONDE recuerda que la retribución y la prevención general deben tener unos límites que, en última instancia, no son otros que los de la propia dignidad humana, de la que no debe privarse nunca ni al más peligroso de los delincuentes²¹⁶.

CEREZO, refiriéndose a las reformas introducidas tras la LO 7/2003 – a la que hemos hecho referencia *supra* III.2.B.1-, afirma que algunas de ellas se explican por el deseo de aumentar la eficacia de la pena desde el punto de vista de la prevención general concebida únicamente como intimidación. Por ello, añade que el incremento de la pena no supone siempre una mayor gravedad de lo injusto culpable, produciéndose así importantes retrocesos en la realización del principio de culpabilidad²¹⁷. Tal crítica es perfectamente aplicable a la introducción de la PPR.

A.2.2. Análisis desde la prevención especial

a. Reinserción e inocuización

La prevención especial o individual, a diferencia de la general, que se dirige a la colectividad, pretende que la persona que sufre la pena no vuelva a delinquir²¹⁸. Por tanto, el fin de la pena es prevenir la reincidencia. Para alcanzar esa finalidad, el Estado puede seguir estrategias de influencia más positivas (prevención especial positiva: rehabilitación) o negativas (prevención especial negativa: intimidación o inocuización,

²¹² GARCÍA ARÁN, *Fundamentos*, pp. 32 y 33.

²¹³ CUERDA, *La cadena perpetua*, p. 54.

²¹⁴ GARCÍA ARÁN, *Fundamentos*, p. 33.

²¹⁵ LASCURAIN, “¿Que les corten la cabeza?”, p. 39.

²¹⁶ MUÑOZ CONDE, “Prisión perpetua”, p. 304.

²¹⁷ CEREZO, “Los fines de la pena”, p. 24.

²¹⁸ Entre otros, FEIJOO, *La pena*, p. 131; MIR PUIG, *DP PG*, p. 91; HASSEMER Y MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 171.

también conocida como neutralización o incapacitación, -por ejemplo, el encierro mientras sea peligroso-)²¹⁹.

La idea de la prevención especial aparece con posterioridad al auge de las teorías de la retribución y a las teorías de la prevención general, a finales del siglo XIX. El triunfo de esta finalidad de la pena tiene lugar con la ilustración en el siglo XVIII, pero su difusión se produce a finales del siglo XIX a través de la Escuela Positiva Italiana y, especialmente, con la dirección político criminal de VON LISZT²²⁰. Éste le asignó a la pena tres funciones preventivo especiales (corrección, intimidación e inocuización) dependiendo del tipo de delincuente al que va dirigida (corregibles, ocasionales e incorregibles). Para los corregibles, no consideraba recomendable la cárcel, porque puede ser perjudicial. Para ellos proponía una educación severa y prolongada en centros de corrección. Para los ocasionales la pena debe ser intimidatoria, como advertencia o escarmiento. Por último, para los incorregibles, si se quiere evitar la pena de muerte, sólo queda aislarlos, es decir, la inocuización a través de la cadena perpetua o al menos la pena indeterminada²²¹.

La teoría de la prevención especial, en su vertiente positiva, tiene como finalidad última de las sanciones penales (bien en su forma de penas propiamente dichas, bien en las medidas de seguridad), la reinserción social o resocialización del delincuente. La función resocializadora de la pena pretende, mediante un tratamiento individualizado científicamente, hacer del autor una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la ley penal, así como de subvenir a sus necesidades.²²²

La prevención especial negativa, en cambio, sería aquella que tiene una función admonitoria o intimidatoria, dándole a la pena una función de aviso, advertencia o llamada de atención al delincuente, para que se abstenga de delinquir en el futuro. La pena juega un papel especialmente importante respecto de delincuentes primarios y escasamente peligrosos. Normalmente esta función se consigue a través de penas no privativas de libertad o de penas de prisión de no muy larga duración. Dentro de esta vertiente negativa, se encuentra también la función inocuizadora de la pena, que

²¹⁹ Entre otros, FEIJOO, *La pena*, p. 132 y MIR PUIG, *DP PG*, p. 92. Por su parte, PÉREZ MANZANO, “Fines”, pp. 19-26, analiza si la prevención es una opción válida y legítima de fundamentación del derecho penal desde la óptica de los conocimientos de la neurociencia.

²²⁰ Las otras dos escuelas o corrientes que se agrupan también dentro de la prevención especial son: el correccionalismo y el Movimiento de Defensa Social. El correccionalismo, aunque nació en Alemania, fue en nuestro país donde logró más defensores (conocida como Escuela Correccionalista española, cuyos principales representantes fueron Pedro Dorado Montero, y Concepción Arenal Ponte). En cuanto al Movimiento de Defensa Social, no aporta nuevas ideas a las tesis preventivas, sino que es, sobre todo, un movimiento de aspiraciones internacionalistas.

²²¹ Ha de señalarse que, dentro de los incorregibles, no sólo incluía a los que habían cometido delitos, sino también a los habituales, marginales y sujetos “asociales”, bajo la idea de que todos son enemigos del orden social.

²²² Para mayor información sobre el contenido y la perspectiva resocializadora véase, entre otros, MAPPELI, *Sistema penitenciario*, pp. 3-109; SILVA, *Aproximación*, 1992, pp. 26 y ss; HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción* pp. 171 y ss; y ZUGALDIA, *Fundamentos*, pp. 56-57.

desplegaría sus efectos respecto de los delincuentes que no necesitan ser resocializados o que no pueden serlo²²³.

En la evolución del estudio de los fines de la pena, la idea de la resocialización del delincuente fue la más desarrollada durante la segunda mitad del siglo XX, encontrando su máximo exponente sobre los años sesenta con la expansión de las normas internacionales de protección de los derechos humanos. Sin embargo, a finales del siglo XX se produjo una crisis de la resocialización y un auge de la inocuización²²⁴. El optimismo de la prevención especial ha cedido en gran medida en las últimas décadas, sobre todo, ante las dificultades teóricas y prácticas que suscita la meta de la resocialización, principal esperanza que alentaba la fe en la prevención especial.

En la prevención especial, en términos puramente teóricos, el contenido de la pena y su duración sólo depende de la peligrosidad del sujeto, no de la gravedad del hecho²²⁵. Sin embargo, en la práctica, en ningún ordenamiento jurídico la pena se vincula únicamente a ese factor²²⁶, ni el fundamento de la intervención penal es únicamente la reinserción social. La prevención especial no podría, por sí sola, justificar el recurso a la pena²²⁷. Esto puede suceder en tres casos: cuando la pena no es necesaria a efectos preventivo especiales²²⁸, cuando la prevención especial no es posible y, finalmente, cuando su aplicación no es lícita, pero sería absurdo la impunidad del sujeto²²⁹.

En el caso de delincuentes primarios y ocasionales, éstos no manifiestan peligro de volver a delinquir, por lo que ni la intimidación, ni la resocialización, ni la inocuización son necesarias frente a ellos y, por consiguiente, la prevención especial no sería necesaria. Lo mismo puede suceder cuando se trata de delitos graves, como los crímenes cometidos por los nacional-socialistas durante la Segunda Guerra Mundial juzgados años después de concluida la guerra, pues bajo la nueva situación política ya no presentaban peligrosidad criminal²³⁰. Igualmente, en el caso de los delitos cometidos bajo estímulos o circunstancias que es poco probable que vuelvan a repetirse en la vida de esa persona, la prevención especial no tendría ninguna función. Por otra parte, también puede suceder que la prevención especial no sea posible, porque el delincuente no puede a veces ser

²²³ ZUGALDIA, *Fundamentos*, p. 55.

²²⁴ Sobre los motivos que llevaron a la crisis de la resocialización se pueden consultar SILVA, *Aproximación*, 1992, pp. 28 y ss.;

²²⁵ BERDUGO y otros, *Curso de Derecho Penal*, p. 29.

²²⁶ Para mayor información, véase FEIJOO, *La pena*, pp. 134 -136, quien habla de la incompatibilidad de la teoría de la prevención con el Derecho positivo.

²²⁷ MIR PUIG, *DP PG*, p. 93. En la misma línea, FEIJOO, *La pena*, p. 137 señala que “La absolutización de la lucha contra la peligrosidad criminal puede llegar a poner en entredicho la vigencia de ciertas normas esenciales de convivencia cuando el infractor no presenta una especial peligrosidad”.

²²⁸ Esto es lo que FEIJOO, *La pena*, p. 137, describe como “Insuficiencias de la prevención especial como teoría jurídica”.

²²⁹ MIR PUIG, *DP PG*, p. 93.

²³⁰ MIR PUIG, *DP PG*, p. 93.

resocializado y tampoco le hace mella la intimidación de la pena. En estos casos, si además el delito cometido es de poca gravedad, solo las penas desproporcionadamente largas harían posible su inocuidad, pero esa pena no sería lícita. En particular, debe destacarse que la resocialización puede no resultar lícita, aunque parezca la única forma útil de prevención especial, como sucede en el caso de los delincuentes por convicción, políticos, terroristas, pues no cabe la persuasión por la fuerza; la resocialización nunca debe ser obtenida contra la voluntad del penado en un Estado democrático²³¹.

Otro de los problemas que plantea la prevención especial es el de los costes que supone en términos de derechos y garantías constitucionales individuales. Con el argumento de que el objetivo de la pena es conseguir la eliminación de la peligrosidad criminal o la rehabilitación del delincuente, pueden llegar a aplicarse penas muy largas²³² o incluso indeterminadas, lo que plantea problemas de seguridad jurídica²³³.

Algunos países (los escandinavos o EEUU) llegaron en su empeño resocializador, a prescindir de toda referencia al hecho cometido o a las necesidades de prevención general, para centrarse de modo absorbente en el pronóstico de reinserción del individuo. La manifestación principal de esta ideología del tratamiento fue la pena privativa de libertad indeterminada, que probablemente adquirió su máxima expresión en el Derecho norteamericano (*indeterminate sentence*). Así, los tribunales procedían a fijar tan sólo marcos penales amplísimos dejando la decisión definitiva sobre la fecha de puesta en libertad a una comisión de expertos penológicos dependiente del Ejecutivo (el llamado *Parole Board*)²³⁴.

Como apunta MAPELLI, han sido los Estados totalitarios, bajo el manto difuso de la resocialización, los que más han promocionado estas teorías, porque a través de ellas han visto la posibilidad de extender su capacidad punitiva²³⁵. La prisión ha sufrido en los últimos años una expansión sin precedentes, utilizando para ello el argumento de la resocialización como una “cómoda coartada”²³⁶. De esta manera, se produce un acercamiento al derecho penal de autor, alejándose del derecho penal del hecho y de las penas determinadas²³⁷. La experiencia ha demostrado que las consecuencias del modelo,

²³¹ Entre otros, MIR PUIG, *DP PG*, p. 94; MAPELLI, *Las consecuencias*, p. 65; JESCHECK, *Tratado*, p. 66; SILVA, *Aproximación*, 1992, p. 28; y ROXIN, *Problemas básicos*, pp. 15 y 16.

²³² BERDUGO y otros, *Curso de Derecho Penal*, p. 29.

²³³ FEIJOO, *La pena*, pp. 138 y 139-140; MAPELLI, *Las consecuencias*, p. 65; SILVA, *Aproximación*, 1992, p. 29.

²³⁴ SILVA, *Aproximación*, 1992, pp. 29-30. Este modelo se asemeja mucho al que está en vigor en el Reino Unido, que analizaremos de forma extensa en el capítulo tercero, apartado I.

²³⁵ MAPELLI, *Las consecuencias*, p. 65

²³⁶ Para mayor información sobre la falta de verificación empírica de la eficacia resocializadora de la pena y los problemas que plantea el tratamiento como eje central de la idea de resocialización véase, FEIJOO, *La pena*, pp. 140 y ss.; y MAPELLI, *Las consecuencias*, p. 65 y ss.

²³⁷ FEIJOO, *La pena*, pp. 138-139.

como la pena indeterminada, resultan demasiado costosas en términos de libertad individual en relación con los resultados resocializadores que proporcionan²³⁸.

Es precisamente este modelo de pena indeterminada el que ha sido acogido por el legislador en la última reforma. Como hemos señalado *supra* 3.B.1, la Exposición de Motivos (II) afirma que la PPR es una pena indeterminada, pero que “no renuncia a la reinserción del penado” y, por consiguiente, es constitucional, ya que, a pesar de su indeterminación, es obligatoria la realización de una revisión, tras la cual, confirmada su rehabilitación debe ponerse en libertad al penado. En caso contrario, de no existir un pronóstico favorable de reinserción, el preso podrá permanecer en la cárcel hasta su muerte.

De la literalidad del texto de la Exposición de Motivos podemos deducir que la prevención especial positiva, es decir, la rehabilitación, más que un fin a conseguir, se presenta como mera justificación del respeto de los fines constitucionales de la PPR, pues impide que, conseguida la reinserción, se mantenga al preso en prisión. Esto significa que, si se considera que el preso es peligroso, el Estado estará legitimado para prolongar su privación de libertad, pudiendo llegar a superar los límites máximos de cumplimiento que establece la ley penal para las penas determinadas. Consecuentemente, a pesar de que la gravedad de los hechos pueda ser similar a otro delito que conlleva una pena determinada, con base en la peligrosidad del sujeto, la pena se podrá extender más allá de los límites legales, prescindiendo de toda proporcionalidad con el hecho cometido.

El legislador hace depender la libertad de la persona condenada a una pena de PPR a la desaparición de la peligrosidad criminal; en otras palabras, la PPR se presenta como una pena necesaria para combatir la futura peligrosidad criminal del condenado²³⁹. Sin embargo, para la imposición de esta pena no es necesario acreditar la peligrosidad, es decir, no es necesario verificar que se trata de un delincuente peligroso. Esto significa que, independientemente de que lo sea o no, el legislador entiende que es necesario aplicar una pena más gravosa (una pena indeterminada) para el delincuente que haya cometido los delitos para los que se prevé la PPR. Por tanto, lo que el legislador hace es una presunción de que aquellas personas que han cometido los delitos que llevan a la aplicación de la PPR presentan riesgo de volver a delinquir después de cumplida la pena, lo que se asemeja al modelo de derecho penal de autor²⁴⁰. Sin embargo, si atendemos a

²³⁸ FEIJOO, *La pena*, p. 140.

²³⁹ RÍOS, *La prisión perpetua*, p. 89.

²⁴⁰ El riesgo de reincidencia, es decir, la peligrosidad criminal, es una circunstancia que se tiene en cuenta en la ejecución de todas las penas de prisión, por ello, tanto los permisos de salida como el tercer grado y la concesión de la libertad condicional quedan supeditadas a la buena conducta y al pronóstico favorable de reinserción. Sin embargo, esa circunstancia no aumenta la duración de la pena *ab initio*, haciendo una presunción de la peligrosidad como sucede en el caso de la PPR.

los delitos para los que se prevé la PPR, las investigaciones indican que se trata de los delitos que menores tasas de reincidencia presentan, por tanto, esa presunción pierde su razón de ser.

MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN manifiestan que, aunque frecuentemente se alude al argumento de la necesidad de evitar la reincidencia de los responsables, lo cierto es que ni las características de los delitos para los que se prevé la prisión permanente revisable, ni el prolongado tiempo de prisión que supone, apoyan tal argumento²⁴¹. La tasa de reincidencia de las personas condenadas por delitos graves es baja. A continuación, se citan algunos estudios que parecen afirmar la tesis de que la gravedad del delito no se relaciona con la alta reincidencia.

b. Disociación entre gravedad del delito y reincidencia.

La mayoría de los autores coinciden en señalar que en la población hay una sobreestimación de la reincidencia de los agresores sexuales comparado con los datos empíricos²⁴². La evidencia metanalítica indica que las tasas de reincidencia sexual oscilan entre el 15 y el 20% tras periodos de seguimiento que llegan hasta los veinte años²⁴³, mientras que la reincidencia de los delincuentes contra la propiedad se sitúa en el 50%. Por tanto, se puede afirmar que reinciden menos que otros tipos delictivos y cuando reinciden lo hacen con mayor frecuencia en delitos no sexuales. Sólo algunos pocos delincuentes sexuales acumulan gran cantidad de delitos²⁴⁴. En un metanálisis de 95 estudios con una población de 31.000 delincuentes sexuales, realizada por HANSON y MORTON-BOUGNON en 2004 observaron que la reincidencia global, sin discernir distintos subgrupos, es del 13,7% a los cinco años. Incluso las personas de los estudios

²⁴¹ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *DP PG*, p. 547. Estos autores concluyen que descartada la eficacia preventivo especial, la razón que se encuentra detrás de la introducción de la PPR es “la voluntad de responder demagógicamente a demandas de mayor afflictividad penal y, con ello, en el carácter retributivo de la pena”.

²⁴² La delincuencia sexual en España no llega al 1% de todos los delitos conocidos, y presenta en términos generales unos perfiles bajos, lo que hace que el número de presos por delitos sexuales graves –agresiones o abusos sexuales con penetración –esté entre 200 y 300 personas. DíEZ RIPOLLÉS, *Delitos y penas*, p. 40.

²⁴³ Entre otros, HERRERO, “Agresores sexuales”, pp. 71-77; PORTERO, “Libertad vigilada”, p. 71-101, (Este autor habla de una cifra algo superior, entre el 20-30%); REDONDO, “Delincuentes sexuales”, pp. 22; ARMAZA “*Delincuente imputable peligroso*”, pp. 44-45. Este último señala que ha habido 202 casos de reincidencia sexual de peligrosidad grave en 12 años, por lo que se registra un promedio de 15,88 reincidentes anuales. Por último, véase también el estudio elaborado por el Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, que se basa en el seguimiento de todos los delincuentes sexuales liberados entre 1998 y 2003 de las cárceles catalanas, un total de 315, que han estado en prisión entre uno y quince años, en función de la gravedad del delito -desde una violación hasta un acoso sexual o exhibicionismo-.

²⁴⁴ PORTERO, “Libertad vigilada”, p. 85; y OTERO, *Libertad vigilada*, pp. 31-32. Según esta última autora, se trataría de los delincuentes sexuales seriales, es decir, psicópatas sexuales violentos sobre los que se estima que antes de transcurridos seis años desde su puesta en libertad, el 80%, en contraste con el 20% aproximadamente de los no psicópatas, han vuelto a cometer una conducta violenta, la mayoría de ellos de índole sexual, por lo que puede pronosticarse entre los psicópatas sexuales un elevado riesgo de reincidencia. Por último, según el estudio elaborado por el Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya de 2009, se estima que los más reincidentes son los condenados por delitos en los que la víctima es un niño de sexo masculino. Véase, <http://www.elmundo.es/elmundo/2009/04/01/barcelona/1238593291.html> (último acceso 31.7.2018).

(delincuentes sexuales) tenían mayor probabilidad de cometer futuros delitos de carácter no sexual, por lo que concluyen que la supuesta “especialidad” en la comisión de delitos sexuales también está sobreestimada²⁴⁵.

En cuanto a los terroristas, como advierte PORTERO, son muy pocos los que vuelven a la lucha armada o se reintegran a la organización terrorista, por más que rehúsen cumplir los requisitos formales de la reinserción²⁴⁶.

En la misma línea, el estudio realizado en los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria de Madrid confirma la baja reincidencia en general de los penados por delitos graves contra las personas. De los 150 casos analizados solo 18 personas reincidieron, lo que supone un porcentaje del 12% del total. Por tanto, el 88% de los penados no volvieron a reincidir. Las personas condenadas por un delito de asesinato fueron las que presentaron la menor tasa de reincidencia (4,3%), siendo la tipología del nuevo delito cometido un homicidio. En el caso de las 31 personas condenadas por un homicidio, cuando se volvió a reincidir (sólo el 12,9% lo hizo, 4 personas), ninguna de ellas cometió otro homicidio, sino robo con intimidación²⁴⁷. En la misma línea, otro estudio realizado por CAPDEVILA y FERRER PUIG, demuestra que la violencia o no en el delito principal de la pena base no se relaciona con la posterior reincidencia²⁴⁸.

En cuanto a la eficacia preventivo especial de las penas de prisión para reducir la reincidencia, CID (quien realizó un estudio sobre la pena de prisión en general y no sobre las penas de larga duración), concluyó que el hecho de castigar a una persona con una pena de prisión en lugar de suspenderla aumenta de manera significativa la probabilidad de que esta persona reincida en el futuro²⁴⁹.

Otra investigación realizada por REDONDO y FUNES²⁵⁰, al analizar los delitos con condenas largas como factor aislado (sin tomar en consideración la edad de los sujetos y otras importantes variables como el tipo de delito cometido) y su futura reincidencia, confirmó dos puntos. En primer lugar, que de promedio, los sujetos condenados a largas condenas por delito más graves reincidían en menor proporción. En cambio, las personas con menor tiempo de condena, es decir, aquellas caracterizadas por cometer actos

²⁴⁵ PORTERO, “La libertad vigilada”, p. 74.

²⁴⁶ PORTERO, “La libertad vigilada”, p. 87. Así mismo advierte el mismo autor de la heterogeneidad del grupo de personas englobadas dentro del concepto de terrorismo y no sólo porque existen distintos tipos de terrorismo, sino porque, incluso, dentro de un tipo cualquiera se dan distintas figuras y cometidos. Así, por ejemplo, están los líderes, los reclutadores, los que proporcionan apoyo logístico, los que dan cobertura o los que aprietan el gatillo o ponen la bomba directamente. Por tanto, como aseguran muchos autores, no hay una personalidad terrorista.

²⁴⁷ Rocío Gómez Hermoso, psicóloga forense de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria de Madrid, es quien dirigió este estudio. El Informe se encuentra disponible en <http://www.infocoponline.es/pdf/INFORMEFORENSES.pdf> (último acceso 4.12.2018).

²⁴⁸ CAPDEVILA y FERRER, *Tasa de reincidencia penitenciaria*, 2008, p. 138.

²⁴⁹ CID, “¿Es la prisión criminógena?”, 450.

²⁵⁰ REDONDO y otros, *Justicia penal y reincidencia*, p. 122.

delictivos “menos importantes” eran las que en mayor grado volvían a prisión. En segundo lugar, en cuanto a la forma de cumplimiento, todas aquellas medidas que aligeraban la condena de una persona (régimen abierto y libertad condicional), facilitaban que no se volviera a delinquir. Por el contrario, el mayor endurecimiento (no acortamiento de la condena, largos períodos en régimen cerrado y no acceso a régimen abierto y/o libertad condicional) actuaban como facilitadores de la futura reincidencia de quienes la sufrían²⁵¹.

En la misma línea, un estudio realizado en Inglaterra por PADFIELD²⁵² sobre las personas cuyas libertades condicionales habían sido revocadas, advierte de que, aunque sí existía un riesgo de reincidencia, para muchos ese riesgo parecía aumentar en lugar de reducirse, debido a la imposición de ciertas condiciones que debían cumplir durante la libertad condicional y, en particular, por la prolongación de la estancia en prisión²⁵³.

Por último, GÓNZALEZ COLLANTES afirma (tras realizar una exhaustiva revisión de las investigaciones existentes sobre la mayor o menor eficacia preventivo especial de las penas privativas de libertad para prevenir la recaída en el delito, en comparación con penas de otra naturaleza), que la mayoría de los trabajos concluyen que las penas de prisión tienen menor capacidad para prevenir la reincidencia que otras penas alternativas no privativas de libertad. En otras palabras, los estudios apuntan que las penas de encierro no contribuyen a reducir la reincidencia o, al menos, que lo hacen en menor medida que otras penas alternativas. Por esa razón, la autora considera que debería ponerse freno a la actual tendencia político criminal, que considera irracional, en base a los resultados de estudios empíricos analizados²⁵⁴.

A la vista de las anteriores investigaciones, podemos extraer dos conclusiones: en primer lugar, no parece que dotar de carácter indeterminado a una pena de prisión como en el caso de la PPR vaya a tener mayor eficacia preventivo especial y; en segundo lugar, dado que los delitos que se castigan con la PPR no presentan altas tasas de reincidencia, no parece que su introducción vaya a reducir la reincidencia, sino simplemente endurecer el castigo y la estancia en prisión de los condenados a una pena de ese tipo.

²⁵¹ REDONDO y otros, *Justicia penal y reincidencia*, p. 176. La relación existente entre reincidencia y el disfrute del tercer grado o la libertad condicional será abordada en mayor profundidad en el capítulo tercero, apartado II.

²⁵² El estudio tenía como objetivo conocer el proceso de revocación de la libertad vigilada, en concreto, si los presos entienden las razones de la revocación y si saben qué deben hacer para volver a disfrutar de la libertad condicional. Todo ello con el fin de poder obtener información que permita saber qué se puede hacer para poder reducir las tasas de revocaciones. El tipo de condena que cumplían iba desde la cadena perpetua hasta las penas de prisión inferiores a 2 años. PADFIELD, “Understanding recall”, *passim*.

²⁵³ “Whilst there was a risk of them re-offending, for many this risk seemed to be exacerbated, rather than reduced, by some licence conditions and particularly by further imprisonment”. PADFIELD, “Understanding recall”, pp. 3 y 44.

²⁵⁴ Para mayor información, véase GONZÁLEZ COLLANTES, “¿Condenados a reincidir?”, pp. 325-326.

Lo anterior no hace más que confirmar de nuevo la centralidad que adquiere la idea de la inocuización o neutralización. Como señala SILVA, aunque en las últimas décadas las propuestas resocializadoras han encontrado cierto anclaje en la orientación del DP a la víctima (la víctima no necesita sólo dinero, sino fundamentalmente arrepentimiento, reconciliación, satisfacción; y el autor necesita precisamente lo mismo para su resocialización), cuando se trata de delitos graves, se abandona la dimensión resocializadora a favor de la seguridad, dando paso al defensismo que se ha convertido en una corriente político-criminal fundamental²⁵⁵.

En misma línea, CARBONELL señala que la evolución de la política criminal de los últimos años pone de manifiesto el claro dominio de la peligrosidad como fundamento casi exclusivo y sobre todo ilimitado de la intervención penal de la nueva dirección político-criminal global, de la que España no está aislada²⁵⁶. En la misma línea, GONZÁLEZ COLLANTES afirma que se ha recuperado la confianza perdida en la pena de prisión, pero la confianza en ella se debe no a su capacidad de reeducar o reinsertar, sino a su capacidad de inocuizar, que, según esta autora, es precisamente lo que interesa conseguir²⁵⁷. Coincide con esta idea DAUNIS, quien señala que la PPR rechaza la reinsertión social como fin del castigo y se centra en la neutralización y en el control del delincuente peligroso²⁵⁸. También CÁMARA afirma que la PPR asegura la neutralización de los “incurables” o aquellos de difícil reinsertión²⁵⁹. De hecho, ni la Exposición de Motivos ni el texto articulado hacen hincapié en la importancia de utilizar el cumplimiento de la pena de prisión para conseguir la resocialización, ni se prevén mecanismos para tal fin. Por su parte, BERDUGO sostiene que hace 40 años la prevención especial llevaba a demandar disminuir la duración de la prisión, sin embargo, hoy la prevención especial lleva a la prisión perpetua (revisable)²⁶⁰.

En definitiva, podemos concluir que no es la vertiente positiva de la prevención especial, la rehabilitación, sino la negativa, la que persigue el legislador al incluir la PPR en el CP. De hecho, si atendemos a la Exposición de motivos (IV) de la LO 5/2010, observamos que el legislador consideraba la privación de libertad indeterminada como una opción inocuizadora. La elección de la LV frente a la privación de libertad ilimitada se justificaba por ser esta última una opción inocuizadora que “choca obviamente con los

²⁵⁵ SILVA, *Aproximación*, 2012, pp. 48-56.

²⁵⁶ CARBONELL, “Los proyectos de reforma”, p. 282.

²⁵⁷ GONZÁLEZ COLLANTES, “PPR”, p. 9. En la misma línea, CORRAL, *Penas largas de prisión*, p. 245, afirma que la cadena perpetua supone el triunfo de los fines de inocuización y el práctico abandono de la idea de resocialización.

²⁵⁸ DAUNIS, “PPR”, p. 66.

²⁵⁹ CÁMARA, “Crónica”, p. 23.

²⁶⁰ BERDUGO y LIBERATORE, “El proyecto”, p. 8. MUÑOZ CONDE, *Inocuización*, pp. 13-24, sostiene que el éxito de los fines de inocuización se produce en sociedades que viven con miedo a la criminalidad.

principios elementales del Derecho Penal que la Constitución ampara”. Opción que, sin embargo, se acoge ahora con la PPR²⁶¹.

A.2.3. Análisis desde la retribución.

La teoría retributiva concibe el castigo como un medio para compensar el daño causado por el delito. Se denomina también teoría absoluta, porque se encuentra alejada de cualquier pretensión que no sea la mera imposición del castigo²⁶². Esta teoría afirma que la pena no tiene otra función que hacer Justicia²⁶³, retribuyendo el acto injusto culpablemente cometido por un sujeto, de acuerdo con su magnitud y gravedad. La pena es el justo castigo que compensa el mal realizado por quien cometió el delito. La teoría retributiva admite que la pena en algún caso concreto puede ser inútil, pero lo importante es que sea justa²⁶⁴. A pesar del triunfo de las teorías preventivas, en los últimos cuarenta años ha habido un repunte de las perspectivas retributivas en Derecho Penal o un renacimiento de la idea de retribución, lo que se ha denominado neo-retribucionismo²⁶⁵.

A favor de las teorías absolutas de la pena se puede alegar su sentido limitador del poder punitivo del Estado: la pena debe ajustarse a la culpabilidad del autor con independencia de las necesidades preventivas²⁶⁶. MAPPELLI apunta que la única ventaja que presenta la retribución es su capacidad para explicar por qué la pena debe estar determinada y ser proporcionada al delito²⁶⁷. La proporcionalidad entre pena y delito exigida por las teorías absolutas es un límite de garantía para el ciudadano²⁶⁸. La idea de proporcionalidad es inherente a la teoría retributiva de la pena (pero no a la de la prevención general ni a la especial) y, por tanto, “es el límite que debería frenar los sentimientos emocionales de Justicia, las necesidades irracionales de pena, y constituye el mérito principal que las teorías retributivas pueden aportar a la reacción social frente a la criminalidad”²⁶⁹. Sin embargo, el problema consiste en que no se sabe muy bien cómo se determina esa proporcionalidad; determinar la pena justa o proporcional a la gravedad del hecho ofrece dificultades.

²⁶¹ La transcripción literal apuntaba de la siguiente forma: “...en determinados supuestos de especial gravedad ese efecto rehabilitador de la pena se ve dificultado, en la medida en que ésta no resulta suficiente o adecuada para excluir un elevado riesgo de reincidencia. La opción inocuidadora, que se traduciría en la prolongación ilimitada y/o indiscriminada de la privación de libertad, choca obviamente con principios elementales del Derecho Penal que la Constitución ampara”.

²⁶² MAPPELLI, *Las consecuencias*, p. 58.

²⁶³ Matizan GARCÍA-PABLOS, *DP*, pp. 134-135 y MIR PUIG, *DP PG*, p. 87, que no se admite ya, en un Estado democrático las premisas del Estado teocrático en el que la pena trataba de alcanzar los ideales absolutos de la Justicia en la tierra. El estado actual persigue hacer posible la convivencia entre los ciudadanos, es decir, asegurar la existencia de la sociedad. Por tanto, el Estado moderno no castiga por razones de justicia, sino de necesidad.

²⁶⁴ HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 232.

²⁶⁵ FEIJOO, *La pena*, p. 54. Tal y como hemos apuntado más arriba MAPPELLI y CONTRERAS, *Curso*, p. 30, consideran que la vuelta al neo-retribucionismo se está produciendo por la vía de la prevención general positiva.

²⁶⁶ ZUGALDIA, *Fundamentos*, p. 53.

²⁶⁷ MAPPELLI, *Las consecuencias*, p. 61.

²⁶⁸ MIR PUIG, *DP PG*, p. 86.

²⁶⁹ HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 239

El juicio de proporcionalidad entre la gravedad del delito y la pena establecida implica en todo caso una valoración subjetiva, por lo que siempre habrá quien justifique la pena de muerte para los delitos de asesinato por motivos vindicativos: “ojo por ojo, diente por diente”²⁷⁰. De hecho, la proporcionalidad se establece en base a la importancia social del hecho (a su “nocividad social”)²⁷¹; es decir, en base a lo socialmente perturbadoras que resulten las conductas²⁷². Un Derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos. La teoría retributiva hace depender la pena de las concretas circunstancias histórico-políticas de cada sociedad civil²⁷³. En el fondo se trata de convenciones y valoraciones que se han ido sedimentando y modificando a través de los siglos, de acuerdo con patrones culturales e ideológicos cambiantes²⁷⁴. Como ejemplo, puede que en un momento se considere adecuado castigar un simple hurto con la pena de muerte, como sucedía con la Pragmática dada por el rey español Felipe V en 1734 y en otro momento, como el actual, se castigaría con una pena leve²⁷⁵. En otras palabras, la gravedad de la pena depende de las necesidades de la sociedad, lo que la aproxima a las teorías relativas²⁷⁶.

Es precisamente esta falta de proporcionalidad entre gravedad del delito y la pena la que se alega también en la Exposición de Motivos para justificar la introducción de una pena más severa como la prisión permanente revisable, eso sí, de nuevo apuntando a la ciudadanía como la demandante de ese cambio -aunque como hemos argumentado anteriormente, es dudosa la existencia de esa demanda social de mayor punitividad-. La Exposición de Motivos (I y II) señala que “...se introduce la prisión permanente revisable para aquellos delitos de extrema gravedad, en los que los ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido” y se añade que “podrá ser impuesta únicamente en supuestos de excepcional gravedad... en los que está justificada una respuesta extraordinaria mediante la imposición de una pena de duración indeterminada”. Así mismo, la nota de prensa del Ministerio de Justicia sobre el Anteproyecto de Reforma del CP apunta que la PPR supone “una respuesta penal más adecuada a ciertos crímenes que

²⁷⁰ Sobre los problemas que plantea determinar la pena proporcional al delito, véase, entre otros, RÍOS, *La prisión perpetua*, p. 67 y HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 239. Sobre la dependencia de la determinación de la pena de las concretas circunstancias histórico-políticas de la sociedad civil, véase FEIJOO, *La pena*, pp. 39-42 y 65.

²⁷¹ MIR PUIG, *DP PG*, p. 139. Sobre la posible discordancia entre las valoraciones sociales y los intereses efectivos de la sociedad, véase, MIR PUIG, *Introducción*, pp. 159 y ss.

²⁷² FEIJOO, *La pena*, p. 65

²⁷³ FEIJOO, *La pena*, p. 41

²⁷⁴ HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 239

²⁷⁵ HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 239; FEIJOO, *La pena*, p. 40.

²⁷⁶ FEIJOO, *La pena*, p. 41

causan una especial repulsa social”²⁷⁷. Por tanto, lo que el legislador viene a defender es que los delitos a los que se aplica la PPR no están suficientemente castigados y, por ello, se exige un mayor castigo que sea proporcional a “la extrema” gravedad de esos delitos.

Sin embargo, la opción adoptada por el legislador no ha sido, como cabría esperar, la aplicación de una pena determinada más larga que las actualmente existentes que se ajustase a la gravedad del delito, sino la articulación de una pena indeterminada, cuya finalización se hace depender de un pronóstico de peligrosidad. Quizá las sospechas de que una pena determinada muy larga pudiera ser considerada desproporcionada e inhumana ha hecho que el legislador se decante por la PPR.

Como ya explicamos al hablar del sistema de penas actual del CP²⁷⁸, actualmente existen penas de larga duración para los delitos graves como aquellos para los que se prevé la PPR. Sin ánimo de entrar de nuevo en este asunto, nos referiremos a los dos criterios que ha establecido el Tribunal Constitucional²⁷⁹ para realizar un juicio de proporcionalidad acomodado a nuestros valores constitucionales sobre la gravedad de las conductas delictivas y la respuesta sancionadora. Traslados a la pena de prisión perpetua, el primero exige que los objetivos perseguidos con la pena de prisión perpetua no se puedan conseguir por otros medios menos lesivos. El segundo, que no existiera un desequilibrio patente entre la sanción y la finalidad buscada por la norma.

Respecto de la primera cuestión, tal como hemos explicado en los apartados previos, la cadena perpetua se presenta ineficaz para la consecución de las finalidades preventivas que busca el legislador. A modo de síntesis, podemos afirmar que los fines preventivos del derecho penal se pueden alcanzar mediante otras penas y otras medidas de política criminal en las que el sacrificio de los derechos fundamentales no sea tan intenso e irreparable. Respecto del segundo criterio, en un Estado de derecho, construido sobre el respeto a los derechos humanos, la gravedad de la respuesta penal tiene que venir limitada precisamente por los derechos constitucionalmente reconocidos para todos: la dignidad, la prohibición de las penas y tratos inhumanos, crueles o degradantes, y la orientación reeducadora y de reinserción social de las penas²⁸⁰. Respecto a la vulneración

²⁷⁷ Nota de prensa del Ministerio de Justicia sobre el AP de reforma del Código Penal, pág. 4, <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197775106/Medios/1288777317612/Detalle.html> (última revisión realizada el 29.10.2014).

²⁷⁸ *Supra* apartado I.1

²⁷⁹ STC 127/2009, Fundamento jurídico 8: “sólo cabrá calificar la norma penal o la sanción penal como innecesarias cuando, a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador... Y sólo cabrá catalogar la norma penal o la sanción penal que incluye como estrictamente desproporcionada cuando concurra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa”.

²⁸⁰ RÍOS, *La prisión perpetua*, p. 67.

de la PPR de estos principios constitucionales nos referiremos al abordar el tema de la constitucionalidad de la PPR en el capítulo tercero, apartado II.5.

A.3. Conclusiones y valoración crítica.

La conclusión que se deriva de lo expuesto en los apartados precedentes es que la necesidad de la PPR no parece una evidencia solvente desde el punto de vista de su racionalidad penológica, ya que, en primer lugar, no se encuentra apoyada en ninguna evidencia empírica, acudiendo el legislador a simples elementos valorativos (percepción de justicia por parte de la ciudadanía)²⁸¹.

Como se ha podido comprobar a lo largo de los dos anteriores apartados, la introducción de la PPR no responde a un aumento de la criminalidad, ni tampoco parece que se vaya a conseguir un efecto preventivo intimidatorio mayor por el simple hecho de aumentar la duración de la pena (prevención general negativa), pues no existen datos empíricos que avalen que los incrementos en penas ya muy elevadas tengan réditos adicionales en la contención de delito. Además, hay que recalcar que nuestro sistema de penas ya permite penas de prisión de hasta cuarenta años (art. 76), que incluso pueden ser cumplidos de forma íntegra en la cárcel (art. 78).

Tampoco parece plausible que el objetivo que persigue el legislador, aumentar la confianza de la sociedad en la justicia (prevención general positiva), se alcance a través de la inclusión de una pena indeterminada. En primer lugar, porque es incierto que la confianza aumente únicamente por el incremento de la duración de la pena. En segundo lugar, porque la existencia de las supuestas “demandas sociales” de mayor punitividad a la que se alude, es una interpretación subjetiva que hace el legislador, pues como se ha visto, a lo largo del proceso legislativo, se han aportado tres versiones diferentes de los delitos a los que se debería aplicar la PPR, lo que demuestra o bien que esa supuesta demanda social es muy variable, o que el legislador se basa en apreciaciones y no en datos contrastados.

En relación con la prevención especial, teniendo en cuenta que los delitos para los que se prevé la PPR son los que menores tasas de reincidencia presentan, no parece que la introducción de una pena sin un límite determinado de finalización vaya a lograr un mayor éxito en la disminución de la reincidencia, controlando la puesta en libertad de personas peligrosas. Antes de la introducción de la PPR, el sistema penitenciario ya disponía (y dispone) de mecanismos suficientes para que una persona, durante el

²⁸¹ CÁMARA, “Crónica”, p. 25.

cumplimiento de la pena de prisión, no disfrute de permisos, ni del tercer grado ni de la libertad condicional en caso de que exista riesgo de reincidencia.

Por todo ello, convenimos con LASCURAÍN cuando defiende que la nueva pena no redundará en beneficio de una mayor protección de la sociedad, ni mayor libertad, pero lo que sí hará es convertirnos en bastante menos civilizados (aunque sea revisable y aunque fuera constitucional)²⁸². El único efecto que seguro producirá esta nueva pena es, en palabras de GUIASOLA el aumento de la población penitenciaria ya suficientemente elevada, lo que no se traducirá, sin embargo, en una mayor seguridad ciudadana²⁸³.

La casi totalidad de la doctrina se ha pronunciado en contra de la PPR²⁸⁴. La mayoría de los autores ha mostrado dudas sobre la necesidad de la introducción de la PPR y del respeto de las orientaciones constitucionales²⁸⁵. Durante el proceso legislativo esta pena fue defendida exclusivamente por el Grupo Parlamentario Popular²⁸⁶. BERDUGO sostiene que es una reforma no necesaria, no fundamentada y de muy dudosa constitucionalidad²⁸⁷. En la misma línea, CANCIO considera que la nueva pena es innecesaria, político-criminalmente ilegítima por el desprecio a todo debate parlamentario y público y por la ausencia de una mínima justificación²⁸⁸.

Si como se ha argumentado, la necesidad de la PPR es más que, ni parece que vaya a contribuir a una mayor seguridad ciudadana, la pregunta que surge es cuál es el verdadero objetivo que se persigue con su aprobación.

MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN afirman que la PPR pretende dar satisfacción a las campañas surgidas tras algunos casos especialmente graves, como el asesinato y desaparición de una joven sevillana en las que se exigió la cadena perpetua para la segregación social absoluta de los responsables de crímenes de especial gravedad²⁸⁹ y lograr así desviar la atención de la opinión pública de los delitos de cuello

²⁸² LASCURAÍN, “Ni aunque revisable”, en *El País*, 3 de octubre de 2013.

²⁸³ GUIASOLA, “Libertad Condicional”, pp. 388-389.

²⁸⁴ Un ejemplo de ello es el manifiesto firmado por los Catedráticos de Derecho Penal de treinta y tres Universidades Públicas españolas, ante la grave situación que atraviesa la legislación sancionadora penal y administrativa en España, donde consideran a la prisión permanente revisable “una injustificable pena” que “pisotea la dignidad humana. Véase Agencia *Europa Press*, 21 enero 2015. Así mismo, El grupo de estudios de política criminal, asociación integrada por cerca de 200 profesores universitarios, jueces, magistrados y fiscales progresistas, celebró el 4 de marzo de 2015 en universidades públicas de toda España, una acción conjunta y simultánea en rechazo de la reforma del Código Penal. Además, denuncian que el endurecimiento de las penas es populista y no deparará mayor seguridad, pensando, especialmente, en la PPR que tachan, además, de contraria a la idea de dignidad. Disponible en http://www.icab.cat/files/242-481220-DOCUMENTO/ManifestGEPC_2015_02_%20sobre%20reforma%20penal.pdf. También los abogados y abogadas de los Servicios de Orientación Jurídica Penitenciaria piden que se suprima la pena de prisión permanente revisable de la legislación. Véase <http://www.abogacia.es/2016/02/15/los-soajp-piden-que-se-derogue-la-prision-permanente-revisable/>

²⁸⁵ Las argumentaciones que se alegan para defender la incompatibilidad con la Constituciones, se expondrán en detalle en el capítulo tercero, apartado II. 5

²⁸⁶ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARAN, *DP PG*, p. 549.

²⁸⁷ BERDUGO y LIBERATORE, “El proyecto”, p. 8.

²⁸⁸ CANCIO, “PPR”, p. 8.

²⁸⁹ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARAN, *DP PG*, p. 547. Exactamente lo mismo ocurrió con la introducción de la libertad vigilada, la cual pretendía dar respuesta a la alarma social que se había generado en torno a determinados casos,

blanco²⁹⁰. CANCIO también coincide en que los agentes políticos que impulsan la reforma no pretenden perseguir ningún objetivo propiamente jurídico-penal, sino obtener la rentabilidad política²⁹¹. En la misma línea, PASCUAL afirma que no es una medida tomada por su utilidad social, sino por populismo punitivo, ya que es conocido que el endurecimiento de las legislaciones penales es muy rentable electoralmente, da muchos votos²⁹². GONZÁLEZ COLLANTES coincide con la tesis de que el *establishment* político responde a los deseos de los familiares de las víctimas de los delitos más graves a cambio de votos²⁹³. VENTA también opina que la prisión tiene un carácter político, es decir, obedece a razones de índole política, ya que actúa como arma electoral para llevar a cabo medidas populistas como la introducción de la PPR²⁹⁴.

Como hemos podido observar, la forma que tiene el legislador de responder a las peticiones de las asociaciones de víctimas de ciertos acontecimientos mediáticos que conmocionan a la ciudadanía es a través del endurecimiento de las penas. Lo que se busca es dar una imagen de rigor con el crimen y con ello obtener réditos políticos. Como afirman BERDUGO y LIBERATORE hemos pasado de la optimista resocialización a la inocuización, con los riesgos que esta vía implica, tal como la historia dramáticamente nos ha puesto de relieve²⁹⁵. En la misma línea, DAUNIS es rotundo al afirmar que a pesar de la efectista fundamentación de la medida, su finalidad no es otra que la “venganza institucional”, “la neutralización”, “la intimidación general” y, en definitiva, la “mano dura” frente al delincuente²⁹⁶.

Se trata de una forma de abordar la criminalidad iniciada en el año 2003, que supone una especie de transición del Derecho penal humanista, de la reinserción o del Estado social a un Derecho penal del castigo, de la dureza, de la venganza o del Estado neoliberal²⁹⁷. GUIASOLA afirma que la PPR supone la culminación de un proceso de reformas desde la aprobación del CP de 1995 caracterizadas, directa o indirectamente por una aceleración punitiva²⁹⁸. JUANATEY por su parte opina que el establecimiento de esta

De Juana Chaos, la pequeña Mari Luz, Sandra Palo o, actualmente, Marta del Castillo. De hecho, la verdad es que la aprobación de la LO 5/2010 coincide con las últimas noticias de delitos graves, los cuales son justamente de agresión sexual (por ejemplo, el caso de Marta del Castillo) y terrorismo (Juana Chaos).

²⁹⁰ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARAN, *DP PG*, p. 12.

²⁹¹ CANCIO, “PPR”, p. 7.

²⁹² PASCUAL, “PPR”, p. 59

²⁹³ GONZÁLEZ COLLANTES, “PPR”, p.9.

²⁹⁴ VENTA, “PPR”, p. 3.

²⁹⁵ BERDUGO y LIBERATORE, “El proyecto”, p. 8.

²⁹⁶ DAUNIS, “PPR”, p.107; PASCUAL, “PPR”, p. 59.

²⁹⁷ DAUNIS, “PPR”, p.103. También desde otro punto de vista histórico, la PPR encuentra oposición. Así, OLIVER sostiene que esa pena ni es humana ni es civilizada y que su desproporción obedece al más puro instinto de venganza, ese que desde hace ya algunos siglos se ha considerado incompatible con una organización social civilizada. Entrevista realizada el martes 24 de febrero de 2015. <http://info.nodo50.org/Hay-una-epoca-de-regresion-en.html>. OLIVER es profesor titular de Historia Contemporánea en la Universidad de Castilla La Mancha y el coordinador del Grupo de Estudios sobre la Historia de la Prisión y las Instituciones Punitivas, constituido en 2007.

²⁹⁸ GUIASOLA, “Libertad Condicional”, p.388.

pena y las razones a las que responde suponen la vuelta a un Derecho penal premoderno²⁹⁹.

Otro ejemplo de esta nueva tendencia que pone el énfasis en la peligrosidad y la prevención especial negativa lo constituye la libertad vigilada introducida por la LO 5/2010, de 22 de junio. La propia Exposición de Motivos de esa ley señalaba que el objetivo de esa medida era eliminar el riesgo de reincidencia de los sujetos imputables que tras salir de prisión siguen siendo peligrosos criminalmente. Sin embargo, el legislador optó por aplicar la libertad vigilada únicamente a dos tipos de delincuentes, sexuales y terroristas, quienes, como se ha argumentado anteriormente, no presentan altas tasas de reincidencia. Al igual que con la PPR, en este caso también se hace una presunción de peligrosidad futura. Tanto la libertad vigilada como la PPR se centran en unas tipologías específicas de delincuentes y de delitos, lo que presenta connotaciones más acusadas de un Derecho Penal de autor o del enemigo. Este dato se confirma a la vista del carácter preceptivo de la libertad vigilada para todos los delincuentes sexuales y terroristas y el carácter preceptivo para todos los delitos para los que se prevé la prisión permanente revisable. Además, debe añadirse que la reincidencia no es requisito necesario para aplicar la PPR ni tampoco la libertad vigilada³⁰⁰, como tampoco lo es la comprobación de la peligrosidad criminal. La verdad es que la aprobación de la LO 5/2010 coincidió con las últimas noticias de delitos graves, los cuales eran justamente de agresión sexual (por ejemplo, el caso de Marta del Castillo) y alguno relacionado con el terrorismo. Como afirma DÍEZ RIPOLLÉS, la introducción de la libertad vigilada tiene directo origen en sucesos aislados que han generado indignación social y, por tanto, al igual que la PPR, es hija de una política criminal populista³⁰¹.

Lo cierto es que PPR (y también la libertad vigilada) surgen en un momento histórico que se caracteriza por una intensa preocupación por la seguridad y una fuerte inclinación hacia una política criminal cada vez más represiva, lo que se conoce como “Derecho penal securitario” o “nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”³⁰². Dentro de este modelo se encuentra el “derecho penal del enemigo”³⁰³. La idea motriz de todas las modificaciones que se proponen o se avalan para ese derecho penal de enemigos gira en

²⁹⁹ JUANATEY, “Política criminal”, p. 26.

³⁰⁰ Como se ha señalado *supra*, apartado B.1, en los delitos contra la libertad sexual y los de terrorismo la libertad vigilada se impone obligatoriamente con el primer delito siempre que sea grave. Lo que ocurre es que, *a sensu contrario*, en los casos de delitos sexuales y de terrorismo donde su aplicación es preceptiva, si el delito es menos grave, su aplicación es facultativa si además de no ser grave, es un único delito y el delincuente es primario.

³⁰¹ DÍEZ RIPOLLÉS, *Delitos y penas*, p. 106. Así mismo, este autor, en la p. 44, señala que la libertad vigilada transforma lo que pudiera ser un útil instrumento de reinserción social, a desarrollar en las últimas fases de ejecución de la pena, en una medida que persigue prolongar la exclusión social una vez que ha cumplido la pena de prisión.

³⁰² DÍEZ RIPOLLÉS, *Política criminal*, p. 69.

³⁰³ DÍEZ RIPOLLÉS, *Política criminal*, p. 124.

torno a la idea de la peligrosidad de tales delincuentes, y a su consiguiente corolario de que no hace falta esperar para intervenir penalmente a la producción de un daño o al surgimiento de un peligro identificable³⁰⁴. CARBONELL, en referencia a los proyectos de reforma, advertía que el principio de culpabilidad estaba a punto de ser ignorado, “hasta el punto de que puede anunciarse su completa desaparición”³⁰⁵.

Como explican HASSEMER y MUÑOZ CONDE las tendencias actuales de la política criminal se orientan, no hacía la prevención especial positiva, sino a convertir al sistema penitenciario en un sistema de aseguramiento y neutralización del autor (prevención especial negativa), quedando excluido el fin de la reinserción o, en el mejor de los casos, otorgándole un papel secundario³⁰⁶. CARBONELL señala que se trata de una dirección político-criminal global y muy regresiva, en el que se está produciendo un auge del Derecho penal del enemigo y del cual el caso español forma parte³⁰⁷.

Esta tendencia hacia la prevención especial negativa se refleja claramente en la prisión perpetua³⁰⁸. DAUNIS sostiene que la PPR supone la última expresión de la “nueva penología”, pues rechaza la reinserción social como fin del castigo y se centra en la neutralización y en el control del delincuente peligroso. Considera que esta pena se encuadra en un “Derecho penal del enemigo” que flexibiliza las garantías penales y procesales ante determinados sujetos categorizados como una amenaza para el Estado³⁰⁹. En una línea similar, CORRECHER afirma que se va abandonando el fin resocializador de las penas privativas de libertad, dirigiéndose hacia meras funciones control, vigilancia, custodia y neutralización del penado³¹⁰ y de esta manera se produce un acercamiento a ese nuevo modelo de derecho penal.

Desde hace ya tiempo, juristas y criminólogos han puesto de manifiesto el creciente punitivismo que se viene apreciando en España y con ello el aumento constante de la población penitenciaria. Como explican LARRAURI, DÍEZ RIPOLLÉS o TAMARIT, las tasas de encarcelamiento parecen ser más producto de decisiones político-criminales que reflejo de la criminalidad, es decir, el incremento de personas encarceladas responde a razones de política criminal y no a la subida del delito³¹¹. El aumento de la

³⁰⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, *Política criminal*, p. 124.

³⁰⁵ CARBONELL, “Los proyectos de reforma”, p. 282.

³⁰⁶ HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 186

³⁰⁷ CARBONELL, “Los proyectos de reforma”, pp. 281-282

³⁰⁸ HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 186. Así mismo, señala que esa tendencia también se refleja en otras dos instituciones: 1) la agravación de la pena para los delincuentes habituales y 2) la aplicación de medidas de seguridad como forma de prolongación de la duración de la pena a los autores de delitos sexuales, o de eliminación de sus impulsos sexuales.

³⁰⁹ DAUNIS, “PPR”, p. 66.

³¹⁰ CORRECHER, “Privatización de las prisiones”, pp. 346 y ss.

³¹¹ Entre otros, DÍEZ RIPOLLÉS, *Política criminal*, p. 141; LARRAURI, “Castigo”, pp. 4-8; y TAMARIT, “Sistema de sanciones”, p. 19.

prisión no se produce de forma correlacionada con los índices de delitos. Como explica LARRAURI, el aumento desproporcionado de personas en prisión que se observa desde la década de los ochenta, no responde directamente a incrementos en la comisión de delitos, sino que además del número de delitos hay una decisión política de cómo reaccionar frente a ellos. Así mismo añade que si en lugar de medir el número de personas encarceladas por habitantes, se pone en relación la tasa de personas en prisión con el índice de delitos, España aparecería aún más punitiva en un baremo comparativo con el resto de países de nuestro entorno³¹². En definitiva, como afirma DÍEZ RIPOLLÉS, esa desconexión entre realidad delictiva y control penal, que es la que presenta la situación político criminal española, corrobora que en la configuración de la política criminal tienen más presencia decisiones valorativas o ideológicas que consideraciones utilitarias o de eficacia³¹³.

Frente a lo que se suele creer, en España no tenemos altas tasas de encarcelamiento porque condenamos a muchos ciudadanos a una pena de cárcel: el volumen de condenas producido por nuestro sistema penal resulta moderado en comparación con otros países³¹⁴. Lo que sí se hace es tener a las personas condenadas mucho tiempo en la cárcel³¹⁵ y además en régimen de cumplimiento rígido, lo que queda demostrado por los bajos porcentajes de personas que disfrutaban de permisos de salida (una tercera parte)³¹⁶, el tercer grado penitenciario (16,2%)³¹⁷ y la libertad condicional que, como señala DÍEZ RIPOLLÉS, se aplica en unos porcentajes extremadamente bajos³¹⁸ (14,4%)³¹⁹.

Según ese mismo autor, uno de los agentes sociales que se han convertido en portaestandartes de la nueva ideología de la seguridad ciudadana son los medios de

³¹² LARRAURI, “Castigo”, pp. 4-6.

³¹³ DÍEZ RIPOLLÉS, *Política criminal*, pp. 141 y 178. Otra muestra de que las tasas de delincuencia y de encarcelamiento son independientes entre sí, de forma que una y otra aumentan o disminuyen conforme a propios factores y explicaciones, lo constituye Finlandia. El cambio tan profundo que tuvo lugar en los años cincuenta en la política criminal finlandesa hacia un sistema menos represivo, y que redujo la población penitenciaria de forma tan considerable, no supuso cambios en la evolución de los niveles de delincuencia. Véase LAPPI, “Política criminal”, p. 127; y del mismo autor. “Economía Política”, p. 347.

³¹⁴ Véanse referencias estadísticas en TAMARIT, “Sistema de sanciones”, p. 17; CID, “Incremento”, pp. 4-5 y 9.

³¹⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, *Política criminal*, p. 184. El mismo autor señala en otra de sus obras, *Delitos y penas*, p. 14, que la duración de la estancia media en prisión ha pasado de 9.7 meses en 1996 a 18 meses en 2007. En ese año 2007 nuestra cifra de estancia media en prisión duplicaba holgadamente las cifras de Inglaterra y Gales, Alemania y Francia, y triplicaba la de Italia; en realidad, solo Rumanía y Portugal tenían en la Unión Europea cifras de estancia media más altas. Por su parte, LARRAURI, “Castigo”, p. 8, de entre los múltiples factores que pueden estar asociados a las altas tasas de personas encarceladas hace referencia a tres: la economía política, la cultura política y el rol de los expertos. En cuanto al primer factor, señala que en general los criminólogos y el público siempre han asumido la existencia de una relación entre Estado social y delito. La presunción es que un Estado social promueve mayores cotas de inclusión económica y social y disminuye la motivación para la realización de delitos. La novedad estriba quizás en que actualmente se empieza a poner énfasis en que en los Estados sociales también hay un menor índice de encarcelamiento y que éste no se encuentra mediado por el delito. La existencia de esta relación ha sido puesta de relieve por Cavadino/Dignan (2006) y por Lacey (2008). Para mayor información véase, LARRAURI, “Castigo”, p. 8 y siguientes.

³¹⁶ RÍOS y otro, *Andar 1km*, p. 135.

³¹⁷ Véase, SGIP, Informe General 2016, p. 32.

³¹⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, *Política criminal*, p. 185.

³¹⁹ Véase el anuario Estadístico del Ministerio del Interior, 2016, p. 66.

comunicación, pero afirma que detrás de ellos se encuentran los intereses políticos. Así, señala que la información que publican los medios dependen en un alto porcentaje de la que les es suministrada por las fuentes oficiales o institucionales, lo que permite a éstas dirigir la atención mediática hacia los asuntos que más les interesan. Por ello, afirma que, aunque los agentes políticos apelen a la existencia de una demanda social de mayor rigor o la situación social a confrontar, en realidad son sus intereses partidistas los que configuran la política criminal. El autor insiste en que la política criminal ha puesto ya sobradamente de manifiesto que son los agentes políticos y sus intereses inmediatos los que determinan en mayor medida la agenda político-criminal³²⁰. No es cierto que los agentes políticos se vean forzados a desarrollar una política criminal rigurosa porque las demandas populares y mediáticas no les dejan otra alternativa. Muy al contrario, son los agentes políticos los auténticos conformadores de la agenda político-criminal³²¹.

Una de las consecuencias de la atención que los medios de comunicación dedican al delito es la percepción social de que el delito ha aumentado (cuando en la realidad ha descendido)³²², lo que favorece una demanda social de mayor intervención³²³. CUERDA habla de “olas de criminalidad” que crean los medios de comunicación de forma artificial y que consiste en informaciones reiteradas sobre determinados delitos (normalmente los violentos o contra la libertad e indemnidad sexuales) originando en un grupo social la creencia injustificada de un aumento de la criminalidad³²⁴.

En este modelo penal de la seguridad ciudadana, señala JUANATEY, lo que parece primar es una aproximación simplista al problema de la delincuencia, que ve la solución en un incremento de las penas y considera que los principios constitucionales del Derecho penal son un privilegio para el delincuente y la orientación de la prisión hacia la reinserción un agravio hacia las víctimas y un beneficio injustificado para el delincuente. Los ciudadanos no delincuentes ya no temen los excesos que los poderes

³²⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, *Política criminal*, pp. 93, 141 y 179. Señala ese autor que se ha convertido en una práctica habitual en España que la policía o fiscalía, con mucha frecuencia dirigidas desde los órganos centrales, convoquen a los medios para dar cuenta de aquellas actuaciones que les interesa publicitar, incluso antes de hacer llegar a los jueces los atestados, querellas u otros documentos pertinentes. Entre los primeros autores que pusieron de manifiesto esta realidad (dependencia de los medios de comunicación de la información, o falta de información, suministrada por fuentes oficiales), véase BECKETT, *Making Crime Pay*, pp. 62-78; BECKETT y SASSON, *The Politics of Injustice*, pp. 73-79.

³²¹ DÍEZ RIPOLLÉS, *Delitos y penas*, p. 20

³²² GARCÍA ESPAÑA y otros, “Evolución de la delincuencia”, pp. 22-24. Sobre la no correlación entre percepción social del aumento del delito y el miedo a ser víctima de un delito, véase DÍEZ RIPOLLÉS, “La pena de prisión permanente revisable es una cadena perpetua, y de las más duras”, en *El diario*, 24 de febrero de 2015 (Disponible en http://www.eldiario.es/andalucia/Jose-Luis-Ripolles-Derecho-Penal_0_360114085.html. Último acceso 28.11.2018). Para mayor información acerca de cómo los medios de comunicación influyen sobre la percepción que tiene la ciudadanía del crimen, véase entre otros, GARCÍA ARÁN y BOTELLA, *Medios de comunicación, passim*; SOTO, “La influencia de los medios”, *passim*; VARONA GÓMEZ, “Medios de comunicación”, *passim*;

³²³ DÍEZ RIPOLLÉS, “Seguridad ciudadana”, p. 25; y CUERDA, “Los medios de comunicación”, p. 192.

³²⁴ CUERDA, *La cadena perpetua*, p. 35.

públicos pudieran realizar en el ejercicio de sus funciones represivas, lo que constituye una alarmante novedad en las sociedades democráticas³²⁵.

B. Ámbito de aplicación e individualización.

A lo largo de este apartado, que dividimos en tres partes, explicaremos, en primer lugar, en qué casos se aplica la PPR, para posteriormente proceder a su análisis y, en particular, destacar algunos problemas de concursos de leyes que se plantean a la hora de determinar la aplicación de esta institución. Con ello, se persigue dar una visión al mismo tiempo global y en detalle de la regulación que pueda ir poniendo de relieve algunas contradicciones o dificultades de aplicación. También aspectos que luego serán objeto de estudio más intensificado por su contraste con los términos de comparación con el modelo inglés o con los estándares internacionales. Por ello, finalmente, dedicaremos la última parte a explicar las reglas especiales sobre individualización de la pena en el caso de la prisión permanente revisable, que aunque entrañan una cierta visión técnica detallista implican, al mismo tiempo, importantes matices sobre el alcance y operatividad de la institución a estudio que conviene tener muy presente en el resto de este trabajo.

B.1. Delitos castigados con la PPR.

A diferencia del Reino Unido, donde existen distintas modalidades de penas indeterminadas –a las que nos referiremos *infra* apartado II-, en España la única pena indeterminada que recoge el CP es la prisión permanente revisable. Otra de las diferencias respecto del sistema inglés es que para la aplicación de la PPR no se exige la previa acreditación de la peligrosidad criminal del sujeto como ya hemos venido indicando. En el Reino Unido, salvo la cadena perpetua obligatoria, la imposición del resto de penas indeterminadas está condicionada a la verificación de la peligrosidad criminal.

Los supuestos para los que se establece la PPR se encuentran dispersos a lo largo del articulado. Esta pena se prevé, principalmente, para ciertos casos de homicidios y asesinatos, pero también se aplica a otros delitos como agresiones sexuales y lesiones³²⁶.

En cuanto a los delitos de homicidio y asesinato, ha de señalarse que la LO 1/2015 introduce cambios tanto en la tipificación, como en la duración de las penas. En lo que respecta a la primera figura, se introduce un tipo agravado de homicidio (art. 138.2)

³²⁵ JUANATEY, “Política criminal”, pp. 134 y135; y véase también DÍEZ RIPOLLÉS, *Política criminal*, p. 85.

³²⁶ Debe señalarse que el Gobierno anterior de Mariano Rajoy aprobó el 9 de febrero de 2018 un anteproyecto de ley para extender la PPR a seis delitos más: a los violadores en serie, a los secuestros que acaben con la muerte del rehén, a quienes atenten contra infraestructuras clave (como puertos, aeropuertos, carreteras, estaciones y trenes), cuando se oculte el cadáver de una persona asesinada o no se colabore en su hallazgo, en los casos de abusos sexuales contra menores tras privarles de libertad o torturarles y, por último, cuando se causen incendios en los que se ponga en peligro la vida de personas o determinados usos de elementos químicos o nucleares con resultado de muerte. Este anteproyecto no siguió adelante debido al éxito de la moción de censura presentada contra Rajoy.

mediante la inclusión de dos circunstancias calificadoras del homicidio doloso. En relación con el delito de asesinato, se revisa la definición del asesinato básico, que pasa a incluir una cuarta circunstancia (art. 139.1. 4^o³²⁷) y se aumenta el límite máximo de 20 años a 25 años. El tipo agravado o cualificado de asesinato (art. 139.2) se mantiene inalterado. Finalmente se introduce un tipo hiperagravado de asesinato castigado con la PPR (art. 140), en el cual nos centraremos.

A continuación, pasaremos a especificar los delitos en los que será de aplicación la nueva pena de prisión permanente revisable.

En primer lugar, la PPR se prevé para el delito de asesinato siempre que concurren las siguientes circunstancias: que la víctima sea menor de 16 años o especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad (art. 140.1. 1^o); cuando el asesinato se ha cometido tras un delito contra la libertad sexual sobre la misma víctima (art. 140.1.2^o); cuando el asesinato ha sido cometido por una persona perteneciente a un grupo u organización criminal (140.1.3^o); y en el caso de asesinato de más de dos personas (art. 140.2).

En segundo lugar, la PPR también se podrá imponer no sólo cuando se trate de un asesinato sino también de un homicidio, siempre que la víctima o quien comete el delito sean las personas concretas que señala el Código Penal. Así, se podrá imponer la PPR cuando la víctima sea el Rey, la Reina o los Príncipes de Asturias, así como los Jefes de Estados extranjeros u otras personas internacionalmente protegidas que se hallen en España (art. 605.1). También se impondrá esa pena cuando se trate de homicidios o asesinatos terroristas (art. 573 bis1.1^o) u homicidios o asesinatos de lesa humanidad o genocidio (art. 607.1.1^o y 2^o y art. 607bis 2. 1^o). Por tanto, en estos casos, es indiferente que se trate de un homicidio o un asesinato, siempre se impondrá la PPR.

En tercer y último lugar, también cabe imponer la PPR a otros delitos distintos del homicidio o el asesinato, en concreto en casos de agresiones sexuales y lesiones del art. 149, pero sólo si éstos son cometidos dentro del delito de genocidio (art. 607.1.1^o y 2^o), es decir, cuando esos delitos se cometan con el objetivo de destruir un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes.

Hay que señalar que los delitos para los que se prevé la nueva pena de prisión han variado a lo largo del proceso legislativo. En las enmiendas parlamentarias del Partido Popular encaminadas a su introducción en el año 2010 –con ocasión de la tramitación parlamentaria de la LO 5/2010– se incluían supuestos de asesinato o de homicidio en el contexto de un genocidio (enmiendas 385 y 397), los de homicidio posterior a la violación

³²⁷ El asesinato cometido para facilitar la comisión de otro delito o evitar que se descubra.

(enmienda 390), homicidio del Rey o de la Reina (enmienda 392) y los casos de homicidio terrorista (enmienda 394)³²⁸. Posteriormente, ya en la tramitación de la reforma que da lugar a la aprobación de la última versión del CP, es decir, en el primer Anteproyecto del 16 de julio de 2012, la aplicación de la prisión permanente revisable quedaba drásticamente reducida, contemplándose únicamente para los delitos de homicidio o asesinato terrorista. Finalmente, los subsiguientes anteproyectos y proyecto de ley que se han ido redactando han ampliado el ámbito de aplicación de la prisión permanente revisable, incluyendo los mismos supuestos que se han aprobado³²⁹.

Por último, queda señalar que además de la PPR se podrá imponer una libertad vigilada (LV) en dos casos: cuando se trate de un asesinato del art. 140 (por disposición del art. 140 bis) y en el homicidio o asesinato terrorista (por disposición del art. 579. bis. 2), siendo preceptiva su imposición en este último caso. La aplicación de esta de la LV significa que el riesgo de volver a prisión por el incumplimiento, durante la ejecución, de las medidas impuestas (art. 106) o la comisión de un delito, seguirá actuando como un poderoso control sobre la vida del condenado, quien previamente ya habrá cumplido una pena de prisión de muy larga duración. Debe anotarse, que el art. 140 bis señala que esa medida de seguridad se podrá imponer a los condenados por uno o más delitos comprendidos en el título I del libro II relativo al homicidio y sus formas (arts. 138-143), título que también incluye el homicidio imprudente del art. 142 y los delitos de auxilio e inducción al suicidio del art. 143, en cuyo caso la aplicación de la LV parece, a todas luces, innecesaria.

B.2. Observaciones y críticas sobre los delitos previstos para la PPR

Algunos de los supuestos para los que se prevé la aplicación de la PPR exigen una serie de explicaciones y comentarios que pasamos a señalar a continuación.

B.2.1. Asesinato hipergavado por razón del sujeto pasivo

En relación con el primer supuesto del art. 140.1, el asesinato de un menor de 16 años, el Consejo Fiscal en su informe sobre el anteproyecto de 2012 observó una clara discordancia entre esa edad y la de 13 años por la que se optaba en otros apartados del Código Penal como elemento desencadenante de una protección más intensa de las víctimas que no la alcancen –por ejemplo, en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, puesto que el anteproyecto mantenía la edad del consentimiento sexual en los 13 años. Por ello, consideró que las razones que motivaban la diferente selección de la

³²⁸ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, n° 52-9, pp. 173 y ss.

³²⁹ MAPELLI, “La cadena perpetua”, p. 29, advertía de que la prisión permanente revisable era una coartada para otras reformas más graves que las dos grandes fuerzas políticas de aquel momento (PP y PSOE) pretendían introducir en la reforma de 2010, las cuales convertirían al CP en más severo que el que resultó de la reforma de 2003.

edad de protección especial en el caso del asesinato debían ser debidamente explicadas en la parte expositiva del texto, o en su caso, proceder a que en el texto articulado se homologue la menor edad de 13 años como elemento cualificador del asesinato³³⁰. Finalmente, en la regulación vigente no se ha optado por ninguna de las dos opciones planteadas por el Consejo Fiscal, aunque ya no existe tal contradicción, ya que el legislador ha elevado la edad del consentimiento sexual de los 13 años a los 16 años (art. 183).

Siguiendo con este primer supuesto, que además del anterior incluye el asesinato de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad, se plantea un problema concursal de normas por su posible solapamiento con la alevosía³³¹, que ya ha sido objeto de casación ante el TS)³³². Como es conocido, la jurisprudencia ha venido considerando de forma ampliamente dominante, alevosía en todo caso cuando el sujeto pasivo del delito es un recién nacido, niño de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves, impedidos u otro ser indefenso (lo que se conoce como alevosía por desvalimiento o por aprovechamiento de la situación de indefensión de la víctima)³³³. Por lo tanto, la nueva regulación plantea el problema de delimitación entre el asesinato alevoso (art. 139.1) y el asesinato hipercualificado (art. 140.1.1º)³³⁴. El nuevo art. 140.1.1º obliga a aplicar la PPR siempre que se den las circunstancias que se recogen en ese apartado primero, lo que según el CGPJ, evidencia una tendencia al *bis in idem*, pues “buena parte de los supuestos a los que se refiere el art. 140.1.1º, terminarán en la alevosía en atención a la construcción jurisprudencial de la misma”³³⁵. Además, como pone de manifiesto CÁMARA parece complicado entender que un menor de 16 años es siempre un sujeto especialmente vulnerable por razón de la edad, por lo que en su opinión, se trataría de un ejercicio de paternalismo excesivo³³⁶. En el mismo sentido, SÁNCHEZ ROBERT señala que siempre será discutible el fijar un determinado momento, una concreta edad -en este caso dieciséis años- que, sin atender a otras

³³⁰ Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de reforma del CP de 2012, p. 129.

³³¹ Entre otro, SUÁREZ-MIRA, “Homicidio”, p. 479 y MUÑOZ RUÍZ, “Delitos contra la vida”, p. 355.

³³² Este Tribunal ha revocado, recientemente, una condena de la Audiencia Provincial de Tenerife, en la que se imponía una PPR por considerar que se tuvo en cuenta una misma circunstancia, la vulnerabilidad de la víctima, para aplicar dos agravantes distintas: la alevosía y la específica que prevé el Código Penal para víctimas indefensas por enfermedad o discapacidad. La Sala de lo Penal sustituyó la PPR por una condena de 24 años de prisión, al calificar los hechos como asesinato con alevosía y ensañamiento, y dejó sin efecto la aplicación de la agravante por vulnerabilidad de la víctima. Véase STS, sala de lo penal, nº 82/2019, de 16 de enero de 2019.

³³³ GÓMEZ MARTÍN, “Asesinato”, p. 47; y SUÁREZ-MIRA, “Homicidio”, p. 475.

³³⁴ Este mismo problema también se presenta a la hora de delimitar los lindes entre el asesinato alevoso y el homicidio agravado, ya que la circunstancia del art. 140.1.1º ha sido incorporada también en el nuevo tipo agravado de homicidio (art. 139.2).

³³⁵ Informe del CGPJ al Anteproyecto de reforma del CP de 2012, p. 155.

³³⁶ CÁMARA, “Crónica”, p. 27.

circunstancias, haya de servir para determinar o no la aplicación de la pena de prisión permanente revisable³³⁷.

La doctrina ofrece diferentes soluciones ante esta situación. En opinión de ALONSO, cuando se trate de la muerte de un menor de 16 años que sea capaz de defenderse y el sujeto activo haya empleado medios, modos o formas que impidan la defensa y aseguren el resultado, ésta muerte puede ser calificada de alevosa y también dar lugar al asesinato del art. 140 (asesinato hiperagravado) que lleva a la aplicación de la PPR, porque además de haber alevosía se trata de un menor de 16 años. Según esta autora, no se vulneraría el principio de *non bis in ídem*, porque ambas circunstancias tienen un ámbito y una naturaleza jurídica propia³³⁸. Por tanto, la posibilidad de aplicar conjuntamente la alevosía y la circunstancia de menor de edad de 16 años se presentará en aquellos casos en que el menor es capaz de defenderse. Si por el contrario, el sujeto pasivo no es capaz de defenderse debido a su corta edad, entonces, no podría aplicarse la alevosía por faltar el elemento tendencial de asegurar el resultado y, por tanto, se aplicaría el nuevo homicidio agravado (art. 138.2)³³⁹.

De igual modo, esa autora señala que cuando se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad (la cual debe ser interpretada como la vejez o ancianidad, para que no resulte redundante con el supuesto de menor de 16 años) o su enfermedad o discapacidad, tampoco queda del todo excluida la compatibilidad con la alevosía, por lo que en caso de existir alevosía y además darse esa circunstancia, podría aplicarse la PPR. Por último, cuando se trate de la muerte de un recién nacido, ha de ser calificada siempre como homicidio agravado (porque si se apreciase alevosía, el nuevo art. 138.2 nunca podría aplicarse), lo que, en palabras de ALONSO, produce desajustes o distorsiones valorativas en comparación con la muerte alevosa del menor de 16 años capaz de defenderse que da lugar a la aplicación de la PPR. La muerte de persona tetrapléjica o del recién nacido –personas totalmente incapaces de defenderse– da lugar al

³³⁷ SÁNCHEZ ROBERT, “PPR”, p. 6.

³³⁸ El fundamento de la alevosía se encuentra en el mayor desvalor de acción y el fundamento de la protección del menor de 16 años en el mayor desvalor de acción y de resultado, ya que al ataque a la vida se añade el ataque al interés a una protección penal más intensa de las personas que se hallan en situación de desventaja (protección de la igualdad real). Véase ALONSO, “Asesinato”, pp. 20-22.

³³⁹ De esta manera, desechando la aplicación conjunta de la alevosía con la minoría de edad o especial desvalimiento, no se vulneraría el principio *non bis in ídem*; véase MUÑOZ RUÍZ, “Delitos contra la vida”, p. 356. Esta nueva modalidad de homicidio agravado se ajusta a lo que la doctrina dominante defendía (en contra de la jurisprudencia dominante del TS) al señalar que, desde una perspectiva de *lege lata*, en tales supuestos (recién nacidos, niños de corta edad, ancianos, impedidos etc.) no cabe hablar de alevosía, sino de abuso de superioridad. Ello se debe a que la literalidad del art. 22.1 sobre la alevosía exige un elemento de tendencia, es decir, el empleo de modos o formas que tengan como objetivo asegurar la indefensión de la víctima, por lo tanto, cuando la ejecución queda asegurada, pero no porque así lo haya buscado el autor, sino porque le haya venido dada por la propia incapacidad inherente de la víctima para defenderse, la apreciación de la alevosía supondría una aplicación análogica in *malam partem* del Derecho penal. Véase, entre otros, GÓMEZ MARTÍN, “Asesinato”, p. 47.

homicidio agravado, mientras que la muerte de un persona menor o vulnerable, pero que es capaz de defenderse da lugar al asesinato alevoso hiperagravado³⁴⁰.

MUÑOZ CONDE, sin embargo, reserva la aplicación de la PPR para aquellos casos distintos a los que se aprecia la alevosía. Según ese autor, la PPR se podría aplicar cuando la muerte se califica como asesinato, por ejemplo, por la existencia de precio o ensañamiento y además se trata de una víctima menor de 16 años o especialmente vulnerable. La razón de esta interpretación se encuentra en que si la víctima puede defenderse, entonces no puede ser considerada especialmente vulnerable y por ello, en ese caso, correspondería aplicar el asesinato alevoso, pero no el tipo hiperagravado por razón de vulnerabilidad, porque no lo es³⁴¹. En cambio, si efectivamente la víctima es especialmente vulnerable y ello hace innecesario usar medios o formas en la producción de la muerte que aseguren el resultado e impidan la defensa (por ejemplo, muerte de un bebé o de un enfermo en coma), lo que procede es aplicar homicidio cualificado, no asesinato alevoso, pues la introducción del homicidio agravado hace insostenible la interpretación jurisprudencial de que toda muerte de un ser desvalido es automáticamente alevosa. Por tanto, en este caso, la PPR quedaría excluida³⁴².

Por último, MUÑOZ CONDE matiza que para aplicar la cualificación por ser la víctima menor de dieciséis años, será necesario el conocimiento si quiera aproximado de la edad de la víctima, por lo que, en el caso en que el autor no lo supiera y creyera fundadamente (por la apariencia física o por cualquier otra causa) que la víctima era mayor de esa edad, no podrá aplicársele la cualificación, salvo que se estime que en este caso la edad es una mera condición objetiva de punibilidad, que no precisa ser conocida por el autor, lo que constituiría una clara infracción del principio de culpabilidad, mucho más recusable cuando se trata de aplicar una pena de prisión permanente³⁴³.

SUÁREZ-MIRA, al igual que MUÑOZ CONDE, considera que se podrá aplicar el asesinato hiperagravado cuando la muerte de un menor de 16 años o de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad, o discapacidad física o mental se haya producido por precio, recompensa o promesa, con ensañamiento o para facilitar la comisión de otro delito o evitar que se descubra. Aunque entiende que en el caso de un menor de 16 años también cabría la aplicación del asesinato hiperagravado por la vía de la alevosía cuando ésta se haya estimado por razón distinta a la edad. En cuanto

³⁴⁰ ALONSO, "Asesinato", pp. 21 y 24.

³⁴¹ MUÑOZ CONDE, *DP PE*, p. 52-53. Como vemos, esta interpretación difiere de la realizada por ALONSO, pues esta última, opina que si la persona vulnerable puede defenderse, ha de aplicarse el tipo hiperagravado por concurrir la alevosía y la circunstancia de vulnerabilidad. Ello se debe a que esta autora, dentro de la persona especialmente vulnerable, distingue entre aquella que puede defenderse y aquella que no.

³⁴² MUÑOZ CONDE, *DP PE*, p. 52.

³⁴³ MUÑOZ CONDE, *DP PE*, pp. 52-53.

a cómo calificar la muerte de un bebé o de niño de corta edad, así como de persona totalmente desvalida por enfermedad o discapacidad, SUÁREZ-MIRA difiere de los dos anteriores, al entender que debería aplicarse el asesinato alevoso. Los motivos que alega son que de aplicarse el nuevo homicidio agravado, se iría en contra de la jurisprudencia establecida por el TS³⁴⁴ y la razón para no aplicar el nuevo asesinato hiperagravado se debe al hecho de que se incurriría en la infracción del principio *non bis in ídem*, ya que el factor de la corta edad se tendría en cuenta dos veces, una para calificarla de asesinato alevoso y dos, como circunstancia agravante específica del asesinato hiperagravado³⁴⁵. La interpretación de SUÁREZ-MIRA parece dejar sin contenido el nuevo homicidio agravado.

GÓMEZ MARTÍN por su parte considera que la PPR sería ley especial respecto al asesinato alevoso, quedando este último desplazado. Según este autor, el primer supuesto que da lugar a la PPR se trata de una modalidad específica de alevosía por aprovechamiento de situación de especial indefensión de la víctima, que de acuerdo con la jurisprudencia del TS en materia de alevosía con menores e incapaces debía aplicarse el asesinato alevoso, y que ahora le corresponde la PPR por ser ley especial. Así mismo, entiende que sería de aplicación la PPR cuando la víctima tenga menos de 16 años, pero pueda defenderse. En este punto pone el acento en lo extraordinaria que puede resultar la agravación cuando la víctima se encuentre próxima en edad a la barrera de los 16 años y el autor sea mayor de edad, pero por escaso margen, ya que la desigualdad constitucional entre ambos puede no resultar significativa³⁴⁶. Esta interpretación parece que también deja sin aplicación el nuevo homicidio agravado por razón del sujeto pasivo.

B.2.2. Asesinato hiperagravado por su vinculación con otro hecho delictivo

En relación con el segundo supuesto que recoge el art. 140.1.2º, el asesinato cometido tras un delito contra la libertad sexual sobre la misma víctima, hay varias cuestiones que merecen ser comentadas³⁴⁷.

En primer lugar, llama la atención la falta de distinción entre agresiones y abusos sexuales, equiparando dos tipologías de muy distinta gravedad y vulnerando, por tanto,

³⁴⁴ La aplicación del asesinato alevoso en lugar del homicidio agravado vendría dada, según este autor, por la aplicación del art. 8.4 para el caso de concurso de leyes.

³⁴⁵ SUÁREZ-MIRA, "Homicidio", pp. 479-480.

³⁴⁶ GÓMEZ MARTÍN, "Asesinato", p. 54.

³⁴⁷ Cabe observar que, en la enmienda nº 390 presentada por el Grupo Popular en 2010 al Proyecto de Reforma del Código Penal, se proponía como un supuesto de asesinato la muerte de una persona tras su violación que sería castigado con prisión de veinticinco a treinta años o prisión perpetua revisable, es decir, penas alternativas entre las cuales el órgano sentenciador podía elegir.

el principio de proporcionalidad³⁴⁸. Cualquier delito sexual, independientemente de su gravedad, dará lugar a la aplicación de la PPR³⁴⁹. De forma que, el que mate a su víctima después de violarla será castigado con la misma pena que aquel que la mata después de realizarle unos tocamientos constitutivos, por ejemplo, de abusos sexuales³⁵⁰. La opción, hoy existente, del concurso real entre un homicidio doloso y el correspondiente delito contra la libertad sexual permite, sin duda, una mayor adecuación de la consecuencia jurídica a la gravedad de lo injusto³⁵¹.

En segundo lugar, como pone de manifiesto MUÑOZ CONDE falta una justificación por parte del legislador que explique por qué se aplica esta figura en relación con el delito sexual y no en relación con otros igualmente graves como detención ilegal, secuestro, robo con violencia, etc.³⁵²

En tercer lugar, al igual que sucedía con el supuesto anterior (víctima menor de 16 años o especialmente vulnerable), cuando nos encontramos ante un asesinato cometido de forma subsiguiente a la comisión de un delito contra la libertad sexual, puede plantearse un problema de concurso de normas entre esta circunstancia y la genérica del art. 139.1.4 (en concreto, la segunda modalidad: el asesinato cometido para evitar que se descubra)³⁵³. Ambas figuras delictivas se aplican cuando la muerte se ha producido después de haber cometido un delito previo; en el caso del asesinato hiperagravado, porque así lo indica el artículo expresamente al utilizar el término “subsiguiente” y, en el caso del asesinato básico, porque se exige que el tipo subjetivo del asesinato sea el de evitar que se descubra el delito, por lo que si se mata antes, no se entendería que se comete con ese fin -aunque ciertamente puede encajar en la otra modalidad, es decir, en el asesinato cometido para facilitar la comisión de otro delito”³⁵⁴. Sin embargo, existen algunas diferencias entre ambas figuras delictivas, que expresamos a continuación.

³⁴⁸ CÁMARA, “Crónica”, p. 27; VIZUETA “Proyecto de reforma”, p. 5; SÁNCHEZ ROBERT, “PPR” p. 7.

³⁴⁹ En la enmienda n.º 390 presentada por el Grupo Popular en 2010 al Proyecto de Reforma del Código Penal, se proponía como un supuesto de asesinato la muerte de una persona tras su violación, que sería castigado con prisión de veinticinco a treinta años o prisión perpetua revisable, es decir, penas alternativas entre las cuales el órgano sentenciador podía elegir.

³⁵⁰ DEL CARPIO, “Prisión permanente”, p. 5.

³⁵¹ VIZUETA, “Proyecto de reforma”, pp. 5 y 6

³⁵² MUÑOZ CONDE, *DP PE*, p. 53.

³⁵³ Este párrafo 4º del art. 139.1 lo introdujo la LO 1/2015. El problema concursal también se plantea respecto a la delimitación entre el homicidio agravado, art. 138.2, y el asesinato básico, art. 139.1.4º, ya que el art. 138.2 al hacer referencia al tipo agravado del art. 140.1, también posibilita su aplicación en caso de que la muerte se haya producido tras un delito sexual. Por tanto, ante un caso como el citado, deberá determinarse si se aplica el homicidio agravado o el asesinato básico. Según explica VIZUETA, “Proyecto de reforma”, p. 16, el tipo objetivo del asesinato coincide con el tipo objetivo del homicidio doloso simple. Sin embargo, la diferencia entre ambas modalidades reside en su tipo subjetivo, pues en la figura del asesinato, al dolo propio del homicidio, se añade un elemento subjetivo de lo injusto adicional al dolo: la finalidad de que se cometa otro delito y de que éste se vea favorecido por la realización del tipo del delito contra la vida. Esta finalidad es, precisamente, la que convierte el homicidio en asesinato.

³⁵⁴ La primera modalidad de la circunstancia 4º del delito de asesinato, “para facilitar otro delito”, puede aplicarse cuando la muerte sea anterior o coetánea; el asesinato puede verificarse en cualquier momento del *iter criminis* del delito-fin, desde el inicio de los actos preparatorios hasta la consumación; véase FELIP, “El homicidio” p. 44. Obviamente, el único límite es que en el momento de causar la muerte no se haya perfeccionado con anterioridad el

El art. 139.1.4º recoge un delito complejo que exige dos delitos y una relación especial final (medio-fin), mientras que la circunstancia 2º del artículo 140 no tiene esta estructura³⁵⁵. A diferencia de lo que sucede con el art. 139.1.4º, no exige que la comisión subsiguiente del delito de asesinato se haya producido para evitar el descubrimiento del delito contra la libertad sexual. En el delito de asesinato hiperagravado, se exige que toda muerte sea subsiguiente a un delito contra la libertad sexual, independientemente de si tiene la estructura de un delito complejo³⁵⁶. En opinión de ALONSO, sorprende la no exigencia de una conexión ni causal, ni teleológica ni subjetivo-final entre ambos delitos, bastando con una relación de sucesión. Se tratará, por lo general, de una relación ocasional, pero el CP español no requiere expresamente que medie conexión ocasional³⁵⁷.

El término “subsiguiente” del art. 140.1.2º restringe el marco de aplicación de la agravante a los casos en que hay proximidad temporal estrecha entre el delito sexual y la muerte. Debe concurrir una relación de sucesión inmediata³⁵⁸. Por tanto, la inmediatez de la conducta deja extramuros de esta modalidad agravada los casos en los que transcurre un lapso de tiempo entre la ofensiva a la libertad sexual y el ataque a la vida humana independiente, por lo que si el autor mata a la víctima varios días después, no debería aplicarse esta cualificación³⁵⁹. Así mismo, quedan al margen de este tipo agravado los supuestos en los que la muerte del sujeto pasivo se produce como consecuencia de la violencia propia del delito contra la libertad sexual o de la misma conducta sexual llevada a cabo y no subsiguiente a su realización³⁶⁰.

En lo que se refiere al grado de participación, en opinión de SIERRA y VIZUETA, entre otros, para la aplicación del art. 140.1.2º es necesario que el autor del delito contra la libertad sexual sea a la vez autor del delito de asesinato. Por tanto, quedan fuera los supuestos en los que el partícipe del delito contra la libertad sexual es el autor del asesinato, y también quien participa (a título de inductor, cooperador necesario o cómplice) en un asesinato cometido inmediatamente después de un delito contra la libertad sexual del que ha sido autor o coautor³⁶¹. Tal conexión, sin embargo, no se exige, en opinión de esos autores, en el tipo básico de asesinato por la vía de la circunstancia 4º. Aquí no es necesario que el autor del asesinato sea a la vez autor del delito-fin³⁶².

delito que se pretendía facilitar. Es decir, no puede entenderse que se ha matado para facilitar un robo cuando éste se llevó a cabo con éxito días atrás, por ejemplo.

³⁵⁵ SIERRA, “Asesinato”, p. 16.

³⁵⁶ Entre otros, GÓMEZ MARTÍN, “Asesinato”, p. 54; y SIERRA, “Asesinato”, p.17.

³⁵⁷ ALONSO, “Asesinato”, p. 25.

³⁵⁸ ALONSO, “Asesinato”, pp. 25- 26.

³⁵⁹ Entre otros, MUÑOZ, *DP PE*, pp. 53-54 y VIZUETA, “Proyecto de reforma”, p. 5.

³⁶⁰ Entre otros, MUÑOZ, *DP PE*, p. 53 y VIZUETA, “Proyecto de reforma”, p. 5.

³⁶¹ SIERRA, “Asesinato”, p. 18 y VIZUETA, “Proyecto de reforma”, p. 5.

³⁶² El sujeto activo de esta nueva modalidad de asesinato ha de matar a una persona para facilitar la comisión de otro delito, lo que implica que el sujeto realiza la acción típica de matar con la finalidad de que se cometa otro delito -por

Por último, queda señalar que el asesinato hiperagravado sólo se aplicará cuando el delito previamente cometido es el delito sexual, sin embargo, en el asesinato básico, cabría incluir cualquier delito.

Con todo ello, GÓMEZ MARTÍN concluye que para poder aplicar el art. 140.1.2º, aunque formalmente no se exija la concurrencia del elemento de tendencia interna (asesinar para no ser descubierto), una interpretación sistemática de este artículo en relación con el art 139.1.4º exige ese elemento para el asesinato hiperagravado, pues de lo contrario, provocaría la incongruencia valorativa de exigir menos para lo que con mayor pena está castigado. Así, mismo, señala que, dado que el art. 139.1.4 no distingue entre delitos sexuales y otros que no lo sean, en caso de tratarse de un delito sexual, el concurso de leyes debe resolverse a favor del art. 140.1.2º en atención a los principios de especialidad y alternatividad³⁶³. En el mismo sentido, SIERRA sostiene que el art. 140 entra en juego cuando el asesinato sea subsiguiente al delito contra la libertad sexual y cuando se haya cometido para evitar ser descubierto³⁶⁴.

B.2.3. Asesinato hiperagravado por razón del sujeto activo

En cuanto al asesinato cometido por una persona perteneciente a un grupo u organización criminal³⁶⁵, son varias las cuestiones que se suscitan.

En primer lugar, se equiparan en este tipo agravado la organización y el grupo criminal, lo que no deja de contrastar con el diferente tratamiento penológico que se concede a ambas realidades en los arts. 570 bis y ss.³⁶⁶.

En segundo lugar, parte de la doctrina advierte de que la redacción del art. 140.1.3º, asesinato cometido “por quien pertenezca a un grupo u organización criminal”, puede generar dudas, ya que puede ser interpretada en el sentido de que cualquier asesinato cometido por una persona perteneciente a un grupo u organización criminal debe castigarse con la PPR, aunque dicho asesinato no esté relacionado con el grupo u organización, es decir, cuando dicho asesinato no se haya cometido como parte de la

él o por un tercero- y de que la muerte del sujeto pasivo favorezca o ayude de algún modo su ejecución (Véase VIZUETA, “Proyecto de reforma”, p.16) Lo mismo sucede en el caso de que se mate a una persona *para evitar que se descubra* el delito previo cometido. Esta figura delictiva consiste en matar a otra persona para encubrir un delito previo cometido por el propio autor de la muerte (supuesto de autoencubrimiento) o por otra persona (encubrimiento de tercero). Véase VIZUETA, “Proyecto de reforma”, pp. 16 y 18. Otros autores, en cambio, en referencia a las dos modalidades, se posicionan en sentido opuesto, como ÁLVAREZ y VENTURA, “Asesinato”, p. 326, que defienden que en el delito que se ha querido facilitar, y al margen de otros posibles partícipes, ha de intervenir el autor que es lo que se corresponde con el fundamento que se le ha querido otorgar a esta circunstancia anclada sobre los motivos personales que han llevado al sujeto a la acción.

³⁶³ GÓMEZ MARTÍN, “Asesinato”, p. 53.

³⁶⁴ SIERRA, “Asesinato”, p. 17.

³⁶⁵ La definición de ambos conceptos se recoge en los arts. 570 bis (organización criminal) y 570 ter (grupo criminal).

³⁶⁶ ÁLVAREZ y VENTURA, “Asesinato”, p. 324.

actividad de ese grupo u organización³⁶⁷. Esto lleva a SUAREZ-MIRA a sostener que esta regulación se acerca a los postulados de un Derecho Penal de autor³⁶⁸, apuntando en la misma línea PEÑARANDA que se trata de una regulación más propia de un modelo de Derecho penal de autor, como el del llamado “Derecho Penal del enemigo”³⁶⁹.

Sin embargo, una parte importante de la doctrina entiende que este precepto ha de interpretarse de forma restrictiva. Así, ALVAREZ y VENTURA argumentan que, en caso de que el asesinato se cometiera a modo particular, decaería el fundamento de la agravación (mayor facilidad y, por tanto, peligrosidad para cometer delitos) y, por consiguiente, no podría aplicarse la PPR³⁷⁰. A favor de esta interpretación se muestra también PEÑARANDA. Éste advierte de la falta de concordancia entre la redacción literal del precepto y la caracterización que del supuesto en él contenido se hace en la Exposición de Motivos (X), cuando refiere esta agravación a los supuestos de “asesinatos cometidos en el seno de una organización criminal” y no meramente por uno de sus integrantes. De ello, cabría extraer, según el citado autor, un argumento adicional de carácter “histórico” a favor de la restricción de este tipo cualificado a los casos en que el grupo o la organización criminales tengan por finalidad la comisión de delitos particularmente graves y violentos y a que el homicidio o del asesinato se hayan cometido en estrecha conexión con tal objetivo³⁷¹. También VIZUETA considera que para aplicar este tipo agravado ha de existir una conexión entre el homicidio ejecutado y la actividad o actividades delictivas a las que se dedica la organización o grupo; el asesinato debe encontrar su razón de ser en la finalidad delictiva del grupo u organización³⁷². En la misma línea, FELIP defiende que aunque no es necesario que la comisión del asesinato sea el objetivo específico del grupo u organización³⁷³, el atentado contra la vida debe producirse con motivo u ocasión de sus actividades delictivas³⁷⁴.

En tercer y último lugar, queda señalar que si la pertenencia al grupo u organización criminal se castigara de forma separada (mediante la aplicación de los arts.

³⁶⁷ SUAREZ-MIRA, “Homicidio”, p. 471; GÓMEZ MARTÍN, “Asesinato”, p. 55; VIZUETA, “Proyecto de reforma”, p. 8; y MUÑOZ RUIZ, “Delitos contra la vida”, p. 357.

³⁶⁸ SUAREZ-MIRA, “Homicidio”, p. 471.

³⁶⁹ PEÑARANDA, “Asesinato”, p. 1267

³⁷⁰ ALVAREZ Y VENTURA, “Asesinato”, p. 324.

³⁷¹ PEÑARANDA, “Asesinato”, p. 1267

³⁷² Este autor recuerda que en los tipos agravados por la pertenencia del sujeto activo a una organización delictiva, sí se exige de forma explícita que la agrupación o asociación criminal a la que pertenece el sujeto tenga entre sus actividades la realización de la misma clase de delitos que el que resulta concretamente agravado (por ejemplo, el art. 183.4 f, que castiga con mayor pena cuando los abusos o agresiones sexuales a menores de 16 años se hayan cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades). Por ello, señala que para aplicar este tipo agravado, si bien no es necesario que la organización o el grupo criminal al que pertenece el sujeto activo tenga por finalidad u objeto la comisión de delitos de homicidio, debe existir una conexión entre el asesinato y las actividades delictivas del grupo u organización. VIZUETA, “Proyecto de reforma”, p.8.

³⁷³ Lo cual sí se exige en los tipos agravado por la pertenencia a un grupo u organización delictiva, tal como hemos señalado *supra*.

³⁷⁴ FELIP, “Homicidio”, p. 34.

570 *bis* y 570 *ter*, que son precisamente los que la castigan), nos encontraríamos ante una posible vulneración del principio *non bis in idem*. Por ello, la doctrina afronta esta cuestión como un concurso de leyes que se resuelve a favor de la aplicación del tipo hiperagravado de asesinato, es decir, la PPR –por aplicación del principio de absorción del art. 8.3³⁷⁵.

B.2.4. Asesinato hiperagravado por asesinato múltiple

En este apartado (art. 140.2), muerte de más de dos personas, también parece haber una contradicción entre su contenido y lo manifestado en la Exposición de Motivos. Como ya venía advirtiendo el Consejo Fiscal, la Exposición de Motivos se refiere a los asesinatos reiterados o cometidos en serie, lo que implica la muerte de dos o más personas, mientras que el precepto alude a la muerte de más de dos personas³⁷⁶.

Así mismo, la redacción del precepto permite diversas interpretaciones en relación a dos cuestiones que pasamos a explicar.

En primer lugar, se suscita el problema de si las diferentes muertes han de ser calificadas de asesinato o basta con que lo sea una de ellas, pudiendo las restantes constituir homicidio simple o agravado. El precepto se refiere expresamente al “reo de asesinato”, y éste lo es sólo si ha sido condenado por un delito de asesinato, sea de los arts. 139 o 140.1 CP, pero a continuación se añade “que hubiera sido condenado por más de dos muertes”, lo que abre la puerta a la posible aplicación de la PPR cuando sólo una de las muertes sea constitutiva de asesinato. La doctrina mayoritaria se ha mostrado a favor de una interpretación restrictiva, por lo que la prisión permanente sólo debería aplicarse cuando cada una de las muertes sea calificada como asesinato, sea de los arts. 139 o 140.1³⁷⁷.

En segundo lugar, cabe discutir si se pretende imponer la PPR a quien mata reiteradamente y es condenado en la misma sentencia por las diferentes muertes, a quien causa las diferentes muertes mediante una acción, o si el “hubiera sido condenado”, significa que ya ha de haber recaído sentencia por muertes anteriores. A favor de excluir la agravación en los casos de unidad de acción y pluralidad delictiva se hallaría la Exposición de Motivos que se refiere a “asesinatos reiterados o cometidos en serie”, lo que remite a asesinatos sucesivos y no a los casos de unidad de acción y múltiples resultados. Sin embargo, las Exposiciones de Motivos no son vinculantes. En opinión de MANZANARES, cabe aplicar la PPR tanto si se trata de un único hecho que causa

³⁷⁵ CÁMARA, “Crónica”, p. 27; SUÁREZ-MIRA, “Homicidio”, pp. 471-472; SIERRA, “Asesinato”, p. 18; y VIZUETA, “Proyecto de reforma”, p. 9.

³⁷⁶ Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de reforma del CP de 2012, p. 128

³⁷⁷ En este sentido se pronuncian: SUÁREZ-MIRA, “Homicidio”, p. 481; DEL CARPIO, “Prisión permanente”, p. 5; y GÓMEZ MARTÍN, “Asesinato”, p. 55.

múltiples muertes como si se trata de asesinatos reiterados³⁷⁸. Sin embargo, MUÑOZ CONDE, entiende que la redacción del precepto sólo permite imponer la PPR en casos de reincidencia, es decir, cuando el sujeto haya sido condenado previamente por otros delitos contra la vida, lo que considera incoherente, ya que no se podrá aplicar cuando se juzgue a un sujeto por varias muertes, por ejemplo, si ha hecho estallar una bomba, aunque haya producido múltiples víctimas, si no tiene antecedentes. En todo caso, añade, no es necesario que las muertes tengan ninguna relación entre sí, ni que se hayan producido en un determinado periodo de tiempo. Basta con que, el momento de juzgar al reo por un asesinato, éste tenga condenas previas por la muerte de más de dos personas³⁷⁹. Esta interpretación supone sustraer este supuesto del régimen general de la multirreincidencia (art. 66.5º), la cual agrava la pena en el caso de que el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título³⁸⁰.

Por último, como pone de relieve SUÁREZ-MIRA, el CP equipara penológicamente el asesinato múltiple (muerte de tres o más personas) con cualquier modalidad de asesinato hiperagravado; es decir, se castiga por igual el asesinato subsiguiente a un delito contra la libertad sexual o un único asesinato de un menor de 16 años que el asesinato de tres o más personas. Sin embargo, existe una diferencia a nivel penitenciario y de ejecución de la pena, ya que el art. 140.2 remite a las reglas del art. 78 bis.2º, el cual recoge unos plazos de cumplimiento para alcanzar el tercer grado y la libertad condicional superiores al plazo general³⁸¹ –respecto a esta materia nos centraremos en profundidad en el capítulo tercero, apartado II-, por lo que parece claro que el objetivo de este precepto es castigar más gravemente al autor de más de una muerte³⁸².

B.2.5. Delitos de genocidio y de lesa humanidad

Como ya se ha señalado anteriormente, la PPR se impone no sólo cuando se comete un asesinato, sino también en otro tipo de delitos (agresiones sexuales y lesiones), cuando éstos se cometen en el contexto de un genocidio. Sin embargo, al igual que sucedía con el supuesto del art. 140.1.2º (asesinato subsiguiente a la comisión de un delito sexual), los nuevos arts. 607.1 y 2, castigan delitos de diferente gravedad con la misma pena.

³⁷⁸ MANZANARES, *Código Penal de 2015*, p. 160.

³⁷⁹ MUÑOZ, *DP PE*, p. 54.

³⁸⁰ ALONSO, “Asesinato”, p. 47; Por su parte, GÓMEZ MARTÍN, “Asesinato”, p. 55, recalca que el precepto no exige que el reo haya sido condenado ejecutoriamente por dichas muertes, ni tampoco que deban ser firmes, sin embargo, el autor se decanta por una interpretación restrictiva del precepto.

³⁸¹ SUÁREZ-MIRA, “Homicidio”, p. 480 y 481.

³⁸² DEL CARPIO, “Prisión permanente”, p. 5.

Tanto el homicidio como el delito contra la libertad sexual y también las lesiones del art. 149 se castigan con la PPR, siempre que esos delitos se hayan realizados con fines genocidas, es decir, como parte del delito de genocidio.

Esta regulación no resulta coherente con el principio de proporcionalidad, que exige que la pena sea proporcional a la gravedad del delito, generándose así una anomalía en la jerarquía de las penas. De hecho, cuando el asesinato, la agresión sexual o las lesiones no se cometen dentro del delito de genocidio, el CP prevé distintas penas para cada una de ellas: prisión de entre 15 a 25 años para el asesinato (art.139); prisión de 12 a 15 años para la violación de un menor de 16 años (art. 183.3) y prisión de 6 a 12 años para las lesiones (art. 149). Curiosamente, tal proporcionalidad ha sido respetada con mayor cautela en los delitos de lesa humanidad (art. 607 bis.2.1º), pues solamente se prescribe la prisión permanente revisable para las conductas más graves (homicidio y asesinato)³⁸³, lo que al a vez plantea la duda de por qué la agresión sexual y las lesiones del art. 149 sólo se castigan con la PPR cuando se cometen dentro del delito de genocidio y no cuando se cometen dentro del delito de lesa humanidad.

Por último, queda señalar que los nuevos arts. 607.1 y 607 bis.2.1º superan las previsiones punitivas internacionales, imponiendo como único castigo posible la prisión indeterminada, frente a la discrecionalidad existente en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, en el que se indica que solamente podrá imponerse tal sanción cuando quede justificada la extrema gravedad del crimen y así lo aconsejen las circunstancias del condenado³⁸⁴. Dicho de otro modo, la reclusión a perpetuidad tiene un carácter excepcional en el Estatuto de Roma³⁸⁵.

En este punto conviene hacer una breve referencia al Estatuto de Roma para poder apreciar las diferencias existentes con la regulación española. Como es conocido, este estatuto castiga los crímenes internacionales (crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, genocidio y el crimen de agresión³⁸⁶). Atendiendo al precepto donde se recoge la pena perpetua (art. 77 del estatuto), la misma aparece enumerada en segundo lugar, siendo la pena de prisión de no más de 30 años la primera opción frente a los delitos mencionados. Además, como se ha adelantado, la aplicación de esa pena indeterminada exige una justificación particular, lo que significa que la cadena perpetua no es generalmente la pena principal³⁸⁷, es decir, hay una presunción a favor de aplicar una

³⁸³ DEL CARPIO, “Prisión permanente”, p. 10.

³⁸⁴ CÁMARA, “Crónica”, p. 28.

³⁸⁵ GONZALEZ TASCÓN, “PPR”, p. 8.

³⁸⁶ Art. 5 a 8 bis de Estatuto:

³⁸⁷ TRIFFTERER, *Rome Statute*, p. 1886, párrafo 24.

pena determinada, de máximo 30 años³⁸⁸. En resumen, para poder imponer la cadena perpetua deben cumplirse dos requisitos acumulativos: que así lo justifique la extrema gravedad del delito y las circunstancias personales del condenado³⁸⁹. Para determinar dicho extremo se atiende a la existencia de una o más circunstancias agravantes que se detallan a modo de *numerus apertus* en el art. 145.2.b de las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP)³⁹⁰, en el que se incluyen, entre otras, la existencia de condenas anteriores por los crímenes recogidos en el Estatuto, el abuso de poder o un alto número de víctimas.

De igual modo, cuando la condena es por más de un crimen, nuevamente el Tribunal Internacional goza de una amplia discrecionalidad. Debe imponer una pena individual por cada delito y otra común en la que se especifica el tiempo total a cumplir. La pena total a imponer no puede ser inferior a la pena individual de mayor duración ni tampoco podrá exceder los 30 años o la cadena perpetua (art. 78.3). A partir de aquí, el juez podrá imponer una pena que corresponde a la pena máxima individual, una combinación de las penas individuales, una pena máxima de 30 años o ninguna de las opciones anteriores. La pena general, queda a discreción del juez³⁹¹. En el caso de la cadena perpetua, se establecerá una única pena perpetua a ejecutar (art. 78.3)³⁹². Por tanto, a diferencia de la PPR española, la pena perpetua, conforme al Estatuto de Roma, en primer lugar, no es de imposición obligatoria y, en segundo lugar, no existen especialidades agravatorias por acumulación delictiva.

B.2.6. Delitos contra la corona.

Respecto a este último supuesto, cabe señalar que llama poderosamente la atención la aplicación de la PPR en los casos de homicidio o asesinato del Rey o la Reina o los Príncipes, así como de otros jefes de Estado extranjero, u otras personas internacionalmente protegidas que se hallen en España (art. 605.1). Antes de esta reforma ya se preveían penas mayores para estos casos en los arts. 485 y 605, y no parece que el contexto social ni criminológico justifiquen ese cambio, como tampoco parece probable que “la demanda de la sociedad”, a la que se alude en la Exposición de Motivos, haya requerido este cambio³⁹³.

³⁸⁸ SCHABAS, *Rome Statute*, p. 895.

³⁸⁹ Art. 77 del Estatuto de Roma y art. 145.3 de las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP).

³⁹⁰ Las Reglas de Procedimiento y Prueba constituyen, junto con el Estatuto, las reglas básicas que deben ser aplicadas por el Tribunal Penal Internacional para el correcto ejercicio de sus funciones.

³⁹¹ TRIFFTERER, *Rome Statute*, p. 1899, párrafo 21.

³⁹² LANDA, “Fines de la pena” p.107.

³⁹³ CANCIO, “PPR”, p. 5, afirma, en relación con el concreto catálogo de delitos castigados que primero se decidió introducir la pena, a la vista de los réditos electorales que se alcanzarían, y luego se seleccionaron los concretos delitos que debían ser castigados con ella. Por tanto, la cuestión de en qué casos se “necesita” la PPR sería secundaria.

B.3. Individualización de la PPR

La PPR es una pena de imposición obligatoria para el juez, no facultativa, lo que significa que éste deberá establecerla en los supuestos previstos, no teniendo capacidad para establecer una pena alternativa. Como se ha señalado, esto contrasta con el Estatuto de Roma donde la aplicación de la cadena perpetua aparece como segunda opción y su aplicación exige una justificación especial. En cuanto a la duración, no se establece un mínimo y un máximo en el cumplimiento de la pena, sino que su contenido es único y cerrado (no graduable), por lo que se pierde la capacidad de individualización judicial³⁹⁴. Esto puede provocar problemas a la hora de determinar la pena cuando se tengan que apreciar figuras que permiten bajar la pena en grado, como en el caso del grado de ejecución, la participación, y la aplicación de eximentes y atenuantes³⁹⁵.

Para solventar estos problemas, el CP ha añadido un apartado 4º en el art. 70, que determina que la pena inferior en grado a la de la PPR es la pena de prisión de veinte a treinta años³⁹⁶. Esto sucederá en los casos de tentativa (art. 62), complicidad (art. 63), cuando concurren eximentes incompletas (art. 68), una atenuante muy cualificada o dos atenuantes y ninguna agravante (art. 66.1.2º) y en el caso de producirse un error de prohibición vencible (art.14.3)³⁹⁷. En relación con los casos de eximente incompleta, JIMÉNEZ apunta que nada impide tomar en consideración las causas de semiimputabilidad previstas en los tres primeros números del art. 20, especialmente la 1 y la 2º. La realización de los hechos por sujetos con alteraciones mentales o por quienes se encuentren bajo la influencia de drogas tóxicas o alcohol, con notable merma de sus facultades de querer y entender, o de actuar conforme a una normal comprensión de la realidad y acorde con las consecuencias de sus actos, no suele ser excepcional³⁹⁸. Sin embargo, es más difícil imaginar en los graves delitos en los que se aplica la PPR que aparezca una atenuante tan relevante que, por sí sola salte a un peldaño punitivo inferior. En cuanto a la concurrencia de dos atenuantes, esto puede suceder cuando el culpable confiese a las autoridades los hechos y proceda a reparar el daño (arts. 21.4º y 5º).

³⁹⁴ Como se explicará al estudiar el sistema de penas del Reino Unido (concretamente de Inglaterra y Gales), aun cuando el juez impone una pena indeterminada, se fija una fecha determinada de cumplimiento (tarifa) que se establece teniendo en cuenta las circunstancias individuales del caso.

³⁹⁵ Además, como advierte CERVELLÓ, *Prisión perpetua*, p. 178, este problema se incrementará cuando, dentro de los delitos castigados con la PPR se den hechos que presenten diferencias en el modo de comisión del delito, en los daños producidos o en las circunstancias personales del delincuente, que no permitan diferenciar entre lo más gravoso y lo menos gravoso dentro de la misma pena, debido a que nos encontramos ante un contenido único y cerrado.

³⁹⁶ Gran parte de la doctrina considera excesiva y extremadamente gravosa la determinación de esta pena inferior en grado (20 a 30 años), pues puede ser incluso superior a la pena de origen, teniendo en cuenta que la revisión de la PPR se produce, con carácter general, a los 25 años.

³⁹⁷ JIMÉNEZ, “Aplicación de las penas”, p. 283. Este autor pone de manifiesto, respecto al error de prohibición que difícilmente se producirá esta última situación ante conductas tan graves como las señaladas para la imposición de la PPR. Véase también DEL CARPIO, “Prisión permanente”, p. 11.

³⁹⁸ JIMÉNEZ, “Aplicación de las penas”, p. 283.

A modo de ejemplo, la pena para el autor de un asesinato cualificado del art. 140.1 en grado de tentativa se le impondrá la pena inferior en un grado, por lo que la pena resultante será la prisión de veinte a treinta años. A partir de este marco penal, si concurren otras circunstancias que obliguen o faculten imponer una pena inferior en grado, en su determinación habrá que aplicar la regla contenida en el art. 70.1.2. Fuera de los casos señalados que dan lugar a la reducción de un grado, la PPR no podrá ser graduada. Por tanto, las reglas de individualización de la pena sólo entrarán en juego si las circunstancias personales del delincuente o del delito revisten la entidad suficiente para determinar una rebaja de la pena de al menos un grado³⁹⁹.

Como es sabido, sin conocer hasta el momento penas de prisión a perpetuidad, el Derecho penal español –después de la reforma del año 2003 que modificó los plazos máximos de cumplimiento en caso de concurso de delitos– permite imponer penas que pueden sumar hasta cuarenta años de prisión, con lo que cabe calificarlo a día de hoy de régimen penal más severo de Europa occidental en cuanto a la duración de la pena de prisión ordinaria. A pesar de esa posibilidad, parece obvio que la nueva pena de prisión permanente revisable supondrá un salto cualitativo, no tanto porque permite llegar a penas muy largas (pues ya era posible antes de su entrada en vigor), como, sobre todo, por la indeterminación de la duración de la pena que deja al reo en una situación de incertidumbre y de inseguridad jurídica⁴⁰⁰. En el capítulo tercero, apartado II, se volverá sobre estos temas al hablar de ejecución de la PPR.

B.4. Conclusiones y valoración crítica

Como ya se adelantó al hablar de la fundamentación de la reforma, el legislador no ofrece ninguna justificación sobre la necesidad de introducir esta nueva pena, ni aclara cuál es la razón que le ha llevado a seleccionar los delitos mencionados como diana de la PPR. El grupo de delitos escogido conllevaba, antes de la reforma, la aplicación de unas penas elevadas y, por tanto, una respuesta suficientemente severa por parte del derecho penal.

La imposición de una pena de duración indeterminada hace que su finalización quede vinculada a la acreditación de un pronóstico de reinserción favorable, lo que nos lleva a pensar que estamos ante delitos cuya tasa de reincidencia es alta y, por ello, debe

³⁹⁹ GONZÁLEZ TASCÓN, “PPR”, p. 8.

⁴⁰⁰ CANCIO, “PPR”, p. 4, señala que se permitirá llegar a penas aún más largas (potencialmente, hasta la muerte del penado en prisión), y ello, a diferencia de la regulación actual, para los autores de un único hecho (como, por ejemplo, el asesinato de un menor de 16 años, el asesinato terrorista, o el homicidio, asesinato y la agresión sexual que se cometa en un contexto de Genocidio).

someterse a examen la salida de prisión. Sin embargo, como se ha explicado, tampoco esta argumentación relativa a la necesidad de controlar la excarcelación sirve para entender la selección de los delitos que ha realizado el legislador, ya que los asesinatos, el principal delito al que se dirige, son los que menores índices de reincidencia presentan. La atención masiva que han centrado los medios de comunicación, en los últimos años, sobre algunos casos aislados de asesinato donde las víctimas eran menores de edad y se había intentado abusar de ellas, puede explicar mejor la decisión del legislador de optar por los delitos previstos en el CP.

Si la elección de los delitos parece desacertada, no es menos desafortunado el carácter preceptivo del que se dota a la PPR. La configuración de la PPR como pena obligatoria hace que su regulación sea más rígida que el modelo de cadena perpetua articulado en el Estatuto de Roma, cuya finalidad es la de castigar los crímenes internacionales más graves. A esta falta de discrecionalidad además se le añade la imposibilidad de individualizar la pena, salvo en casos concretos (como, por ejemplo, la tentativa o la complicidad), lo que es contrario al principio de proporcionalidad de la pena que exige que aquella se ajuste a la gravedad del delito causado y la responsabilidad del autor.

La misma desaprobación merece la confusa regulación de los diferentes tipos de asesinato y homicidio, que impide distinguir si se debe aplicar el nuevo homicidio agravado, la nueva circunstancia cuarta del asesinato básico o el asesinato hiperagravado. Este problema de concurso de leyes dificulta determinar con claridad qué pena corresponde imponer. Esta falta de precisión se aprecia también en algunos de los supuestos para los que se prevé la PPR. Así, por ejemplo, debe aplicarse la PPR ante cualquier tipo de delito sexual que se haya cometido antes del asesinato, lo que resulta manifiestamente desproporcionado. En la misma línea, delitos de diferente gravedad (el homicidio, el delito contra la libertad sexual y las lesiones) se castigan con la misma pena, PPR, cuando se han cometido en el contexto de un genocidio. También generan problemas interpretativos otros supuestos como el asesinato cometido por quien pertenece a una organización delictiva o el asesinato de más de dos personas.

Todo lo anterior, en definitiva, arroja sombras sobre la coherencia y solvencia técnica del modelo político-criminal subyacente a la institución de la PPR tal y como se ha recogido en el vigente CP y en particular sobre su excesiva rigidez y falta de adecuación de una tal institución a los delitos a los que se anuda como pena principal. En cualquier caso, esta primera caracterización de la PPR nos permite un punto de partida para comenzar un chequeo particular con otros modelos y estándares de regulación que

buscará en particular el escrutinio de aquellos aspectos que se han ido revelando como faltos de suficiente fundamentación y solvencia en el caso español. Comencemos, por tanto, a continuación, con el estudio del modelo inglés.

II. PENAS DE PRISIÓN INDETERMINADAS EN EL REINO UNIDO

1. Introducción

Dentro de este apartado dedicado al Reino Unido, explicaremos cuáles son las penas de prisión indeterminadas que se aplican en ese país, en concreto, en Inglaterra y Gales⁴⁰¹. Primero explicaremos la cadena perpetua preceptiva (*mandatory life sentence*) y, posteriormente nos referiremos a las penas “preventivas” impuestas específicamente a los delincuentes considerados peligrosos: la cadena perpetua discrecional (*discretionary life sentence*), la cadena perpetua por el segundo delito grave (*life sentence for the second serious offence*), la pena de prisión para la protección de la sociedad (*imprisonment for public protection o IPP*) y la pena extendida (*extended sentence*)⁴⁰². El objetivo de este capítulo es dar a conocer los requisitos legales que se exigen para imponerlas y para qué delitos se prevén. Como se podrá observar, las constantes reformas caracterizan a estas penas, las cuales han sufrido cambios significativos en un periodo de tiempo corto.

Antes de adentrarnos en la regulación de las diferentes penas indeterminadas es necesario hacer un breve recorrido por las fuentes del derecho inglés que regulan la determinación de la pena para poder entender dicho sistema legal (conocido como *common law*), ya que existen algunas diferencias con respecto al español (sistema legal romano germánico). Dentro de las fuentes, se encuentran la legislación, las directrices definitivas para la determinación de la pena (*Sentencing Definitive Guidelines*), las decisiones judiciales y el trabajo de ciertos juristas académicos⁴⁰³. Aunque este no es el lugar para profundizar sobre esas fuentes, dedicaremos el primer apartado a las tres primeras, detallando los puntos más relevantes⁴⁰⁴.

2. Las fuentes principales del derecho sobre la determinación de la pena

La principal fuente del derecho penal inglés ha sido históricamente el *common law o case law*, es decir, el derecho creado por los tribunales mediante las decisiones judiciales y por las obras de reconocidos juristas, como COKE y HALE en el siglo XVII, y HAWKINS, FOSTER y BLACKSTONE en el siglo XVIII. Sin embargo, actualmente la mayor parte de la legislación penal inglesa se encuentra dispersa en diferentes leyes; aunque es cierto que algunos delitos aún se rigen por el *common law*, sobre todo, el

⁴⁰¹ Escocia tiene su propio sistema diferenciado. Véase, entre otros, TINOCO, *Common Law*, pp. 25-26

⁴⁰² La pena extendida sería el equivalente español de la prisión seguida de libertad vigilada.

⁴⁰³ Los comentarios de las leyes y sentencias realizadas por los juristas son una fuente importante, constituyen trabajos doctrinales de referencia. Así como muchos referentes son históricos (BLACKSTONE o ARCHBOLD), David THOMAS, de la Universidad de Cambridge, ha sido el autor principal hasta su muerte en 2013, a quien se hará referencias constantes.

⁴⁰⁴ ASHWORTH, *Sentencing*, 2010, pp. 24-25.

asesinato, el homicidio, el asalto⁴⁰⁵ y la conspiración para cometer fraude, así como muchos de los elementos que determinan la culpabilidad (defensas “*defences*” como la coacción⁴⁰⁶, la embriaguez, la alteración psíquica y el acto involuntario), y conceptos básicos como la intención y la temeridad⁴⁰⁷. Por lo tanto, los delitos son ahora tanto los derivados del *common law* (*common law offences*) como los desarrollados mediante la ley (*statutory offences*), si bien la mayoría de delitos pertenecen actualmente a este último grupo, es decir, son “delitos legales o estatutarios”.

En los últimos años el equilibrio entre las fuentes acabadas de indicar ha sufrido un reajuste en términos de su influencia y peso en el resultado final de la determinación de la pena. Aunque la legislación continúa dominando tanto en términos cuantitativos como de autoridad, las directrices definitivas para la determinación de la pena abarcan tantos ámbitos que la mayoría de los casos que se enjuician en los Tribunales de los Magistrados (*Magistrate’s Courts*)⁴⁰⁸ y en los Tribunales de la Corona (*Crown Court*)⁴⁰⁹ implican la aplicación de una de esas directrices⁴¹⁰. Actualmente, la mayoría de las materias relacionadas con la determinación de la pena están, por tanto, reguladas por las directrices, ya sean del Consejo para la determinación de la pena⁴¹¹ o del Tribunal de Apelación. Esto significa que la relevancia del *common law* en la determinación de la pena ha disminuido. Las decisiones del Tribunal de Apelación siguen siendo importantes, pero su importancia depende de la interpretación que realicen las directrices⁴¹². Como veremos en seguida (*infra* apartado B), las decisiones del Tribunal de Apelación, que jugaron un papel fundamental en los primeros años, están siendo relevadas, de forma progresiva, por las distintas directrices que el Consejo para la determinación de la pena aprueba.

⁴⁰⁵ El término en inglés es *assault* y viene a cubrir en ocasiones un delito de lesiones, en otras agresiones sexuales y también los delitos de atentado contra las autoridades y la resistencia o desobediencia. Se distingue entre *assault* y *battery*, el primero consiste en hacer creer a otra persona que recibirá un daño físico, por ejemplo, levantar el puño en dirección hacia una persona (lo que se conoce como *technical assault*) y *battery* que incluye siempre un contacto físico, pero no necesariamente un daño físico (denominado *physical assault*). Para mayor información, véase, HUXLEY-BINS, *Criminal Law*, pp. 49-80; y CLOUGH y otros, *Criminal Law*, pp. 99-131

⁴⁰⁶ El término en inglés es *duress* y equivale a estado de necesidad o miedo insuperable español.

⁴⁰⁷ ASHWORTH, *Principles*, p. 5.

⁴⁰⁸ Este tribunal es el equivalente a los tribunales de primera instancia españoles. Prácticamente todos los casos penales comienzan en estos tribunales. Los delitos menos graves pueden ser enjuiciados por completo en estos tribunales, pero los delitos más graves se elevan a los *Crown Courts*. La gran mayoría de las sentencias se dictan por los *Magistrate’s Courts*, que enjuician más del 90 por ciento de los casos penales.

⁴⁰⁹ Este tribunal es el equivalente a las Audiencias Provinciales españolas. Los delitos más graves (por ejemplo, asesinato, homicidio, violación, robo) son enjuiciados por este tribunal que está compuesto por un juez y un jurado.

⁴¹⁰ La jerarquía de los tribunales en el Reino Unido es el siguiente: el más alto tribunal es el Tribunal Supremo (*Supreme Court*); en una escala inferior se encuentra el Tribunal de Apelación (*Court of Appeal*) que se divide en dos salas, la civil y la penal; a continuación se encuentra el Tribunal superior (*High Court*) dividido en tres salas (*Queens Bench division*, *Family division* y *Chancery division*); en un rango inferior están el *Crown Court* y el *Magistrate’s Court*, cuyos casos pueden ser recurridos a la sala o división primera del *High Court* (el *Queens Bench division*). Véase TINOCO, *Common Law*, pp. 42-45.

⁴¹¹ Se hará nuevamente referencia a este Consejo, *infra* apartado 2.B, profundizando más en su creación, función y composición.

⁴¹² ASHWORTH, *Sentencing*, 2015, p. 19.

A. La ley (*Statute*)

Las leyes aprobadas por el Parlamento establecen el marco legal para la determinación de la pena. El papel de la ley como fuente del derecho sobre la determinación de la pena ha sido, en gran medida, el de proporcionar competencias y establecer los límites exteriores a su uso, fijando, por ejemplo, la duración máxima de las penas que se puede imponer. Dentro de esos límites, la práctica del *sentencing* se ha caracterizado por una considerable libertad, sujeto a la supervisión del Tribunal de Apelación y la creciente influencia de las directrices definitivas.

Las leyes establecen una pena máxima para casi todos los delitos y algunas leyes también han introducido penas mínimas obligatorias. Así, por ejemplo, la Ley sobre el crimen (penas) de 1997 introdujo una pena mínima de siete años por el tercer delito de tráfico de drogas y otra pena mínima de tres años por el tercer delito de robo en domicilio, bajo ciertas condiciones⁴¹³. En la misma línea, la Ley de Justicia Penal de 2003⁴¹⁴, en el art. 269 y anexo (*schedule*) 21 especifica varias penas de partida o penas base (*starting points*) para la pena de cadena perpetua preceptiva por el delito de asesinato, es decir, unos periodos mínimos que pueden aumentar o disminuir dependiendo de las agravantes existentes, siendo el resultado la pena mínima a imponer (*tariff o minimum term*)⁴¹⁵. Por tanto, además de ser obligatoria la cadena perpetua para el delito de asesinato, el Parlamento ha especificado las penas de partida que los jueces deben tener en cuenta. De todas formas, hay que señalar que el tribunal disfruta de un margen de apreciación, ya que las penas mínimas no son imperativas: el tribunal debe “tenerlas en cuenta”⁴¹⁶ y en caso de que no imponga esas penas tiene que explicar por qué ha decidido no ajustarse a las mismas⁴¹⁷.

En los últimos años la legislación sobre la determinación de la pena se ha caracterizado por su creciente complejidad y sus constantes modificaciones. Casi en cada sesión parlamentaria desde el año 2000 se ha producido un conjunto de nuevas disposiciones sobre la determinación de la pena. El más importante vino de la mano de la Ley de Justicia Penal de 2003, pero cada año consecutivo se han producido más cambios

⁴¹³ *Crime (sentences) Act 1997*, arts. 3 y 4 (en lo sucesivo Ley sobre el crimen 1997 o Ley de 1997). Ambos artículos fueron reformulados en la Ley sobre los poderes de los tribunales penales (determinación de la pena) de 2000 (*Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000*; en lo sucesivo Ley sobre los tribunales de 2000) en los arts. 110 y 111. En ambos casos, el tribunal goza de un margen de apreciación para el caso de que la imposición de la pena prescrita resulte “injusta”.

⁴¹⁴ *Criminal Justice Act 2003*, (en adelante, Ley de Justicia Penal, Ley de 2003 o LJP 2003).

⁴¹⁵ Volveremos sobre este tema de importancia capital *infra* apartado 4.B al estudiar el régimen jurídico de las penas indeterminadas.

⁴¹⁶ La expresión original en inglés es “*the court must have regard to*” (art. 269.5 de la Ley de justicia Penal de 2003).

⁴¹⁷ SPRACK, *Criminal Procedure*, p. 417, para. 24.27, 24.28 y 24.31.

en esta materia⁴¹⁸. Además de lo anterior, las dificultades prácticas para los tribunales se incrementan debido a que la regulación sobre la determinación de la pena se encuentra muy dispersa en diferentes leyes⁴¹⁹.

B. Directrices para la determinación de la pena

Aparte del aumento de la legislación sobre la determinación de la pena, otra característica de los últimos años ha sido el incremento de las directrices, las cuales constituyen, al mismo tiempo y junto con la legislación, la otra gran limitación de las decisiones sobre la determinación de la pena, ya que los jueces deben tenerlas en cuenta.

Las directrices para la determinación de la pena (*Sentencing Guidelines*) pueden definirse como el instrumento que delimita el margen de discrecionalidad de los jueces y magistrados a la hora de fijar la pena concreta. Las directrices proporcionan distintos rangos de penas para los diferentes niveles de gravedad de cada tipo de delito y, dentro de cada rango, indican un punto de partida común (*starting point*). De esta forma, las directrices ayudan a los jueces y magistrados a decidir la pena apropiada para el delito cometido y su duración. El objetivo de la técnica es estructurar la discrecionalidad judicial, no eliminar dicha competencia, sino proporcionar un marco en el que el tribunal pueda localizar el delito concreto que está enjuiciando⁴²⁰.

Haciendo un recorrido por la historia de las directrices, las primeras fueron desarrolladas en las sentencias del Tribunal de Apelación en la década de 1980 y muchas de ellas todavía están en vigor. Sin embargo, era relativamente raro que el presidente de la sala de lo penal de ese tribunal⁴²¹ emitiera dichas directrices, de hecho, a finales de 1990 sólo cubrían una pequeña proporción de delitos⁴²². Como consecuencia de ello, al igual que los jueces en casi todo el resto de países del *common law*, los jueces en Inglaterra

⁴¹⁸ Estas son las leyes que han ido modificando las disposiciones sobre la determinación de la pena, como se observa, prácticamente, uno cada año: la Ley sobre violencia doméstica, la delincuencia y víctimas de 2004 (*Domestic Violence, Crime and Victims Act 2004*), la Ley sobre la delincuencia organizada grave y de policía de 2005 (*Serious Organized Crime and Police Act 2005*), la Ley sobre la reducción de delitos violentos de 2006 (*Violent Crime Reduction Act 2006*), la Ley sobre delincuencia grave de 2007 (*Serious Crime Act 2007*), la Ley de Justicia Penal y de Inmigración de 2008 (*Criminal Justice and Immigration Act 2008*, en lo sucesivo Ley de Justicia Penal de 2008), la Ley sobre investigaciones forenses y de Justicia de 2009 (*Coroners and Justice Act 2009*, en lo sucesivo Ley de Justicia de 2009), la Ley de asistencia jurídica, determinación de la pena y el castigo de los delincuentes de 2012 (*Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012*; en lo sucesivo ley sobre determinación de la pena), la Ley de Rehabilitación del delincuente (*Offender Rehabilitation Act 2014*), la Ley del comportamiento anti-social, crimen y vigilancia de 2014 (*Anti-social Behaviour, Crime and Policing Act 2014*) y, por último, la Ley de Justicia Penal y Tribunales de 2015 (*Criminal Justice and Courts Act 2015*).

⁴¹⁹ En relación con la metodología empleada para los cambios legislativos, hace casi dos décadas THOMAS (la autoridad o referente principal en el tema de la determinación de la pena) hizo una crítica devastadora destacando variedad de deficiencias como las omisiones, las disposiciones finales confusas, la redacción defectuosa o las fechas de inicio escalonadas, entre otros. Todas estas críticas son extensibles a la legislación ulterior y metodología utilizada en la actualidad. Véase THOMAS, *Sentencing Legislation*, p. 406.

⁴²⁰ ASHWORTH, *Sentencing*, 2010, pp. 27-28

⁴²¹ El *Lord Chief Justice*, además de ser el presidente de la división criminal del Tribunal de Apelación, es también el jefe del poder judicial y presidente de todos los Tribunales de Inglaterra y Gales.

⁴²² ASHWORTH, *Sentencing*, 2010, p. 28.

han disfrutado de amplia discrecionalidad, limitada únicamente por el examen llevado a cabo en apelación y un número reducido de penas obligatorias. Todo esto cambió en 1998 con la creación de un órgano consultivo, el Comité asesor sobre determinación de la pena (*Sentencing Advisory Panel* o *SAP*), un acontecimiento que marcó el inicio del proceso de determinación de la pena de una forma más estructurada⁴²³. Dicho Comité asesor fue creado mediante la Ley sobre el crimen de 1998 (arts. 80 y 81)⁴²⁴ con el objetivo de que redactase unos borradores sobre las directrices, a continuación realizar amplias consultas sobre ellas, y por último, aconsejar al Tribunal de Apelación quien debía considerar este consejo a la hora de desarrollar sus directrices (llamadas *guideline judgments*⁴²⁵).

El *SAP* fue constituido con 14 miembros: cuatro de los cuales eran jueces, tres eran académicos, otros cuatro tenían reciente o actual experiencia en el sistema de justicia penal (prisiones, fiscalía, policía y junta de libertad condicional), y los otros tres restantes eran profanos en justicia penal⁴²⁶. En sus primeros 5 años de funcionamiento el *SAP* elaboró unos borradores de directrices sobre una docena de delitos, que se presentaron como consejo al Tribunal de Apelación. Éste siguió todas menos una de ellas, emitiendo directrices en las decisiones posterior.

La Ley de Justicia Penal de 2003 cambió, en mayor grado, la estructura del proceso de determinación de la pena. El Comité asesor sobre la determinación de la pena permaneció⁴²⁷ y siguió emitiendo sus directrices, sin embargo, estos consejos ya no se presentaban al Tribunal de Apelación, sino a un nuevo órgano, el Consejo sobre directrices para la determinación de la pena (*Sentencing Guidelines Council* o *SGC*)⁴²⁸, el cual fue autorizado para emitir “directrices definitivas” (*definitive guidelines*). El nombre “definitivas” se debe al hecho de que el *SAP* remitía sus directrices al nuevo órgano, y éste, tras realizar las modificaciones que consideraba oportunas, emitía las directrices definitivas⁴²⁹. Por tanto, aunque el *SAP* continuó elaborando consejos hasta su

⁴²³ ROBERTS, *Sentencing Guidelines*, p. 2.

⁴²⁴ Ley sobre el crimen y desorden de 1998 (*Crime and Disorder Act 1998*).

⁴²⁵ Se trata de una única sentencia que establece los parámetros generales para decidir sobre algunas variaciones de un tipo de delito, considerando las atenuantes y agravantes y proponiendo un punto de partida adecuado o un rango de penas.

⁴²⁶ Dicho órgano asesor se reunía cada tres o cuatro semanas, por lo general, durante 1 día y, a veces, durante 2. Su método de trabajo consistía en formular un documento de consulta tras haber revisado la ley y las estadísticas y cualquier investigación relevante, y después recopilar las respuestas de sus “*statutory consultees*” (personas que debían ser consultados preceptivamente por ley) y de los ciudadanos. El período normal de consulta era de tres meses, después de lo cual el órgano consideraba las respuestas y toda la información complementaria antes de formular su consejo. Todo el proceso llevaba varios meses, entre otras cosas, porque el grupo trabajaba normalmente dos, tres o más temas al mismo tiempo.

⁴²⁷ Véase el art. 171 de la Ley de Justicia Penal 2003.

⁴²⁸ Véase el art. 167 de la Ley de Justicia Penal 2003.

⁴²⁹ Véase el art. 170.9 de la Ley de Justicia Penal 2003. Del mismo modo, cuando en el año 2010 se crea el *Sentencing Council*, sustituyendo a los dos órganos anteriores, las directrices emitidas por éste, también se denominarán directrices definitivas, véase, art. 120.7 y 8 de la Ley de Justicia de 2009.

desaparición en 2010⁴³⁰, el SGC tenía la responsabilidad última sobre las directrices. Este último órgano eligió “la gravedad” como uno de los primeros temas sobre los que emitió unas directrices bajo el título “Principios Generales: gravedad”, en diciembre de 2004⁴³¹. Este órgano también ha publicado directrices sobre las nuevas penas de la Ley de Justicia Penal de 2003, sobre la reducción de la pena por la confesión de culpabilidad y de los siguientes delitos específicos: homicidio cometido como consecuencia de la provocación, robos, violencia doméstica, delitos sexuales, lesiones y otros delitos contra las personas⁴³².

En cuanto a la composición del Consejo éste constaba de 7 miembros, 6 de ellos jueces: el Juez Supremo de todos los tribunales de Inglaterra y Gales (*the Lord Chief Justice*)⁴³³, dos jueces del Tribunal de Apelación⁴³⁴, un Juez del Tribunal Superior (*a High Court judge*)⁴³⁵, un *Circuit judge*⁴³⁶, un *District judge*⁴³⁷, y un magistrado lego en derecho (*lay magistrate*)⁴³⁸.

El siguiente y último paso en la producción de directrices para la determinación de la pena para Inglaterra y Gales fue la creación de un nuevo sistema con un único organismo: el Consejo para la determinación de la pena (*Sentencing Council o SC*),

⁴³⁰ EASTON y PIPER, *Sentencing*, 2012, p. 49. Es importante señalar que la Ley de Justicia penal de 2003 en su anexo 38 (Schedule 38) sobre disposiciones transitorias, en concreto, en la disposición segunda, apunta que la derogación por esta Ley de las arts. 80 y 81 de la Ley de Crimen y Desorden 1998 (es decir, la derogación del *SAP*) no afecta a la autoridad de ninguna directriz que se haya incluido en cualquier sentencia del Tribunal de Apelación antes del inicio de dicha derogación, pero cualquier directriz existente puede ser reemplazada por las directrices que se emitan por el nuevo Consejo sobre directrices para la determinación de la pena (*Sentencing Guidelines Council*) bajo el art. 170 de esta Ley como directrices definitivas.

⁴³¹ SGC, *Overarching Principles: Seriousness*, 2004. En estas directrices se orienta sobre cómo determinar la gravedad del delito causado, para lo cual debe tenerse en cuenta la culpabilidad y el daño causado (o el que se tuvo intención de causar o el que podría haberse causado). Para fijar esos dos parámetros, culpabilidad y daño, se dan una serie de consejos como, por ejemplo, que el daño siempre debe ser juzgado a la luz de la culpabilidad. Sobre el contenido exacto de estas directrices nos pronunciaremos *infra* apartado 3.B.

⁴³² Se puede ver una relación de las directrices definitivas emitidas por el SGC hasta el 2008 en un informe emitido por el comité de justicia de la Cámara de los Comunes: HOUSE OF COMMONS. JUSTICE COMMITTEE, *Sentencing Guidelines and Parliament*, anexo B, pp. 40-41.

⁴³³ Como hemos señalado anteriormente, el *Lord Chief Justice* es a su vez el presidente de la división penal del Tribunal de Apelación.

⁴³⁴ Consta de dos salas, una civil (*Civil Division*) y otra penal (*Criminal Division*). En el ámbito penal, se encarga únicamente de las apelaciones del *Crown Court*. Las causas penales que han sido tratadas por la *Queen's Bench Division* del *High Court* van directamente al *Supreme Court*.

⁴³⁵ El Tribunal Superior de Justicia tiene una amplia jurisdicción en el ámbito civil, tanto en primera como en segunda instancia. También tiene atribuido el conocimiento de procesos penales, como sede de apelación o revisión.

⁴³⁶ Son jueces a tiempo completo, aunque pueden dividir su tiempo entre la jurisdicción civil y criminal. Estos jueces se encuentran en los “*Crown Courts*” y algunas sub-divisiones especializadas del Tribunal Superior.

⁴³⁷ Ese nombre hace referencia a dos categorías diferentes de jueces: a los que se sientan en los *county courts* tribunales y los que se sientan en los *magistrate's courts* y por eso se conocen también como “*district judge (magistrates' courts)*” (véase la parte 6 de la Ley sobre los tribunales de 2003, *Courts Act 2003*). Este último era quien se sentaba en el Consejo sobre directrices y debía ser un abogado con al menos diez años de experiencia, quien normalmente lleva los casos más largos o complicados.

⁴³⁸ El gobierno introdujo algunas enmiendas para que se sumaran 5 miembros no judiciales -personas con experiencia en respectivamente, la vigilancia, la persecución penal, la defensa penal, la promoción del bienestar de las víctimas de la delincuencia y la administración de las penas. Esta enmienda fue rechazada por el comité de la Cámara de los Lores (*The House of Lords Select Committee on the Constitution*), el cual consideró que una cosa era ampliar los miembros y otra introducir un funcionario, es decir, un miembro del ejecutivo quien estaría forzado a defender la visión del departamento, aunque se permitió que un alto funcionario estuviese presente y hablase en las reuniones del Consejo sobre directrices para la determinación de la pena. ASHWORTH, *Sentencing*, 2015, p. 60

mediante la Ley sobre investigaciones forenses y de Justicia de 2009 (en lo sucesivo, Ley de Justicia de 2009)⁴³⁹. Este nuevo órgano comenzó a trabajar el 6 de abril de 2010, sustituyendo a los dos órganos anteriores. El Consejo está compuesto por 14 miembros, ocho son miembros de la judicatura y seis son miembros no judiciales con alta experiencia en el sistema de justicia criminal⁴⁴⁰.

Las reformas introducidas por la mencionada ley de 2009 se pueden atribuir a dos hechos⁴⁴¹. En primer lugar, la alta y creciente población carcelaria en Inglaterra llevó al gobierno a ordenar una revisión del uso de la prisión y de las directrices⁴⁴². En Segundo lugar, se creó un Grupo de Trabajo presidido por el Juez Gage quien recomendó una renovación de las actuales directrices, en lugar de adoptar un sistema completamente nuevo.

La principal función del Consejo es la elaboración de directrices, con el objetivo de promover la claridad, la justicia y la uniformidad o armonía en la determinación de la pena. Actualmente existen 37 directrices definitivas⁴⁴³ sobre los delitos más graves y más frecuentemente enjuiciados en los *Magistrate's Courts* y también para la mayoría de las decisiones tomadas en el Crown Court⁴⁴⁴. Existen dos clases de directrices, aquellas

⁴³⁹ Arts. 118-136 y anexo 15 de la Ley de Justicia de 2009.

⁴⁴⁰ Para mayor información sobre este órgano, véase ASHWORTH, *Sentencing*, 2015, pp. 60-64.

⁴⁴¹ ROBERTS, *Sentencing Guidelines*, p. 3.

⁴⁴² Véase el informe del Juez de la Cámara de los Lores, Lord Carter Of Coles, "Use of custody", *passim*. En relación con las directrices, hace diez años, el SGC fue concebido como una forma de ayudar a controlar el crecimiento del número de prisioneros, pero cuando empezó a trabajar en 2010, sus objetivos se limitaron a hacer que la determinación de la pena fuera más efectiva, previsible y uniforme. Aunque el índice de ingresos en prisioneros se ha estabilizado en los últimos años, con la población penitenciaria en junio de 2016 en un nivel similar al de junio de 2010 (véase ALLEN, *Sentencing Council*, p. 4, figura 1), esto se debe principalmente a grandes caídas en el número de personas que aparecen ante el tribunal, porque aquellos que lo hacen, tienen más probabilidad de ser condenados a una pena de prisión y de permanecer allí más tiempo (se puede ver una evolución de las tasas de prisión y del tiempo transcurrido en prisión en: MINISTRY OF JUSTICE, *Story of the Prison Population: 1993 – 2016 England and Wales, July 2016*). ALLEN, *Sentencing Council*, p. 6, sugiere que los objetivos que se persiguen con las directrices (unidad y proporcionalidad) han podido influir en el aumento de las tasas de encarcelamiento, pues como explica, tratar de conseguir la unidad puede conducir a un mayor uso de la prisión si ésta se logra mediante ajustes de las penas impuestas a la alza; y la búsqueda de la proporcionalidad también puede conducir a la aplicación de más penas de prisión, si determinados tipos de delitos se consideran dignos de un castigo más severo. De hecho, las penas que se aplican a los delitos violentos, sexuales, de robo y de drogas, que son delitos para los cuales el SGC ha elaborado directrices, han aumentado de duración (véase ALLEN, *Sentencing Council*, p. 5, figura 2), por ello, concluye que desde que el Consejo comenzó a trabajar, los delincuentes tienen mayor probabilidad de ser encarcelados y de cumplir penas más largas. Sin embargo, ROBERTS, *Sentencing Guidelines*, pp. 22-23, señala que las directrices no son las responsables de ese aumento, sino otros factores como las modificaciones legislativas que obligan a imponer penas de prisión de mayor duración.

⁴⁴³ Todas estas directrices están disponibles para su descarga en la web del propio Consejo: <http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/guidelines/guidelines-to-download.htm> (último acceso 4.8.2018). De las 37 directrices definitivas existentes, el Consejo para la determinación de la pena ha publicado 22 desde 2010 hasta la actualidad: 17 tratan sobre delitos concretos y 5 sobre cuestiones generales. La primera directriz definitiva emitida por el Consejo fue sobre el delito de lesiones (*Assault. Definitive Guideline*), que entró en vigor el 13 de junio de 2011. Esta directriz sustituyó a la directriz definitiva sobre la misma materia que había emitido previamente el órgano anterior, el SGC en 2008. Con el tiempo, este nuevo Consejo reformulará y volverá a emitir las directrices existentes en el nuevo formato. Sin embargo, dado que las directrices definitivas deben ir precedidas de una extensa consulta pública y profesional se necesitarán varios años antes de que todas las directrices sean reemplazadas (sobre las personas que deben ser consultas, véase el art. 120.6 de la Ley de Justicia de 2009). El Presidente actual del Consejo para la determinación de la pena señaló a la Comisión de Justicia que aquél planea publicar directrices para la mayoría de delitos graves para 2020.

⁴⁴⁴ Como se ha señalado en las notas al pie 404 y 405 los primeros son los equivalentes a nuestras primeras instancias y las segundas a las Audiencias Provinciales.

que dan pautas para la aplicación de las penas en delitos concretos (*offense-specific guidelines*) y aquellas que versan sobre temas genéricos y cuya aplicación se extiende a todos los delitos (*generic guidelines*).

La mayoría de las directrices tratan sobre delitos específicos, como por ejemplo, la tentativa de asesinato⁴⁴⁵, los delitos sexuales⁴⁴⁶, las lesiones⁴⁴⁷, el robo⁴⁴⁸ etc., pero también hay algunas directrices que versan sobre temas genéricos cuya aplicación se extiende a todos los delitos, por ejemplo, la directriz sobre cómo determinar la pena proporcional a la gravedad del delito, en general, y no en un delito concreto⁴⁴⁹ o la directriz que orienta acerca de qué pena debe aplicarse en caso de concurso de delitos⁴⁵⁰.

Las directrices aprobadas por el Consejo a partir del año 2010 siguen una misma estructura⁴⁵¹, proporcionando una serie de 9 pasos de los cuales los dos primeros son los más críticos.

Tomando como ejemplo la Directriz Definitiva sobre los delitos sexuales⁴⁵² y dentro de ésta, centrándonos en el delito de violación, en primer lugar, se indica que la pena para este delito oscila entre 4 y 19 años (*offence range*). Sin embargo, se añade que la pena máxima a imponer puede llegar a ser la cadena perpetua en caso de que se trate de personas consideradas peligrosas⁴⁵³. Una vez indicado cuál es el rango general de años correspondiente a ese delito y la pena máxima que puede conllevar el delito de violación, la directriz establece una serie de pasos que guían al juez en la determinación de la pena. El primer paso es establecer cuál es la categoría del delito (*offence category*) que depende de la gravedad del delito (*seriousness of the offence*), la cual se fija atendiendo al daño causado (que se divide en tres categorías 1, 2 y 3, en orden a su gravedad) y a la culpabilidad (que se divide en dos niveles, A y B, también en orden a su gravedad)⁴⁵⁴.

⁴⁴⁵ SGC, *Attempted murder, Definitive Guideline*, 2009.

⁴⁴⁶ SC, *Sexual offences. Definitive Guideline*, 2014.

⁴⁴⁷ SC, *Assault, Definitive Guideline*, 2011.

⁴⁴⁸ SC, *Robbery, Definitive Guideline*, 2016.

⁴⁴⁹ SGC, *Overarching Principles: Seriousness*, 2004, a la que nos hemos referido en la nota al pie 426 y sobre las que nos volveremos a pronunciar más detalladamente *infra* apartado 3.B

⁴⁵⁰ SC, *Offences Taken Into Consideration and Totality, Definitive Guideline*, 2012. Se conoce como “totality principle”.

⁴⁵¹ Las directrices emitidas por el nuevo Consejo tienen un formato renovado, adoptan una nueva estructura que servirá de modelo para todas las futuras directrices emitidas por el Consejo. Las directrices aprobadas por el SCG entre los años 2004 y 2010 establecían tres o cuatro rangos de penas. Muchas directrices emitidas en ese formato anterior siguen en vigor, a menos que y hasta que sean reemplazadas por directrices emitidas por el Consejo de Sentencia.

⁴⁵² SC, *Sexual Offences. Definitive Guideline*, emitida por el nuevo órgano, *Sentencing Council* y en vigor desde el 1 de abril de 2014.

⁴⁵³ En esos casos, como establece el “paso cinco”, la pena máxima a imponer podría ser o bien la cadena perpetua (art. 224A o art. 225.2 de la Ley de Justicia Penal de 2003) o la pena extendida (art. 226A de la misma ley). Así, en caso de que se imponga una cadena perpetua o una pena extendida, la pena determinada que resulte de la aplicación de estas directrices será la pena mínima a cumplir (tarifa). Nos centraremos en más detalle en estas penas al hacer referencia a las penas indeterminadas previstas por la Ley de 2003 para los condenados considerados peligrosos *infra* apartado 4.B.2.2.

⁴⁵⁴ En cuanto al daño, dentro de la categoría 1 se recoge, por ejemplo, la extrema naturaleza de alguno de los factores de la categoría 2 y en la categoría 2 se prevé, por ejemplo, un daño psicológico o físico severo o que la víctima haya quedado embarazada. Por último, la categoría 3 se aplicaría cuando no están presentes ninguno de los factores señalados

A continuación, como paso dos, una vez fijada la categoría del daño y el nivel de culpabilidad, el recuadro que corresponde a esas “coordenadas” indica tanto el punto de partida (*starting point*), es decir, la pena de duración concreta, como el rango de años (*category range*). Por ejemplo, si estamos en la categoría 1A, entonces la pena base o concreta son 15 años y el rango de penas son de 13 a 19 años. En este momento, el juez ha de partir de la pena base y a continuación, dependiendo de las agravantes y atenuantes, esa pena subirá o bajará dentro de ese rango de años⁴⁵⁵. Las directrices simplemente indican qué factores actúan como agravantes y cuáles como atenuantes, pero no proponen una ponderación exacta, y mucho menos sugieren cuáles son más significativos. De este modo, la directriz dispone un rango de años y una pena de partida diferentes para cada categoría o nivel de gravedad (*seriousness category*).

Como se ha podido comprobar, la operación a realizar sería la inversa a la que se sigue en el derecho penal español, ya que éste fija primero un rango de años sobre la que ha de moverse la pena a imponer y dependiendo de las agravantes y atenuantes se sube o baja en ese rango. Además, el CP español indica cuánto ha de disminuirse o aumentarse la pena en caso de existir atenuantes o agravantes y las directrices, en cambio, sólo indican que deben bajarse o subirse la pena sin determinar de cuánto ha de ser esa subida o bajada. Como explica ROBERTS, la medida en que un factor debe agravar o reducir la pena queda a discreción judicial, pues es imposible que el Parlamento decida *a priori* la cuantía concreta que ha de aumentar o disminuir la pena en todos los casos. Hacerlo afectaría a la individualización de la pena, la cual es necesaria para lograr una pena justa y proporcionada⁴⁵⁶.

Una vez realizados los dos primeros pasos, el tribunal ya tiene una pena provisional. A continuación, tiene que decidir si esa pena debe ser reducida para reflejar la ayuda ofrecida a la fiscalía (paso 3)⁴⁵⁷ o la declaración de culpabilidad (paso 4). Así

en las categorías anteriores. En cuanto a la culpabilidad, el nivel A recoge factores como la planificación o el uso de drogas en la víctima para facilitar la comisión del delito y el nivel B se aplica cuando los anteriores factores no estén presentes. La estructura de este primer paso puede variar levemente dependiendo de la directriz. Por ejemplo, en la directriz *SC, Burglary Offences, Definitive Guidelane*, 2011, primero señala a qué corresponde cada categoría de daño y cada nivel de culpabilidad. La Categoría 1 representa el mayor daño y la mayor culpabilidad (*Greater harm and high culpability*); La categoría 2 el mayor daño y la menor culpabilidad o menor daño pero la mayor culpabilidad (*Greater harm and lower culpability or lesser harm and higher culpability*); y la categoría 3 el menor daño y el menor culpabilidad (*Lesser harm and lower culpability*). A continuación, detalla el contenido exacto de los diferentes niveles y categorías (una circunstancia que determinaría el menor daño sería que no se haya robado nada y la menor culpabilidad cuando la persona que comete el delito padezca un trastorno mental. De esa forma, si en el caso concreto se dan circunstancias que se recogen dentro del menor daño y la menor culpabilidad, deberemos situarnos en la categoría 2 y, de ahí, acudiendo al recuadro que se dibuja, podremos conocer cuál es la pena base y el rango de años correspondiente a aquella.

⁴⁵⁵ Esto supone un cambio en relación con las directrices anteriores, las cuales exigían al juez que primero se tuvieran en cuenta los factores agravantes y, posteriormente, las atenuantes. La valoración conjunta de ambos factores representa una aproximación más holística en la determinación de la gravedad del delito.

⁴⁵⁶ ROBERTS, *Sentencing Guidelines*, p. 18.

⁴⁵⁷ Se trata de la colaboración o cooperación con la fiscalía o la policía. Para mayor información, véase las disposiciones que se recogen en los arts. 73 y 74 de la Ley sobre la delincuencia organizada grave y de policía de 2005.

mismo, el tribunal debe tener en cuenta el criterio de la peligrosidad (paso 5) para valorar la posible imposición de una pena indeterminada o una pena extendida (el equivalente a la prisión seguida de libertad vigilada)⁴⁵⁸. En caso de existir concurso de delitos o si el acusado ya está cumpliendo una pena, el tribunal debe aplicar el “*totality principle*” para asegurar que la pena total que se impone es justa y proporcional al hecho delictivo cometido (paso 6)⁴⁵⁹. El tribunal también debe decidir si impone la obligación del pago de la responsabilidad civil y/o alguna otra orden auxiliar (paso 7). Así mismo, se exige que el tribunal razone su decisión (paso 8) y como paso final (paso 9), se exige que el tribunal considere la reducción del tiempo transcurrido en prisión preventiva o en libertad bajo fianza.

Como se ha podido comprobar, la pena a imponer no se encuentra como en España recogida en un único Código (Código Penal). Para la determinación de la pena, además de lo que indica la ley, hay que recurrir a las directrices concretas sobre el delito en cuestión (en caso de que exista una directriz) y seguir las pautas indicadas⁴⁶⁰. Cuando no existen directrices respecto a un delito, los jueces consultan las sentencias relevantes del Tribunal de Apelación para examinar cómo se han sentenciado en el pasado casos similares.

En cuanto a la obligatoriedad de las directrices, la Ley de Justicia Penal de 2003 requería a los jueces y magistrados que “tengan en cuenta las directrices definitivas” (art. 172.1) y que razonen su decisión en caso de no seguir las mismas (art.174 (2) (a)). En la misma línea, la Ley de Justicia de 2009 requiere a los tribunales que “sigan” las directrices (*must follow*), salvo en el caso de que ello sea “contrario a los intereses de la justicia” (art. 125 (1))⁴⁶¹.

Como se ha señalado anteriormente, las directrices establecen el rango general de penas que corresponde a un delito (*offence range*). Al mismo tiempo, los delitos se dividen en varias categorías y niveles dependiendo de la gravedad del daño y de la culpabilidad a los que corresponde un rango de penas concreto. El deber de los tribunales es condenar dentro del rango general y no del rango concreto que corresponde a la categoría particular de gravedad del delito⁴⁶². El rango general de delitos es relativamente amplio, por ejemplo, en el delito de robo doméstico va desde una orden comunitaria hasta

⁴⁵⁸ Nos centraremos en detalle sobre la aplicación de las penas indeterminadas *infra* apartado 4.B.2.2.

⁴⁵⁹ Para ello recurrirá a la directriz *SC, Offences Taken Into Consideration and Totality, Definitive Guideline*, 2012.

⁴⁶⁰ En el caso de la cadena perpetua preceptiva es el propio anexo 21 de la ley de Justicia Penal de 2003 el que establece qué pena aplicar (*minimum term* o plazo mínimo) en cada caso dependiendo de las circunstancias del delito. Hablaremos sobre ello *infra* 4.B.2.

⁴⁶¹ ASHWORTH, *Sentencing*, 2010, p. 59.

⁴⁶² Tal como lo indica el art. 125.3.a Ley de Justicia de 2009.

los seis años de prisión⁴⁶³. En la violación, como hemos indicado antes, va desde los 4 años de prisión hasta los 19, por tanto, es también un margen muy amplio de 15 años. Un tribunal puede imponer cualquier pena dentro de ese rango y seguir cumpliendo con las directrices⁴⁶⁴. Además, como se ha indicado, también es posible imponer una pena fuera de ese rango en interés de la justicia, en cuyo caso será necesario que se justifique esa decisión. Por tanto, se permite un grado de discreción considerable a la hora de seguir las directrices, ya que los jueces no están obligados a imponer una pena que corresponda al rango de penas que prevé la directriz para la categoría de delito que se trate, pudiendo el juez moverse a otra categoría superior o inferior dependiendo de las agravantes o atenuantes, e incluso, pueden no aplicar las directrices si ello es necesario “en interés de la justicia”⁴⁶⁵. Sin embargo, en la práctica, son muy excepcionales los casos en los que el juez no aplica las directrices⁴⁶⁶.

Para finalizar, debe señalarse que, además de la función principal de elaborar directrices, el Consejo tiene otras obligaciones que se recogen en los arts. 127-132 de la Ley de 2009. Entre esas obligaciones se encuentran la de valorar el impacto de las directrices en la práctica judicial⁴⁶⁷, información que se recogerá en un informe que anualmente elabora el Consejo⁴⁶⁸. Debe examinar si los tribunales aplican las directrices y, más concretamente, la frecuencia con la cual, y hasta qué punto aplican o se apartan de las directrices, así como también, el efecto que tienen las directrices en la promoción de la confianza de la sociedad en el sistema de justicia penal. El consejo también debe valorar el efecto que tienen las directrices en la consecución de la uniformidad en la determinación de la pena⁴⁶⁹. Así mismo, al aprobar las directrices, debe publicar una

⁴⁶³ SC, *Burglary Offences, Definitive Guideline*, 2011, pp. 7 y ss.

⁴⁶⁴ ROBERTS, *Sentencing Guidelines*, p. 13.

⁴⁶⁵ ROBERTS, *Sentencing Guidelines*, p. 21.

⁴⁶⁶ ASHWORTH, *Sentencing*, 2015, p. 31.

⁴⁶⁷ En 2012, el Consejo para la determinación de la pena publicó los datos del primer estudio realizado en el *Crown Court*. Este estudio requería a los tribunales que completasen un formulario resumiendo los elementos clave de la decisión judicial, incluida la cuestión fundamental de si la pena impuesta ha seguido las directrices. El estudio sólo abarcó el delito de lesiones (que fue la primera directriz emitida por el nuevo órgano fue sobre este delito y, por tanto, se analizó el impacto de esta nueva directriz). De acuerdo con este estudio, los tribunales respetaron el rango de penas establecido por la nueva directriz sobre el delito de lesiones, en el 1% de los casos se aplicó una pena que se encontraba por debajo de ese rango y en el 3% de los casos se aplicó una pena que superaba el límite máximo de ese rango. Véase SENTENCING COUNCIL, *Crown Court sentencing survey* (executive Summary), 2012, pp. 26-28. Véase también, más recientemente, el informe sobre el delito de lesiones de 2015: SENTENCING COUNCIL, *Assessing the impact and implementation of the Sentencing Council's Assault Definitive Guideline*, 2015, pp. 15. Todos los informes existentes sobre el impacto de las directrices para la determinación de la pena (7 hasta el momento) están disponibles en <https://www.sentencingcouncil.org.uk/publications?type=publications&s&cat=guideline-assessment> (último acceso 7.1.2019).

⁴⁶⁸ Todos los informes anuales del *Sentencing Council* que se han emitido desde el 2011 hasta la actualidad, están disponibles en <https://www.sentencingcouncil.org.uk/publications?cat=corporate-reports&page=2&> (último acceso 7.1.2019)

⁴⁶⁹ El actual presidente del *Sentencing Council*, el juez Treacy, considera que “una investigación creciente, pero aún limitada, sugiere modestos efectos positivos sobre la uniformidad y la proporcionalidad en las sentencias”. Véase TREACY, “Letter to the editor”, pp. 489-490. Véase también ASHWORTH y ROBERTS, “The Evolution of Sentencing”, *passim*.

evaluación de su posible impacto, en términos de recursos, sobre las plazas de prisión, la gestión de la libertad condicional y los recursos necesarios para los servicios de justicia juvenil. Por último, también será necesario considerar el impacto de las propuestas políticas y legislativas relativas a la condena, cuando así lo solicite el Gobierno.

C. Decisiones judiciales

Desde la creación del Tribunal de Apelación de lo Penal en 1907 (*Court of Criminal Appeal*), ha sido posible para el condenado acudir en apelación contra la sentencia de primera instancia y, desde 1988, también es posible que el Fiscal General recurra ante este tribunal una sentencia impuesta por el *Crown Court* si la considera excesivamente indulgente⁴⁷⁰ (lo cual se hace actualmente en unos 100 casos por año)⁴⁷¹. En tales casos, el tribunal tiene la facultad de aumentar la pena si llega a la conclusión de que esta decisión es apropiada. Los recursos ante la Cámara de los Lores (ahora y desde el 2005, ante el Tribunal Supremo⁴⁷²) fueron sumamente raros entre los años 1970 y 2000, pero la abundante legislación en materia de determinación de la pena ha contribuido a que, en la actualidad, algunos casos estén llegando al nivel más alto en temas de determinación de la pena de importancia pública general. Sin embargo, el Tribunal de Apelación sigue siendo la última instancia de apelación en la mayoría de los casos⁴⁷³.

El desarrollo de la jurisprudencia en materia de determinación de la pena no hubiera sido posible en ausencia de información periódica de las decisiones del Tribunal de Apelación. Esto comenzó con la “Revisión del Derecho Penal” en 1954 (*Criminal Law Review*), con informes breves y culminó en 1970 con la publicación de la primera edición de los “Principios sobre determinación de la pena” (*Thomas’ Principles of Sentencing*) de THOMAS. Este libro constituyó una referencia esencial e influyó de manera notable en la creación de una atmósfera en la cual los diversos principios para la determinación de la pena fueron considerados de forma más seria y como un grupo interconectado. El autor, tras un análisis de la labor del Tribunal de Apelación sobre las sentencias dictadas entre 1962 y 1969, destiló una serie de principios que influirían en el proceder de los tribunales. En el año 1979 se produjo otro paso más con el inicio de la publicación de los

⁴⁷⁰ Este tipo de decisiones judiciales se llaman “Referencias del Fiscal General” (*Attorney General’s References*). Estos son uno de los 7 tipos de decisiones judiciales que emite el Tribunal de Apelación. Históricamente, una norma del derecho inglés ha sido que la Fiscalía no tenía derecho a apelar contra nada que sucediese en un Tribunal de la Corona (*Crown Court*). Esa norma surgió por una buena razón: para evitar que el acusado sea acosado por el gobierno. Actualmente, la ley permite al Fiscal General remitir ciertos casos al Tribunal de Apelación para que sean revisados.

⁴⁷¹ ASHWORTH, *Sentencing*, 2015, p. 36.

⁴⁷² Ese Tribunal fue establecido por el Acta de Reforma Constitucional del año 2005, que se hizo efectiva el 1 de octubre de 2009. Asumió las funciones que hasta ese momento pertenecían a la Cámara de los Lores la cual, históricamente, aparte de tener funciones legislativas, también tenía competencias judiciales

⁴⁷³ ASHWORTH, *Sentencing*, 2015, p. 36.

informes de Apelaciones “*Criminal Appeal Reports (Sentencing)*”. Esta serie, editada también por THOMAS y que se publica anualmente, se dedica por completo a las decisiones sobre determinación de la pena (cada edición contiene hasta 40 decisiones importantes con los detalles completos) y parece haber sido un factor que ha contribuido al aumento de las referencias realizadas a las decisiones anteriores del Tribunal de Apelación por los abogados y por los tribunales en sus decisiones judiciales. Por último, cabe mencionar la enciclopedia “*Prácticas actuales sobre determinación de la pena*” (*Current Sentencing Practice*), también editado por THOMAS, que se basa en las series anteriores recopilando las decisiones y estructurándolas de acuerdo con la materia correspondiente, proporcionando así a los jueces y los profesionales una fuente de referencia en la mayoría de las cuestiones sobre determinación de la pena.

La última edición publicada en 2017 consta de 5 volúmenes y abarca todos los aspectos de la ley y la práctica judicial. Explica el marco legislativo e incluye comentarios de las leyes; recoge una amplia selección de decisiones judiciales del Tribunal de Apelación; detalla las penas más probables para los delitos más comunes; recoge el texto completo de todas las directrices definitivas emitidas por el Consejo sobre directrices para la determinación de la pena; se ocupa también de los aspectos procesales; y el quinto volumen presenta el contenido clave del respetado libro “*Thomas’ Sentencing Referencer*”, que se publica también anualmente y cuyo autor, de nuevo THOMAS, detalla casi todas las penas disponibles, estableciendo los puntos clave y ofreciendo explicaciones sobre cómo aplicar las penas y las condiciones que deben cumplirse antes de su imposición.

Al igual que el número de decisiones sobre la determinación de la pena se ha incrementado de manera exponencial en los últimos 35 años, también lo han hecho las referencias a las decisiones anteriores del Tribunal de Apelación. Un vistazo superficial al primer volumen de los informes de Apelaciones de 1979 (*Criminal Appeal Reports, Sentencing*) y de los últimos volúmenes anuales, nos revela rápidamente el aumento a las referencias de las decisiones anteriores.

3. El proceso hacia una pena proporcional

En este apartado se aborda el procedimiento que el tribunal debe seguir antes de dictar sentencia. Esta decisión implica una elección entre una serie de penas, así como el respeto de los fines y el principio de proporcionalidad de la pena con el delito cometido. En la primera parte, explicaremos cuáles son esos fines y el papel que tiene el principio de proporcionalidad en la determinación de la pena. En la segunda parte, detallaremos cómo determina el juez la proporcionalidad de la pena con el delito cometido. Como

veremos, la proporcionalidad se fija teniendo en cuenta la gravedad del daño ocasionado y la culpabilidad del autor. Por tanto, explicaremos qué criterios y herramientas le proporcionan la ley y las directrices para concretar esos dos elementos.

A. Los fines de la pena y el principio de proporcionalidad

El artículo 142.1 de la Ley de Justicia Penal de 2003 exige a los tribunales que tengan en cuenta cinco fines diferentes de la pena: la retribución, la reducción de la delincuencia (incluida la reducción mediante la disuasión), la rehabilitación, la protección pública y la reparación. Esta exigencia ha sido descrita por ASHWORTH como “la peor mezcla”⁴⁷⁴. En la misma línea, SPRACK considera que si bien es útil que la ley establezca estos fines, destaca la falta de prioridad entre ellos. Así mismo, destaca que, a pesar de que algunos de los objetivos pueden entrar en conflicto (por ejemplo, el castigo y la reparación o la disuasión y la rehabilitación), no se da orientación alguna al juez sobre cómo podría resolverse este conflicto.⁴⁷⁵

La aplicación de los cinco fines mencionados, sin embargo, se excluía expresamente (art. 142.2.c) en el caso de las penas recogidas en los arts. 225 a 228 que hacen referencia a las penas aplicables a los condenados considerados peligrosos (*dangerous offenders*), es decir, la cadena perpetua discrecional, las IPP⁴⁷⁶ y la pena extendida- penas en las que nos centraremos en detalle *infra* apartado 4.B.2.2. Esta exclusión se eliminó con la reforma de 2008⁴⁷⁷.

Junto con los fines de la pena existe un principio fundamental en el *common law*, el principio de proporcionalidad, que es al mismo tiempo, un principio fundamental de la teoría de la retribución “*just deserts*”⁴⁷⁸. La Ley de justicia penal de 1991 declaró que la retribución o la proporcionalidad constituía el principio rector de la pena, es decir, la finalidad principal (*the primary rationale*) y señaló que la incapacitación tendría prioridad en ciertos casos. Sin embargo, el gobierno británico descartó este tipo de enfoque claramente estructurado, ya que el régimen de la Ley 1991 fue abandonado en 2003⁴⁷⁹.

⁴⁷⁴ *The worst of “pick-and-mix” sentencing*. ASHWORTH, *Sentencing*, 2010, p.77.

⁴⁷⁵ SPRACK, *Criminal Procedure*, p. 396, párrafo 23.12.

⁴⁷⁶ Como se explicará *infra* apartado 4.B.2.2, esta pena fue derogada en 2012.

⁴⁷⁷ Concretamente la finalidad de las penas IPP fue el tema principal que se discutió en el caso *James, Wells y Lee c. Reino Unido* (2012) que llegó al TEDH, que comentaremos en profundidad en el capítulo segundo, apartado II. El Gobierno argumentaba que la rehabilitación no era un objetivo de las penas IPP por estar excluida por ley. Según el Gobierno, la única finalidad de las IPP era la protección de la sociedad y, por consiguiente, al seguir siendo los recurrentes peligrosos era posible mantener su estancia en prisión más allá del periodo punitivo (tarifa) sin vulnerar el art. 5.1.a del CEDH. Sin embargo, el TEDH analizando las razones que llevaron a introducir esa pena y la propia política de la Secretaría de Estado concluyó que la rehabilitación sí era un fin y, por consiguiente, entendió que la privación de libertad más allá de la tarifa era ilegal por mantener a los presos en prisión sin acceso a unos cursos de rehabilitación. Con la reforma de 2008 se elimina esta exclusión.

⁴⁷⁸ ANDERSON, *Criminal Law*, p. 297.

⁴⁷⁹ ASHWORTH, *Sentencing*, 2010, p. 77.

A pesar de ello, parece que el alcance del art. 142.1 ha sido mitigado por otras disposiciones de la Ley de Justicia Penal de 2003 y también por las primeras directrices emitidas en 2004 por el Consejo sobre directrices para la determinación de la pena (SGC) llamados “*Principios generales: Gravedad*”⁴⁸⁰. En cuanto a la Ley, en su art. 143.1, se centra en el principio de proporcionalidad estableciendo que “al considerar la gravedad de la infracción, el tribunal debe tener en cuenta la culpabilidad del infractor en la comisión de la infracción y cualquier daño que ha sido causado, tenía intención de causar o previsiblemente pudo haber causado”. Por lo tanto, la gravedad de un delito puede ser analizado en términos del daño causado y la culpabilidad del delincuente. En cuanto a las directrices, éstas consideran la proporcionalidad como el principio rector en la determinación de la pena, dejando claro que el art. 143 será la base de las directrices que emita⁴⁸¹. En definitiva, el juez o tribunal debe imponer una pena que sea proporcional a la gravedad del delito. Por tanto, las directrices confirman que el principio de proporcionalidad tiene un papel importante en la determinación de la pena⁴⁸².

Volviendo a la Ley de 2003, según ésta, el principio de proporcionalidad es relevante respecto a tres umbrales fundamentales. En otras palabras, hay tres disposiciones clave de la ley de 2003 que utilizan la proporcionalidad como umbral o criterio para la imposición de una u otra pena. En primer lugar, el art. 148⁴⁸³ establece que una pena comunitaria no se debe imponer a menos que el delito “sea lo suficientemente grave como para justificar dicha pena”. En segundo lugar, el art. 152⁴⁸⁴ establece que un tribunal no debe imponer una pena privativa de libertad a menos que el delito (o delitos) “sea tan grave que ni una multa, ni una pena comunitaria puedan justificarse”⁴⁸⁵. Y, en tercer lugar, el art. 153.2⁴⁸⁶ establece que, cuando un tribunal impone una pena privativa de libertad, “la duración de la pena debe ser lo más corta que, en opinión del tribunal, sea proporcional a la gravedad del delito”. Señala SPRACK, que

⁴⁸⁰ SGC, *Overarching Principles: Seriousness*, 2004.

⁴⁸¹ SGC, *Overarching Principles: Seriousness*, 2004, párrafos 1.3 y 1.4: “*The seriousness of the offence is the key factor in deciding the length of a custodial sentence*” y “*A court is required to pass a sentence that is commensurate with the seriousness of the offence*”. En la misma línea, otras directrices específicas como, por ejemplo, SGC, *Assault and other offences against the person*, 2008, párrafo 5, también señalan que el factor principal al considerar la pena es la gravedad del delito cometido, lo que se determina mediante la evaluación de la culpabilidad del delincuente y el daño causado, previsto o razonablemente previsible.

⁴⁸² ASHWORTH, *Sentencing*, 2010, pp. 78 y 105.

⁴⁸³ Concretamente el art. 148.1.

⁴⁸⁴ Concretamente el art. 152.2.

⁴⁸⁵ ROBERTS, *Sentencing Guidelines*, p.23, critica el lenguaje poco riguroso que utiliza la ley para establecer el umbral de la pena de prisión, porque se trata de un umbral subjetivo, al depender de la opinión del juez la valoración de la necesidad de la imposición o no de la pena de prisión; lo que en su opinión es probablemente el elemento más problemático de la determinación de la pena. El tenor literal del art. 152.2 dice: “*the court must not pass a custodial sentence unless it is of the opinion that...*”. De hecho, añade que es evidente que esta disposición no ha limitado el uso de la prisión.

⁴⁸⁶ Concretamente el art. 153.2.

el criterio consagrado en este último precepto da primacía al principio de proporcionalidad⁴⁸⁷.

Todas estas disposiciones reflejan la importancia del principio de proporcionalidad. Como afirma ASHWORTH, los conceptos de gravedad y proporcionalidad son fundamentales para el régimen de la Ley de 2003 por ser cruciales como umbral o criterio a la hora de imponer las penas comunitarias y las penas privativas de libertad, así como para la determinación de la duración de las penas de prisión⁴⁸⁸. En la misma línea, ROBERTS apunta que la citada ley articula el principio de restricción en la determinación de la pena respecto a la imposición de la pena de prisión y a la duración de la misma⁴⁸⁹.

El umbral de la pena de prisión también se recoge en las diferentes directrices definitivas existentes sobre delitos concretos. En todas ellas se aconseja, concretamente en el paso dos, que al determinar la categoría del delito (*offence category*), es decir, la gravedad en la que encaja el delito⁴⁹⁰, el tribunal valore, para poder diferenciar la inclusión en una de las dos categorías inferiores (2 y 3), en primer lugar, si el umbral de la pena de prisión ha sido superada y, de ser así, si la prisión es inevitable y; en segundo lugar, si en caso de aplicar la prisión, se podría suspender⁴⁹¹. En opinión de ROBERTS, estas orientaciones constituyen un recordatorio apropiado para los jueces de la obligación legal de considerar la jerarquía de las sanciones⁴⁹².

En este punto es necesario señalar que, en el caso de las penas de prisión aplicables a las personas consideradas peligrosas, la Ley de 2003 reduce el énfasis en la proporcionalidad, otorgando a la disuasión y la prevención del delito un papel más central⁴⁹³. De hecho, el art. 153.1 excluye del ámbito de aplicación del principio de proporcionalidad algunas penas, generalmente justificadas por razones de protección pública, en concreto, las penas indeterminadas y la pena extendida que estudiaremos en detalle *infra* apartado 4.B.2.2. EASTON y PIPER señalan que la incapacitación selectiva, es decir, la prevención de la reincidencia mediante la exclusión de las personas de la

⁴⁸⁷ SPRACK, *Criminal Procedure*, p. 416, párrafo 24.24.

⁴⁸⁸ ASHWORTH, *Sentencing*, 2010, p. 151.

⁴⁸⁹ ROBERTS, *Sentencing Guidelines*, pp. 10 y 11.

⁴⁹⁰ Como se ha señalado *supra*, apartado 1.B, la categoría del delito se establece mediante las “coordenadas” categoría del daño y el nivel de culpabilidad.

⁴⁹¹ A modo ilustrativo, véase la directriz definitiva sobre los delitos sexuales: SC, *Sexual offences. Definitive Guideline*, 2014, p. 19. Bajo las directrices anteriores, aprobadas antes de la creación SC en 2010, los umbrales legales se citaban sólo por referencia cruzada a la directriz *Overarching Principles: Seriousness*, 2004. Véase, por ejemplo, la directriz del SGC, *Theft and burglary in a building other than a dwelling*, 2008, párrafo B.5.

⁴⁹² ROBERTS, *Sentencing Guidelines*, p. 10.

⁴⁹³ WELLS y QUICK, *Criminal Law*, p. 60.

sociedad a través de la pena de muerte, la prisión o cualquier otro medio, sacrifica el principio de proporcionalidad a favor de los fines de protección pública⁴⁹⁴.

Sin embargo, como se explicará más adelante (*infra* 4.B.2 y 4.B.3), a través del establecimiento de la tarifa, se pretende adecuar ese principio en el caso de la aplicación de las penas indeterminadas. Las directrices para la determinación de la pena, la Ley sobre los tribunales de 2000 (art. 82A.3) y la Ley de Justicia Penal de 2003 (art. 269.3 y anexo 21) además de indicar que el juez a la hora de fijar el periodo mínimo a cumplir debe valorar la gravedad del delito o delitos cometidos, establecen unas penas mínimas en función de las circunstancias particulares del caso, lo que supone una adecuación y respeto de ese principio.

B. La valoración de la gravedad del delito: culpabilidad y daño

Como se ha explicado en el apartado precedente, el art. 143.1 de la Ley de Justicia Penal 2003 y las directrices posteriores han hecho cada vez más evidente la importancia de centrarse en los dos elementos que comprenden la gravedad: la culpabilidad y el daño. La gravedad del delito es el único criterio para determinar si se puede imponer una pena comunitaria o una pena privativa de libertad, así como la duración de la pena privativa de libertad. Esto lleva a plantearse qué factores pueden legítimamente hacer que un delito sea considerado más o menos grave.

La citada ley de 2003, aparte de la referencia a los dos elementos que componen la gravedad, no contiene ninguna definición del término “gravedad del delito”, aunque ofrece cierta orientación en relación con los siguientes aspectos a la hora de determinar la gravedad del delito. En primer lugar, señala que el tribunal debe tratar cada uno de los antecedentes penales como un factor agravante (art. 143.2); en segundo lugar, en caso de cometer un delito mientras el delincuente se encontraba en libertad bajo fianza, el tribunal debe tratar esta circunstancia como un factor agravante (art.143.3), y por último, establece que el tribunal debe tener en cuenta toda la información que obre en su poder sobre las circunstancias del delito o delitos, incluidos los factores agravantes o atenuantes; y en el caso de la pena de prisión que depende de la peligrosidad criminal, debe obtener y examinar un informe previo a la sentencia, conocido como *pre-sentence report* (art. 156).

En cuanto a las directrices, como hemos señalado anteriormente, el Consejo sobre directrices para la determinación de la pena (SGC) publicó en 2004 las siguientes pautas bajo el título “Principios Generales: Gravedad”⁴⁹⁵. Las directrices identifican cuatro niveles de culpabilidad (párrafo 1.7). En el primer nivel se encuentra la intención

⁴⁹⁴ EASTON y PIPER, *Sentencing*, 2012, p. 138.

⁴⁹⁵ SGC, *Overarching Principles: Seriousness*, 2004.

(*intention*) de causar daño. Se matiza que, en caso de que haya habido planificación, se entenderá que existe la mayor culpabilidad, es decir, cuanto más grave sea el daño intencionado, mayor es la gravedad del delito. En segundo lugar, se encuentra el dolo eventual (*recklessness*), es decir, cuando el autor estima que podría causar algún daño, pero continúa sin pensar en las consecuencias a pesar de que el alcance del peligro es obvio para la mayoría de la gente. En un tercer nivel, se encuentra el conocimiento (*knowledge*) que tiene el infractor de los riesgos específicos que conllevan sus acciones, pero no la intención de causar el daño resultante. Por último, tenemos los casos de imprudencia menos grave (*negligence*), entendida como la causación inadvertida del resultado⁴⁹⁶.

Estas directrices también establecen una lista de 21 factores agravantes que indican mayor culpabilidad, los cuales incluyen algunos de los previstos en la ley de 2003 (*statutory aggravating factors*) -por ejemplo, el delito cometido en libertad bajo fianza o cometer el delito por motivos racistas o religiosos- y otros basados en el *common law* -por ejemplo, la delincuencia profesional o el abuso de una posición de confianza (párrafo 1.22). Así mismo, destacan que la culpabilidad será mayor si el delincuente provoca deliberadamente más daño del necesario para la comisión del delito o actúa contra una víctima vulnerable, debido a su avanzada edad, la juventud, la discapacidad, o por el trabajo que realiza (párrafo 1.17). Dichas directrices también hacen una breve referencia a las circunstancias atenuantes, señalando que los siguientes factores indican que existe significativamente menor culpabilidad: un mayor grado de provocación del que normalmente se espera; la enfermedad, la discapacidad mental y la juventud o la edad, cuando ésta afecte a la responsabilidad del acusado; y el hecho de que el infractor jugara un papel menor en el delito⁴⁹⁷.

En cuanto a la determinación del elemento “daño”, el *SGC* tuvo más dificultades⁴⁹⁸. Las directrices que venimos comentando distinguen diferentes tipos de daño. En algunos casos, lo que se considera fundamental es el impacto en la víctima individual. Tal daño puede tomar la forma de una lesión física, violación sexual, pérdidas financieras, daños a la salud, o sufrimiento psicológico. Otros delitos pueden causar daño a la comunidad en general (en lugar de o a la vez que una víctima individual), por ejemplo, la pérdida económica, el daño a la salud pública o la interferencia en la administración de

⁴⁹⁶ Somos conscientes de que no existe una equivalencia exacta de esos términos en el derecho español y que pueden abarcar una constelación de casos diferentes, pero que por limitaciones de trabajo no podemos detenernos en ellos. Por ello, para una mayor información, nos remitimos a BERNAL, *Derecho penal comparado*, pp. 130-141; PIÑA, *Common Law*, pp. 78-107; HUXLEY-BINNS, *Criminal Law*, pp. 27-40; y CLOUGH y otros, *Criminal Law*, pp. 13-20.

⁴⁹⁷ SPRACK, *Criminal Procedure*, p. 398, para. 23.20.

⁴⁹⁸ WELLS y QUICK, *Criminal Law*, p. 60.

justicia. Al mismo tiempo, las directrices exponen los factores que indican un daño más grave que el habitual, como por ejemplo, el hecho de que haya múltiples víctimas, cuando el delito se comete en contra de los que prestan un servicio público, o en delitos contra la propiedad, el alto valor (incluido el sentimental) que tiene el objeto (párrafo 1.23).

Para finalizar, debe señalarse que, además de estas orientaciones generales que se recogen en la directriz genérica “Principios generales: gravedad”, las directrices específicas sobre delitos concretos también prevén orientaciones que el juez deberá tener en cuenta. Esas directrices específicas prevén unas circunstancias concretas para determinar el grado de culpabilidad y el daño causado en ese delito particular, así como los factores agravantes y atenuantes que podrían darse⁴⁹⁹

4. Las penas de prisión.

Como se ha adelantado anteriormente, la Ley de Justicia Penal de 2003 señala que “la duración de la pena debe ser lo más corta posible que, en opinión del tribunal, sea proporcional a la gravedad del delito” (art. 153.2). Por lo tanto, el criterio consagrado en el citado artículo da primacía al principio de proporcionalidad⁵⁰⁰. Sin embargo, se excluye del ámbito de aplicación del principio de proporcionalidad algunas penas de prisión, generalmente justificadas por razones de protección pública (art.153.1). Por un lado, se excluyen las penas indeterminadas, entre las que se encuentran la cadena perpetua preceptiva, la cadena perpetua discrecional, la cadena perpetua por el segundo delito específico y la prisión para la protección pública⁵⁰¹; y por otro lado, las penas extendidas.

Dentro de este apartado, en primer lugar, expondremos una breve definición de las penas determinadas para poder entender mejor la diferencia respecto de las penas indeterminadas y, posteriormente, nos centraremos únicamente en estas últimas, por ser su estudio el objeto de esta tesis. Así mismo, dedicaremos un apartado a estudiar la peligrosidad, por ser el fundamento para la aplicación de las penas indeterminadas y también la pena extendida.

⁴⁹⁹ Un ejemplo serían las directrices definitivas sobre los delitos sexuales a las que hemos hecho referencia *supra* 1B (*Sexual Offences. Definitive Guidelines 2014*). Como se ha explicado, el primer paso de esta directriz es determinar la *offence category* para lo cual debe analizarse el daño causado y la culpabilidad. Dentro de cada uno de esos dos parámetros se distinguen diferentes niveles de gravedad. Por ejemplo, en el delito de violación, si se ha utilizado más violencia de la necesaria, estaremos dentro de la categoría 2 de daño y si se ha cometido en el contexto de un robo en un edificio, estaremos dentro del nivel A. De la “suma” de ambos parámetros se obtiene el punto de partida (que es una pena de una duración concreta), y también un rango de años. A partir de este momento, tomando como referencia la pena base, dependiendo de los factores agravantes y atenuantes que recogen esas directrices, la pena subirá o bajará de esa pena base, dentro de esos rangos.

⁵⁰⁰ SPRACK, *Criminal Procedure*, p. 416, para. 24.24.

⁵⁰¹ Como explicaremos más adelante, la IPP fue derogada por la Ley sobre determinación de la pena de 2012.

A. Las penas determinadas. Definición.

Como ya adelantábamos al hablar del sistema de penas en España⁵⁰², una pena de prisión determinada es una pena que tiene una duración concreta, lo que significa que al cumplir la fecha establecida en la condena la pena de prisión habrá finalizado. La diferencia con el sistema inglés radica en la normativa sobre la puesta en libertad de las personas condenadas a estas penas. En términos generales, en el Reino Unido, el preso que cumple una pena determinada será puesto en libertad tras cumplir la mitad de su condena⁵⁰³; en España, la regla general venía siendo tradicionalmente las tres cuartas partes (art. 90CP⁵⁰⁴).

En el Reino Unido, la normativa sobre el plazo en el que una persona que cumple una pena determinada es puesta en libertad ha cambiado numerosas veces, lo que dificulta su comprensión y la delimitación de la norma aplicable. Hasta la última reforma operada por la Ley de 2014 sobre la Rehabilitación del delincuente⁵⁰⁵, todos los condenados a penas determinadas eran liberados automáticamente tras cumplir la mitad de la condena, pero si la pena era de 12 meses o más quedaba sujeto al régimen de la libertad condicional (que estaba en vigor hasta el final del cumplimiento íntegro de la pena), mientras que si la pena era inferior a 12 meses, la puesta en libertad era incondicional, por lo que el preso no estaba sujeto ni al régimen de la libertad condicional ni al de la revocación⁵⁰⁶. Sin embargo, tras la última reforma, si bien las penas determinadas de hasta 2 años (incluidos 2 años) seguirán alcanzando la libertad condicional de forma automática una vez transcurrida la mitad del cumplimiento de la pena impuesta, todas ellas estarán sujetas a la libertad condicional (es decir, también las penas de menos de 12 meses que antes no quedaban sujetas a la libertad condicional) y además a una supervisión obligatoria (*compulsory supervision*)⁵⁰⁷. En resumen, actualmente, todas las personas que cumplen

⁵⁰² *Supra* apartado I.2.C.

⁵⁰³ Además, es posible que algunos salgan antes por concesión de la libertad anticipada por parte del Gobierno. Existen tres modalidades: a) arresto domiciliario (*Home Detention*, HDC); b) fin de la libertad condicional (*End of Custody Licence* (ECL)), y c) la libertad condicional temporal (*Release on Temporary Licence*(ROTL)). Para mayor información, véase entre otros, PADFIELD, “Parole and early release”, *passim*; y ASHWORTH, *Sentencing*, 2015, pp. 324-325.

⁵⁰⁴ Como es sabido después de la LO1/2015, se ha modificado sustancialmente la normativa sobre la libertad condicional (ahora llamada suspensión), que se despliega en diferentes regímenes. Volveremos sobre este tema, *infra* capítulo tercero, apartado II.

⁵⁰⁵ *Offender Rehabilitation Act 2014*.

⁵⁰⁶ Debe matizarse que hasta la Ley de Justicia Penal de 2008, no siempre la liberación era automática, sino que existía diferente regulación en función de la duración de la pena. Para las penas de hasta 4 años la liberación era automática al cumplir la mitad de la pena, pero cuando se trataba de condenas superiores a 4 años, la puesta en libertad en ese plazo se sujetaba a la valoración de la Junta de Libertad Condicionalla libertad, siendo su liberación automática al cumplir 2/3 partes. Tras la Ley de Justicia Penal de 2008 (art. 26 y anexo 27), las condenas superiores a 4 años por delitos cometidos antes del 4 de abril de 2005 son puestos en libertad de forma automática al cumplir la mitad de la pena. Para mayor información sobre los cambios producidos, véase PADFIELD, “Parole Board”, pp. 2-3; de la misma, “Parole and early release”, pp. 6-9; CREIGHTON y ARNOTT, *Prisoners*, pp. 531-532; WARD y BETTINSON, *Criminal Justice*, pp. 32 y 33.; y GARTON y STRICKLAND, “Early release”, p. 3.

⁵⁰⁷ ASHWORTH, *Sentencing*, 2015, p. 322. El periodo de libertad condicional y el de la supervisión, en conjunto, debe durar 12 meses, por tanto, si la pena es de 6 meses, el preso saldrá en libertad condicional al de 3 meses y después

penas determinadas son liberadas automáticamente después de cumplir la mitad de la condena, pero esa libertad será siempre condicionada⁵⁰⁸, estando supervisada por el Servicio Nacional de Gestión de Delincuentes⁵⁰⁹.

B. Las penas indeterminadas.

Este apartado dedicado a las penas indeterminadas está dividido en cuatro grandes partes. En el primero apartado se comenzará explicando qué se entiende por penas indeterminadas para pasar a detallar, en el segundo, los requisitos legales necesarios para aplicar cada una de las distintas penas indeterminadas existentes. En un tercer apartado se describirá cómo calcula y fija el juez el plazo mínimo de cumplimiento previo al disfrute de la libertad condicional (la tarifa). Por último, el cuarto apartado se dedicará exclusivamente a la peligrosidad criminal para explicar su definición legal y jurisprudencial, por ser ésta el requisito y el fundamento para la aplicación de todas las penas indeterminadas a excepción de la cadena perpetua preceptiva.

B.1. Definición.

A diferencia de una pena determinada, en una pena de prisión indeterminada no existe un periodo de cumplimiento fijo, ya que la sentencia condenatoria no establece ninguna fecha concreta que indique cuándo será puesto en libertad el recluso. En el Reino Unido, el preso debe cumplir una cantidad mínima de tiempo en prisión para satisfacer los fines de la retribución y la disuasión, antes llamada tarifa (*tariff period*) y ahora pena mínima o punitiva (*minimum term*)⁵¹⁰. Una vez transcurrido ese plazo la puesta en libertad nunca es automática; la Junta de Libertad Condicional debe estar convencida de que la peligrosidad del prisionero está razonablemente bajo control o neutralizada⁵¹¹.

permanecerá 3 meses en libertad condicional y otros 3 en supervisión; por el contrario, si la pena es de 18 meses, entonces el preso saldrá en libertad al de 9 meses y a continuación estará 9 meses en libertad condicional y otros 3 más en supervisión.

⁵⁰⁸ ASHWORTH, *Sentencing*, 2015, p. 323.

⁵⁰⁹ National Offender Management Service (NOMS). Se puede visitar su página web oficial en: <https://www.gov.uk/government/organisations/national-offender-management-service> (último acceso 6.8.2018).

⁵¹⁰ En este trabajo se utilizarán indistintamente cualquiera de esos términos. El establecimiento de la tarifa fue introducido en 1983 por el entonces Ministro del Interior, Leon Brittan. A través de la tarifa se designaba la parte punitiva de la pena. Los ministros del interior fijaban un período mínimo de encarcelamiento para satisfacer los requisitos de retribución y disuasión y para especificar que ese era el período que debía cumplirse íntegramente antes de la liberación del condenado. Actualmente, el término correcto es el de plazo mínimo (*minimum term*), sustituyendo así al término tarifa (*tariff*), porque se percibía la necesidad de dejar claro que la liberación del condenado al expirar el período punitivo no es automática, sino que depende de que la Junta de Libertad Condicional considere que el riesgo para la sociedad es suficientemente baja. Véase MITCHELL y ROBERTS, *Mandatory life sentence*, p. 39, nota al pie 9; y la normativa penitenciaria, *Prisons Service Order (PSO) 4700*, capítulo 3 “*Punitive periods of a life sentence*”, 2010, p. 1. Esta norma, es una orden que se emite bajo la autoridad de la Secretaría de Estado (podría ser el equivalente a nuestro reglamento penitenciario). En él se establecen las políticas y directrices para la gestión de los presos que cumplen una pena indeterminada, incluidos los que cumple cadena perpetua preceptiva. Ese PSO se conoce como Manual sobre penas indeterminadas (*Indeterminate Sentence Manual*), pero antes de 2009 se llamaba Manual sobre los condenados a cadena perpetua (*Lifer Manual*), siendo modificado el nombre por el PSO 2009/22. A esta norma nos volveremos a referir en el capítulo tercero, apartado I.

⁵¹¹ Nos centraremos en el procedimiento de concesión de la libertad condicional y la valoración que ha de realizar la Junta de Libertad Condicional (*Parole Board*), *infra* capítulo tercero, apartado I. El estudio de la revisión que lleva a cabo esa Junta será uno de los objetivos principales de esta tesis, ya que nos servirá como punto de referencia y

Sin embargo, lo que realmente caracteriza y distingue a estas penas no es que su libertad condicional quede en manos de la Junta de Libertad Condicional, sino que no existe un límite máximo de cumplimiento tras el cual el preso debe obligatoriamente ser puesto en libertad. De esta forma, el reo podría permanecer en la cárcel durante muchos años más, de forma indefinida, después de haber cumplido el período punitivo, basándose en razones de prevención si así lo considera la Junta⁵¹². Eso no ocurre en las penas determinadas, en las que la libertad condicional, independientemente de que ésta sea automática o esté sujeta a valoración de la Junta de Libertad Condicional (y por tanto, quizá ésta la deniegue), siempre existe un límite máximo de cumplimiento de la pena que no puede superarse y tras su cumplimiento el preso sale en libertad definitiva, con independencia de que haya o no disfrutado de la libertad condicional.

En los siguientes subapartados, explicaremos la regulación de las diferentes penas indeterminadas existentes en el Reino Unido. Primero, comenzaremos con la cadena perpetua preceptiva, cuya imposición es independiente de la peligrosidad que presenta el condenado, para posteriormente centrarnos en las diversas penas “preventivas”, es decir, aquellas que van dirigidas a los condenados considerados peligrosos.

B.2. Requisitos legales para la aplicación de las penas indeterminadas.

B.2.1. La Cadena perpetua preceptiva (*Mandatory life sentence*)

Todas las personas que son condenadas por asesinato reciben con carácter obligatorio la pena de cadena perpetua⁵¹³. Por tanto, la cadena perpetua preceptiva es la única pena que puede imponerse por el delito de asesinato. Sin embargo, dependiendo de la edad del culpable existen varias modalidades de cadena perpetua. La llamada cadena perpetua preceptiva (*mandatory life sentence*) sólo resulta aplicable siempre y cuando el condenado sea mayor de 21 años. Aquellos que tienen entre 18 y 20 años reciben una pena llamada *custody for life*⁵¹⁴ y los que tienen al menos 10 años y no llegan a los 18, reciben una pena de *Detention during Her Majesty's pleasure*⁵¹⁵.

comparación a la hora de analizar de forma crítica el procedimiento de concesión de la libertad condicional de la persona condenada a la PPR.

⁵¹² *Prison Service Order (PSO) 4700*, capítulo 1 “*Introduction*”, 2009.

⁵¹³ Art. 1.1 de la Ley sobre el asesinato (abolición de la pena de muerte) de 1965 (*Murder (abolition of death penalty) Act 1965*).

⁵¹⁴ Art. 93 de la Ley sobre los tribunales de 2000.

⁵¹⁵ Art. 90 de la Ley sobre los tribunales de 2000. Su regulación está recogida en el art. 53.1 de la Ley sobre los niños y los jóvenes de 1933, (*Children and Young Persons Act*).

El asesinato es uno de los pocos delitos del *common law* que todavía subsisten⁵¹⁶. La *mens rea* de este delito (*guilty mind* o mente culpable⁵¹⁷) es la “malicia de antemano” (*malice aforethought*⁵¹⁸) que fue definida en numerosos casos, pero principalmente, por la Cámara de los Lores en la sentencia *Moloney* (1985), como la intención de matar o causar lesiones corporales graves⁵¹⁹. Por tanto, la *mens rea* para el asesinato abarca también la malicia implícita (*implied malice*), es decir, la intención de causar lesiones corporales graves (conocida como *lesser mens rea*). Cuando el autor tiene la intención de causar esas lesiones, pero la víctima muere, el primero puede ser condenado por asesinato, aunque la muerte no fuera prevista⁵²⁰. Lo mismo sucede si la víctima recibe un golpe en el brazo con un arma contundente siendo trasladado al hospital y tras complicaciones en la operación muere, incluso aunque nadie hubiera esperado que eso ocurriera⁵²¹.

La definición del *common law* del asesinato abarca una amplia variedad de delitos, algunos de los cuales son realmente graves y próximos al entendimiento de esta figura entre nosotros⁵²², pero otros no, recayendo la mayoría de los casos en este segundo grupo⁵²³. Se recogen conductas tan dispares como la muerte terrorista y la ocasionada por compasión⁵²⁴. Por ello, la justificación de la cadena perpetua preceptiva por asesinato sigue siendo controvertida. El delito tiene diferentes niveles de gravedad y, a veces, puede ser menos grave que el delito de homicidio⁵²⁵. El asesinato ha conllevado la cadena perpetua preceptiva desde que se abolió la pena de muerte en 1965 mediante la *Murder*

⁵¹⁶ Como se ha señalado *supra* apartado 2, la inmensa mayoría de delitos se encuentran, actualmente, reguladas por ley (*statute*); sin embargo, todavía subsisten algunos delitos emblemáticos como el asesinato que se rigen por el *Common Law*.

⁵¹⁷ La *mens rea* en realidad es un concepto amplísimo que hace referencia a la parte subjetiva que puede abarcar en su caso aspectos de la dimensión subjetiva en sede de culpabilidad o de causas de justificación, pero aquí se hace referencia al tipo subjetivo con las distintas modalidades de dolo. Para mayor información, véase BERNAL, *Derecho penal comparado*, pp. 130-141 y 147-210; y CLOUGH y otros, *Criminal Law*, pp. 13-21 y pp. 71-98.

⁵¹⁸ Este concepto se encuentra en la definición tradicional ofrecida por COKE y también se menciona en el art. 1 de la Ley sobre el Homicidio 1957 (*Homicide Act*), pero no como parte de la definición del homicidio, porque se trata de un delito del *Common Law*.

⁵¹⁹ EWHL, *Moloney*, 1985.

⁵²⁰ HUXLEY-BINNS, *Criminal Law*, p. 83.

⁵²¹ MITCHEL y ROBERTS, *Mandatory life sentence*, pp. 9-24. El asesinato es en realidad lo que se conoce como un “delito construido” que abarca figuras que desde la óptica española presentan niveles de gravedad muy dispares. Véase CLOUGH y otros, *Criminal Law*, p. 132-158; y HUXLEY-BINNS, *Criminal Law*, pp. 81-108.

⁵²² Véase PEÑARANDA, *Asesinato, passim*.

⁵²³ PADFIELD, *Beyond the Tariff*, p. 116.

⁵²⁴ VAN ZYL y APPLETON, “Life imprisonment in England and Wales”, p. 219.

⁵²⁵ ASHWORTH, *Sentencing*, 2010, p. 119. Es importante mencionar las 6 conclusiones a las que llegó el Comité sobre la cadena perpetua preceptiva, presidido por el Juez Lord Lane en 1993, que se recogen a continuación: (1) *The mandatory life sentence for murder is founded on the assumption that murder is a crime of such unique heinousness that the offender forfeits for the rest of his existence his right to be set free.* (2) *That assumption is a fallacy. It arises from the divergence between the legal definition of murder and that which the lay public believes to be murder.* (3) *The common law definition of murder embraces a wide range of offences, some of which are truly heinous, some of which are not.* (4) *The majority of murder cases, though not those which receive most publicity, fall into the latter category.* (5) *It is logically and jurisprudentially wrong to require judges to sentence all categories of murderer in the same way, regardless of the particular circumstances of the case before them.* (6) *It is logically and constitutionally wrong to require the distinction between the various types of murder to be decided (and decided behind the scenes) by the Executive as is, generally speaking, the case at present.* Estas conclusiones están recogidas en la siguiente sentencia: EWHL, *Lichniak y Pyrah*, párrafo 16.

(*abolition of death penalty*) Act 1965, aunque su origen se remonta al año 1861, con la diferencia de que hasta la abolición de la pena de muerte su imposición era discrecional, convirtiéndose en preceptiva como consecuencia de esa derogación⁵²⁶. Hasta 1997, esta fue la única pena obligatoria existente⁵²⁷.

La Ley de Justicia Penal de 2003 establece en el art. 269 y en el anexo 21⁵²⁸ el esquema legal para la imposición de la pena mínima, plazo tras el cual la persona condenada puede ser puesta en libertad siempre que no exista peligrosidad criminal⁵²⁹. Para fijar el tiempo de cumplimiento mínimo, el órgano sentenciador debe tener en cuenta, fundamentalmente, los siguientes factores: la gravedad del delito cometido (o delitos cometidos), la edad del infractor y el periodo transcurrido en prisión preventiva. Para valorar la gravedad del delito el tribunal debe recurrir al anexo 21 y a las directrices sobre determinación de la pena (*sentencing guidelines*)⁵³⁰.

En ese anexo se enumeran unas penas de partida (*starting points*), las cuales pueden aumentar o disminuir dependiendo de las agravantes y atenuantes existentes en el caso, dando como resultado la pena mínima o tarifa a imponer. Por tanto, el proceso de determinación de la pena se realiza de forma inversa al de España, donde la ley establece un rango de penas y tras valorar las circunstancias modificativas se llega a la pena exacta. La ley recoge las siguientes penas de partida: el internamiento de por vida (*whole life order*⁵³¹), 30, 15 y 12 años. A continuación, especificaremos qué circunstancias se toman en consideración para establecer una de esas cuatro penas base.

El internamiento de por vida se reserva para los supuestos en los que el delito es excepcionalmente grave y la persona tiene 21 años. Los casos que normalmente se incluyen son la muerte de dos o más personas siempre que exista un alto grado de

⁵²⁶ MITCHELL y ROBERTS, *Mandatory life sentence*, pp. 25-35; PADFIELD, *Beyond the Tariff*, p. 5; y KANDELIA, "Life meaning life", pp. 70-77.

⁵²⁷ EASTON y PIPER *Sentencing*, 2012, p. 144.

⁵²⁸ Ley de asistencia jurídica, determinación de la pena y el castigo de los delincuentes de 2012 (*Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012*; en lo sucesivo ley sobre determinación de la pena de 2012) introdujo algunas modificaciones tanto en el anexo 21 (mediante el art. 65.7) como en el art. 269 (mediante el art. 110.10). Por ejemplo, respecto al anexo 21, dentro de los supuestos o circunstancias que determinan la pena de partida (*starting point*) de 30 años, añade después del asesinato motivado por la orientación sexual, el motivado por la discapacidad o la identidad transexual de la víctima.

⁵²⁹ Art. 28.5 y 28.6 de la Ley sobre el crimen (penas) de 1997 y, en caso de ser puesta en libertad condicional, la persona condenada queda sujeta a supervisión que durará hasta la muerte, según el art. 31 de la misma ley. Sobre el régimen de la libertad condicional de ésta y el resto de penas indeterminadas, así como del procedimiento de revisión, nos centraremos en el capítulo tercero, apartado I.

⁵³⁰ SCG, *Attempted Murder, Definitive Guideline*, 2009; SC, *Offences Taken Into Consideration and Totality, Definitive Guideline*, 2012; y SGC, *Overarching Principles: Seriousness*, 2004.

⁵³¹ En este caso, según dispone el art. 30 de la Ley sobre el crimen de 1997, la libertad condicional sólo es posible en casos muy excepcionales cuando existan razones humanitarias (*compassionate grounds*). La definición de ese término viene recogida en la PSO 4700, capítulo 12 "Indeterminate sentence prisoners compassionate release on medical grounds", 2010, párrafo 12.2. La imposibilidad de alcanzar la libertad condicional, salvo en circunstancias muy excepcionales, fue la razón que motivó la aplicación de un recurso ante el TEDH por vulneración del art. 3 (*Vinter c. Reino Unido*, 2013). Esta cuestión será abordada en profundidad en el capítulo segundo, apartado II al estudiar la jurisprudencia del TEDH sobre las penas de prisión de larga duración y penas indeterminadas.

premeditación o planificación, se haya secuestrado a la víctima o haya existido una conducta sexual o sádica. También se prevé el internamiento de por vida cuando exista sólo una víctima, si ésta es un niño y concurre algunas de las dos circunstancias citadas en el supuesto anterior, el secuestro o la motivación sexual o sádica. El tercer supuesto en el que cabe esta tarifa es el asesinato motivado por razones políticas, religiosas o ideológicas. El último supuesto incluye el asesinato cometido por persona con antecedentes por el mismo delito.

El plazo de 30 años se aplica en los casos de asesinato de un policía o un funcionario de prisiones, el asesinato utilizando armas de fuego o explosivos, el asesinato por motivos económicos, es decir, por obtener un dinero o el que se realiza en el curso de un robo, el asesinato por motivos sexuales o sádicos, raciales o religioso. Así mismo, se aplica esta pena cuando estemos ante los supuestos que llevan a la aplicación del internamiento de por vida, pero el condenado es menor de 21 años al cometer el delito. En cuanto al plazo de 15 años, rige cuando el condenado es mayor de 18 años y se dan los supuestos del internamiento de por vida. Por último, se aplicará el plazo de 12 años si el infractor es menor de 18 años cuando comete el delito.

Una vez elegida la pena de partida, el tribunal ha de tener en cuenta las circunstancias agravantes y atenuantes (que también se recogen en el anexo 21), en la medida en que no se hayan apreciado al tomar esa decisión. Entre las agravantes se recogen, por ejemplo, que la víctima sea especialmente vulnerable o el abuso de confianza y, entre las atenuantes, que el delito fuera consecuencia de un periodo largo de estrés o que hubiera actuado en cierto modo en legítima defensa. Una vez realizada esa operación se obtiene la pena mínima o tarifa. La duración media de la tarifa aumentó considerablemente durante el periodo que va del 2003 al 2013, pasando de una media de 12,5 años en 2003 a una media de 21,1 en 2013⁵³².

En relación con el efecto disuasorio (prevención general negativa) de esta pena, MITCHELL y ROBERTS opinan que tiene muy poco o nulo efecto disuasorio por dos razones. En primer lugar, porque un número significativo de asesinatos son espontáneos (*spur-of-the-moment offences*)⁵³³, resultado de peleas, discusiones y estados pasionales; en otras palabras, los asesinatos planeados o premeditados no son habituales. En segundo lugar, porque la percepción popular de que la cadena perpetua no es realmente un nombre apropiado (por no cumplirse la pena de por vida), significa que el efecto disuasorio de la

⁵³² Véase PADFIELD, "Life sentences", p. 23.

⁵³³ Este término puede ser equivalente a ciertos supuestos de anulación parcial de la imputabilidad.

cadena perpetua preceptiva está debilitado⁵³⁴. Con todo ello, los mencionados autores concluyen que es poco probable que esta pena tenga un marcado efecto disuasorio en los índices de asesinato⁵³⁵.

Por su parte, VAN ZYL destaca la contradicción argumental de aquellos que defienden esta pena por razones de peligrosidad o riesgo de reincidencia (prevención especial negativa). Señala que los políticos de todos los partidos siguen defendiendo la cadena perpetua para todos los casos de asesinato por razones de protección de la sociedad, pero al mismo tiempo admiten que algunos asesinos ni son peligrosos ni su crimen es tan atroz como para justificar la prisión de por vida⁵³⁶. De hecho, tal y como se ha adelantado, para la imposición de esta pena es irrelevante que exista o no peligrosidad criminal (a diferencia de lo que sucede con el resto de penas indeterminadas), pues el asesinato siempre conllevará la pena de cadena perpetua.

Para finalizar, haciendo una comparación entre esta pena y la nueva prisión permanente revisable española, podemos afirmar que ésta última se asemeja, en gran medida, a la cadena perpetua preceptiva por tres razones. En primer lugar, porque el principal delito para el que se prevé la PPR es el asesinato, aunque a diferencia de la cadena perpetua preceptiva del Reino Unido, no todo asesinato lleva a imponer esta pena, sino únicamente algunas de sus constelaciones de casos más graves⁵³⁷. En segundo lugar, porque su aplicación es siempre obligatoria en caso de cometer los delitos previstos por la ley, es decir, el juez no puede aplicar ninguna otra pena. En tercer y último lugar, porque no se exige comprobar la peligrosidad criminal para su imposición.

B.2.2. Las penas basadas en la “peligrosidad”. Los “delincuentes peligrosos” y la Ley de 2003.

La Ley de justicia penal de 2003 utilizó, por primera vez, el título de “delincuentes peligrosos”, y el término “peligrosidad”, dedicándole un capítulo en exclusiva⁵³⁸. Sin embargo, el enfoque sobre la peligrosidad del delincuente no es totalmente nuevo⁵³⁹. En el siglo XIX se pueden encontrar muchos ejemplos de grupos que fueron considerados

⁵³⁴ Así lo reconoció el comité de jueces experto de la Cámara de los Lores (*Lords Select Committee*). Véase, HOUSE OF LORDS SELECT COMMITTEE, *Murder and Life Imprisonment*, párrafo 114B.

⁵³⁵ MITCHEL y ROBERTS, *Mandatory life sentence*, p. 61. Para más información sobre los argumentos que se dan para no eliminar el carácter obligatorio de esta pena (como, por ejemplo, la confianza de la sociedad en la administración de justicia), véase en la misma obra, pp. 57-60 y 66-87; y también VAN ZYL, *Life imprisonment*, pp. 98 y ss.

⁵³⁶ VAN ZYL, *Life imprisonment*, p. 132.

⁵³⁷ Véase la monografía de PEÑARANDA, *Asesinato, passim*; y del mismo, “Asesinato”, pp. 1257-1282.

⁵³⁸ Ley de Justicia Penal de 2003, Capítulo 5 de la Parte 12, arts. 224 a 236.

⁵³⁹ Aunque es cierto que esos términos no fueron utilizados en la ley hasta el 2003, sí fueron utilizados en comentarios e informes.

peligrosos para el orden social como el desempleado o el pobre. Las categorías de aquellos que son percibidos como peligrosos han cambiado con el tiempo⁵⁴⁰.

La primera pena “preventiva” en el pasado más reciente ha sido “la pena más larga que la correspondiente según el principio de proporcionalidad” (*longer than commensurate sentence*), introducida por la Ley de Justicia Penal de 1991⁵⁴¹, que permitió imponer dichas penas a condenados por delitos sexuales o violentos⁵⁴². Sin embargo, este tipo de penas eran determinadas, a diferencia de las que introduce la ley de 2003. Para determinar cuánto debía aumentarse la pena con el fin de proteger a la sociedad, el Tribunal de Apelación afirmó que un incremento de hasta el 50% podía ser adecuado⁵⁴³. En cualquier caso, la pena no podía exceder del límite máximo y sólo podía ser utilizada en casos de delitos violentos o sexuales. Junto a esta pena, existían otras penas “preventivas”⁵⁴⁴: la cadena perpetua automática⁵⁴⁵, la antigua versión de la cadena perpetua discrecional⁵⁴⁶ y de la pena extendida⁵⁴⁷. Para los delitos cometidos antes del 5 de abril de 2005 esta estructura de penas sigue en vigor⁵⁴⁸.

Centrándonos en las penas “preventivas” que actualmente están en vigor, como se ha avanzado, la Ley de Justicia Penal de 2003 introdujo un nuevo régimen para los delincuentes clasificados como peligrosos con respecto a los delitos cometidos a partir del 5 de abril de 2005. Esta Ley proporcionó un marco obligatorio que exige a los tribunales imponer una de las tres formas más severas de la pena de prisión para los delincuentes peligrosos: la Cadena perpetua discrecional, la prisión para la protección de la sociedad y la pena extendida.

⁵⁴⁰ EASTON y PIPER, *Sentencing*, 2012, p. 135.

⁵⁴¹ Arts. 1.2.b y 2.2.b. Esta pena fue consolidada posteriormente en los arts. 79.2 (b) y 80.2 (b) de la Ley sobre los tribunales de 2000 y derogada por la Ley de Justicia Penal de 2003, Anexo 37, Parte 7.

⁵⁴² EASTON y PIPER, *Sentencing*, 2012, p.141.

⁵⁴³ Aunque el estudio de 31 sentencias dictadas por ese tribunal en 1993 revela que las penas fueron aumentadas en un 73,5 %. Véase CLARKSON, “Beyond Just Deserts”, p. 289.

⁵⁴⁴ En relación con estas penas preventivas, señalan VAN ZYL y APPLETON, “Life imprisonment in England and Wales”, p. 221, que durante la década de los 90 la regulación sobre la determinación de la pena pasó de una posición en la que se basaba principalmente en aspectos retributivos a una posición en la que se enfatizaba la incapacitación.

⁵⁴⁵ Art. 2 de la ley sobre el crimen 1997, posteriormente, art. 109 de la Ley sobre los tribunales de 2000. En ausencia de circunstancias excepcionales, los tribunales aplicaban esta pena a todo aquel que tenía 18 años o más y fuera declarado culpable de un segundo delito violento o sexual grave (enumerados en el párrafo 5 del mismo art. 2, como, por ejemplo, la tentativa de asesinato o homicidio o la violación). La cadena perpetua automática fue sustituida en 2005 por la pena de prisión para la protección de la sociedad (IPP). Sin embargo, con la introducción de la nueva enmienda de la Ley sobre determinación de la pena de 2012, la cadena perpetua automática vuelve a adquirir vigencia, ya que esa Ley introduce la cadena perpetua para el segundo delito grave. Nos centraremos en esta modificación, así como en la pena IPP, *infra* apartados B.2.2.2 y B.2.2.4

⁵⁴⁶ Se trata de la *common law discretionary life sentence*, la cual se distingue del *statutory discretionary life sentence*, explicaremos las diferencias entre ambas, al estudiar la regulación de la actual cadena perpetua discrecional introducida por la ley de 2003 (*statutory discretionary life sentence*), *infra*, apartado B.2.2.12.

⁵⁴⁷ Fue introducida en 1967 y abolida en 1991 cuando se introdujo la pena más larga que la correspondiente según el principio de proporcionalidad, a la que se ha hecho referencia. Más tarde, en la Ley de 2000 vuelve a adquirir vigencia (art. 85), y la ley de 2003 la mantiene con algunas modificaciones que comentaremos *infra* B.2.2.3. Para mayor información, véase PADFIELD, “Distinguishing”, *passim*.

⁵⁴⁸ Para mayor información sobre el sistema de penas existente antes de la aprobación de la ley de 2003, véase VAN ZYL, *Life imprisonment*, pp. 78-134.

Estas tres penas privativas de libertad que entraron en vigor en 2005, han sido modificadas dos veces: una, mediante la Ley de Justicia Penal y de Inmigración de 2008 (en lo sucesivo, Ley de Justicia Penal de 2008), y la segunda, por la Ley sobre determinación de la pena de 2012. Actualmente, como consecuencia de las últimas modificaciones, las tres penas posibles a imponer a las personas consideradas peligrosas son las siguientes: la cadena perpetua “discrecional”, la cadena perpetua por el segundo delito (que viene a sustituir a la IPP) y la nueva versión de la pena extendida.

En los siguientes apartados en los que se irá explicando las diferentes penas indeterminadas que han existido y existen, nos referiremos a las diferentes regulaciones que han estado en vigor desde el año 2005, cuando fueron introducidas por primera vez las tres penas destinadas a los “delincuentes peligrosos”, hasta la regulación actualmente en vigor tras la reforma de 2012, para poder observar cuál ha sido la evolución y el porqué de los cambios.

Estas penas dirigidas a los “delincuentes peligrosos” sólo pueden ser impuestas en relación con los delitos “específicos” que figuran en el anexo o lista 15 de la ley de Justicia Penal de 2003: un total de 153 delitos, que incluye delitos violentos (parte 1) y delitos sexuales (parte 2)⁵⁴⁹, que pueden ser desde el homicidio⁵⁵⁰ o el robo con violencia en las personas, hasta unas riñas con amenazas de diversa índole y desde una violación hasta el exhibicionismo⁵⁵¹. Además de esto, en el caso de la cadena perpetua “discrecional” y la IPP, los delitos tienen que ser necesariamente delitos considerados “graves”. Sin embargo, la pena extendida se aplica a todos los delitos “específicos” sean o no “delitos graves”⁵⁵². Los delitos graves son aquellos delitos que, además de ser específicos, es decir, que están incluidos en la mencionada lista, la ley prevé para ellos, como penas máximas, la pena de cadena perpetua o una pena determinada de 10 años o más⁵⁵³. Por ello, es importante matizar que, aunque la ley utiliza ese calificativo, no significa que realmente se trate de los delitos más graves. Esto se debe a que las leyes

⁵⁴⁹ Véase art. 224. 1 y anexo 15 de la Ley de Justicia Penal de 2003. Como se verá al explicar cada pena concreta, se han añadido a este anexo 15 otros dos anexos el 15A y el 15B, mediante la Ley de Justicia Penal de 2008 y la Ley sobre determinación de la pena de 2012, respectivamente. Como se explicará más adelante, a raíz de las modificaciones introducidas en las penas IPP y la pena extendida en 2008, uno de los supuestos que dan lugar a la aplicación de esas penas es, además de la comisión actual de un delito, la existencia de una condena anterior por un delito especificado en el anexo 15A. Por su parte, el anexo 15 B recoge los delitos que dan lugar a la cadena perpetua por el segundo delito.

⁵⁵⁰ Hay una directriz sobre este delito, SC, *Manslaughter. Definitive Guideline*, 2018, pp. 4-5, 10, 16 y 22, en el que la valoración de la gravedad de la pena sólo se realiza refiriéndose al parámetro de la culpabilidad y no al daño (*harm*), ya que señala que el daño es siempre el más alto (*For all cases of manslaughter the harm caused will inevitably be of the utmost seriousness. The loss of life is taken into account in the sentencing levels at step two*).

⁵⁵¹ El término en inglés es *Exposure* y está regulado en el art. 66 de la ley sobre delitos sexuales de 2003 (*Sexual Offences Act 2003*).

⁵⁵² Antes de la introducción de las enmiendas en el año 2008 por la Ley de Justicia Penal, las penas extendidas eran aplicables únicamente a los delitos que no eran considerados graves. Véase el art. 227.1.a) de la Ley de Justicia Penal de 2003.

⁵⁵³ Esta definición de “delitos graves” (*serious offences*) se recoge en el art. 224 de la Ley de Justicia Penal de 2003.

establecen la duración máxima de las penas, pero no la mínima (salvo en algún caso, como hemos señalado *supra* 2.A)⁵⁵⁴. Por último, un requisito común a los tres tipos de penas es la peligrosidad criminal, que se concreta y define como la existencia de un riesgo significativo para la sociedad (*significant risk*) de cometer nuevos delitos⁵⁵⁵. En los siguientes apartados desarrollaremos estos y otros requisitos legales necesarios para aplicar estas penas.

Para finalizar, antes de entrar a comentar la regulación de las distintas penas basadas en la peligrosidad, es importante matizar que la cadena perpetua discrecional y la cadena perpetua por el segundo delito (o la pena IPP antes de su derogación) son penas indeterminadas, no así la pena extendida. La diferencia radica en que en la pena extendida la suma de la parte a cumplir en prisión y la parte a cumplir en la comunidad en supervisión no pueden exceder la pena máxima determinada establecida para el delito cometido y, por tanto, existe una fecha límite clara de salida o cumplimiento definitivo. Sin embargo, en las penas indeterminadas la puesta en libertad depende siempre de la Junta de Libertad Condicional, porque no existe ningún límite máximo de cumplimiento, de modo que la persona seguirá en prisión hasta que la Junta decida que ya no es necesario mantenerla en prisión por razones de protección de la sociedad.

B.2.2.1. La cadena perpetua discrecional (*Discretionary life sentence*)

Antes de proceder a explicar la regulación actual de la cadena perpetua discrecional prevista para los delincuentes “peligrosos” es importante realizar una serie de aclaraciones para evitar confundir las dos clases de cadenas perpetuas discretionales que han existido en el Reino Unido.

Hasta la regulación prevista en la Ley de Justicia Penal de 2003 en la que los criterios para la adopción de la cadena perpetua discrecional vienen recogidas en el art. 225 y el anexo 15 (*statutory discretionary life sentence*), la cadena perpetua discrecional para todos los delitos estaba regida sólo por los criterios establecidos previamente por el Tribunal de Apelación en el caso *Hodgson* 1967⁵⁵⁶ (*common law discretionary life*

⁵⁵⁴ Por ello, EASTON y PIPER, *Sentencing*, 2012, p. 148, consideran que la calificación “graves” es confusa. A modo de ejemplo, el delito de robo en un establecimiento público prevé como pena máxima la cadena perpetua, sin embargo, existen diferentes rangos de penas en función de la gravedad del delito y la culpabilidad de autor, estableciéndose para el caso menos grave un rango de entre 1 a 4 años (véase la directriz SC, *Burglary Offences*, 2011, pp. 3-5 y la *Theft Act* de 1968, art. 9). Otro ejemplo se puede observar en la directriz sobre el robo (SC, *Robbery, Definitive Guideline*, 2016, pp. 3 a 5), donde también se prevé como pena máxima la cadena perpetua, pero a la vez, el rango de penas para el caso menos grave es una pena comunitaria o una pena de prisión de 3 años.

⁵⁵⁵ Arts. 225 y 227 de la Ley de Justicia Penal de 2003: *The court is of the opinion that there is a significant risk to members of the public of serious harm occasioned by the commission of him by further specified offences.*

⁵⁵⁶ EWCA, *Hodgson*, *passim*.

sentence). En primer lugar, el delito debía ser lo suficientemente grave como para imponer una pena muy larga⁵⁵⁷; en segundo lugar, la persona condenada debía padecer un trastorno mental, “inestabilidad mental”⁵⁵⁸, de forma que en caso de permanecer en libertad fuese probable la reincidencia en un delito especialmente grave para la sociedad. Desde al menos 1861 el juez ha podido imponer esta pena a su discreción cuando la pena aplicable según la ley era la cadena perpetua⁵⁵⁹. Por tanto, a diferencia de la cadena perpetua preceptiva, la cadena perpetua discrecional era la pena máxima legal aplicable (no obligatoria⁵⁶⁰).

Actualmente, aunque la cadena perpetua discrecional del *common law* sigue en vigor, su ámbito de aplicación ha quedado reducido por la Ley de Justicia Penal de 2003, es decir, por los criterios establecidos en el art. 225 respecto a los delitos recogidos en el anexo 15 (siempre que el delincuente haya sido calificado como peligroso en virtud del art. 229), quedando relativamente pocos delitos sujetos únicamente a los criterios *Hodgson*. Así, el uso de la cadena perpetua discrecional del *common law* se limita a dos tipos de casos. En primer lugar, a los casos excepcionales en los que el tribunal quiere subrayar la gravedad del delito y basar la pena en la alta culpabilidad del delincuente, en lugar de la peligrosidad⁵⁶¹. En segundo lugar, a los delitos violentos o sexuales no recogidos en la lista 15, pero cuya pena máxima es la cadena perpetua, tales como el tráfico de drogas⁵⁶². En todos los demás casos, el juez debe imponer una de las nuevas penas que recoge la mencionada ley.

Centrándonos ahora en la cadena perpetua discrecional del art. 225⁵⁶³, debemos señalar que se trata de la pena más severa que se puede imponer a un acusado considerado peligroso. Para aplicar esta medida, el citado precepto requiere que se cumplan las

⁵⁵⁷ Para mayor información, véase PADFIELD, *Beyond the Tariff*, pp. 3 y 4.

⁵⁵⁸ Es importante tener en cuenta que aquí la inestabilidad mental no es un término médico y no es lo mismo que “*mentally disordered*”, término usado y definido en la *Mental Health Act* 1983. Para mayor información, véase EASTON y PIPER, *Sentencing*, 2008, pp. 155-156 y ASHWORTH, *Sentencing*, 2010, p. 230.

⁵⁵⁹ PADFIELD, *Beyond the Tariff*, p. 3

⁵⁶⁰ EASTON y PIPER, *Sentencing*, 2012, p. 145.

⁵⁶¹ AUMÜLLER, “Dangerous offenders”, p. 8.

⁵⁶² EASTON y PIPER, *Sentencing*, 2012, p. 145.

⁵⁶³ La consideración de esta pena como potestativa o preceptiva difiere dependiendo del autor, lo que se aprecia en la denominación que utilizan para referirse a ella. Mientras que ASHWORTH, *Sentencing*, p. 238, en 2015, la cataloga como “*mandatory life sentence*”, porque de cumplirse todos los criterios del art. 225 su aplicación es obligatoria. Por el contrario, EASTON y PIPER, *Sentencing*, 2012, p. 146, la página web del *Sentencing Council* (<https://www.sentencingcouncil.org.uk/about-sentencing/types-of-sentence/life-sentences/>) o las directrices definitivas sobre tentativa de asesinato (*SGC, Attempted Murder, Definitive Guideline*, 2009, párrafo D.1), la catalogan como “*discretionary life sentence*”. También el propio ASHWORTH, *Sentencing*, p. 229, unos años antes, en 2010, explicaba en qué consiste esta pena bajo el título “cadena perpetua” (sin añadir el calificativo preceptiva ni discrecional), pero posteriormente, señala que, aunque las disposiciones sobre esta pena son obligatorias, el tercer criterio para su imposición permite al juez decidir si la impone, ya que debe valorar si la gravedad del delito justifica la imposición de la cadena perpetua. En la misma línea, VAN ZYL y APPLETON, “Life imprisonment in England and Wales”, p. 219 señalan que además de tener que valorar si el delito es lo suficientemente grave para justificar esta pena, lo que les obliga a tener en cuenta cuestiones de proporcionalidad, el hecho de que la imposición de esta pena dependa del “riesgo significativo” de comisión de futuros delitos “graves”, le otorga al tribunal más discrecionalidad.

siguientes 4 condiciones: que el delincuente haya sido condenado por un delito cuya pena máxima sea la cadena perpetua (que se prevé para aproximadamente unos 70 delitos⁵⁶⁴); que el delito cometido esté incluido en la lista 15 que el tribunal considere que la gravedad del delito(s) justifica la imposición de la cadena perpetua; y que el tribunal considere que el delincuente es peligroso⁵⁶⁵.

En caso de que una pena de cadena perpetua no esté disponible para el delito cometido o no esté justificada, el tribunal tiene la opción de aplicar la prisión para la protección de la sociedad⁵⁶⁶ o una pena extendida⁵⁶⁷.

A pesar de que las disposiciones relativas a la cadena perpetua siguen siendo obligatorias, la naturaleza de la tercera condición es tal que permite que el tribunal pueda evaluar si una pena de cadena perpetua está justificada en el caso que enjuicia⁵⁶⁸. La dificultad de este requisito radica, como pone de manifiesto ASHWORTH, que no está claro el punto en el que se debe establecer el límite. En la cadena perpetua discrecional del *common law* el delito siempre tenía que ser de cierta gravedad para imponer una cadena perpetua, pero nunca estuvo claro dónde tenía que ponerse la línea (aunque hubo alguna sentencia de referencia que sugirió que el delito o delitos debían merecer al menos una pena de 7 años). Esta duda fue menos acuciante entre los años 2003 y 2012, ya que los tribunales podían imponer una pena IPP si consideraban que la gravedad del delito no justificaba la cadena perpetua. Sin embargo, actualmente, tras la derogación de la IPP en 2012⁵⁶⁹, el Tribunal de Apelación ha decidido que la cadena perpetua puede ser impuesta en casos en los que anteriormente habrían conllevado una pena IPP⁵⁷⁰, argumentando (de forma dudosa, según ASHWORTH) que es lo que el Parlamento pretende. Esto hace que sea aún más importante determinar el nivel de pena mínima a la que propiamente se puede imponer la cadena perpetua⁵⁷¹.

⁵⁶⁴ Por ejemplo, la tentativa de asesinato (art.1.1 *Criminal Attempts Act 1981* y *SGC, Attempted Murder, Definitive Guideline*, 2009); el homicidio (art. 5 *Offences against persons Act 1861*); la violación (art. 1.4 *Sexual Offences Act 2003* y *SC, Sexual Offences, Definitive Guideline*, 2014; aunque también hay más delitos sexuales que llevan la cadena perpetua); determinados tipos de robo (art. 8.2 de la *Theft Act 1968* y *SC, Robbery, Definitive Guideline*, 2016); y lesiones graves (art. 18 de la *Offences against persons Act 1861* y *SGC, Assault and other offences against the person Definitive Guideline*, 2008).

⁵⁶⁵ La regulación de esta pena no se ve afectada ni por la Ley de Justicia Penal de 2008 ni por la ley sobre determinación de la pena de 2012.

⁵⁶⁶ Art. 225.3 de la Ley de Justicia Penal de 2003

⁵⁶⁷ Art. 227 de la Ley de Justicia Penal de 2003, de acuerdo con las modificaciones introducidas por la ley de 2012 mediante el art. 226A. Explicaremos las nuevas modificaciones *infra* apartado “B.3.3 La pena determinada extendida (extended sentence)”.

⁵⁶⁸ ASHWORTH, *Sentencing*, 2010, p. 229.

⁵⁶⁹ Mediante la Ley sobre determinación de la pena de 2012.

⁵⁷⁰ Véase EWCA, *Saunders*, párrafos 13 a 15.

⁵⁷¹ ASHWORTH, *Sentencing*, 2015, p. 239.

B.2.2.2. La pena de prisión para la protección de la sociedad (*Imprisonment for public protection, IPP*)

Uno de los aspectos más controvertidos de la Ley de 2003 fue la introducción de esta pena⁵⁷². La IPP que se regula, al igual que la cadena perpetua discrecional, en el art. 225, es una pena indeterminada que funciona como una cadena perpetua menor⁵⁷³ o, como EASTON y PIPER afirman, es una cadena perpetua, aunque con un régimen diferente sobre la puesta en libertad⁵⁷⁴. Por ello, la prisión para la protección de la sociedad también recibe el nombre de “cadena perpetua del art. 225”⁵⁷⁵. Aunque esta pena ha sido recientemente derogada por la Ley de 2012, nos parece importante mencionar cuál era la regulación legal que estuvo en vigor antes de su eliminación (entre los años 2005 y 2012), ya que tuvo importantes consecuencias jurídicas y penitenciarias.

Durante la vigencia de esta pena, hubo dos tipos de regulación: una, la vigente en el momento de su introducción en 2005, y otra segunda, resultante de las modificaciones introducidas por la ley de 2008.

De acuerdo con la última regulación que estuvo vigente antes de su derogación, es decir, la regulación introducida por la Ley de 2008, esta pena se “*podía*” aplicar (por tanto, no era obligatorio⁵⁷⁶), cuando se cumplían las siguientes condiciones: la cadena perpetua no estaba disponible o justificada (es decir, el delito no conllevaba una pena de cadena perpetua o, aunque el delito cometido sí conlleva dicha pena, su imposición no estaba justificada por la gravedad del delito); se había cometido un “delito grave”; el delincuente tenía una condena anterior por un delito especificado en el anexo 15A (22 delitos más graves⁵⁷⁷) o, de forma alternativa, el delito actual justificaba un periodo punitivo de al menos 2 años (umbral de gravedad)⁵⁷⁸; y el tribunal consideraba que el delincuente era peligroso.

En cuanto al requisito de la existencia de un delito anterior o que el actual justifique una pena, como mínimo, de 2 años, significa que la IPP se aplica solamente en aquellos casos en los que, de imponer una pena determinada, ésta sería de cuatro años⁵⁷⁹ (pues el periodo punitivo o tarifa se calcula dividiendo la duración que habría conllevado

⁵⁷² VAN ZYL y APPLETON, “Life imprisonment in England and Wales”, p. 230.

⁵⁷³ WELLS y QUICK, *Criminal Law*, p. 62.

⁵⁷⁴ EASTON y PIPER, *Sentencing*, 2012, p. 149.

⁵⁷⁵ EASTON y PIPER, *Sentencing*, 2012, p. 145.

⁵⁷⁶ La Ley utiliza el término “may impose” o “puede”. Véase el art. 225.3 de la Ley de Justicia Penal de 2003 tal y como ha sido modificado por la Ley de Justicia Penal de 2008.

⁵⁷⁷ La lista 15 A se introdujo en 2008 para recoger aquellos delitos cometidos anteriormente que pueden dar lugar a la imposición de la IPP y también, como se verá más adelante, la pena extendida. Se incluyen delitos como el asesinato, el homicidio, las lesiones físicas graves, la violación, la violación de un niño, el robo con arma de fuego, o posesión de arma de fuego con intención criminal, entre otros.

⁵⁷⁸ Art. 225 (3A) y (3B) introducidos por la Ley de Justicia penal de 2008.

⁵⁷⁹ EASTON y PIPER, *Sentencing*, 2012, p.149-150.

la pena determinada⁵⁸⁰). El objetivo era reducir el número de penas de IPP impuestas para periodos muy cortos y asegurar que la carga de una pena indeterminada no se impusiese, a menos que el delito cometido fuera grave (o el delito anterior fuera muy grave, aunque el actual no lo fuera).

Sin embargo, en la regulación previa a 2008 (es decir, en la regulación original aprobada en 2005), no se exigía que la pena por el delito cometido conllevara una pena mínima de, al menos 2 años de prisión y, además, en caso de que existiera una condena anterior, se hacía una presunción de peligrosidad⁵⁸¹. Así mismo, la aplicación de esta pena no era facultativa, señalando la ley que la IPP “debe imponerse” (*must apply*) cuando se cumplan las condiciones legales. Por tanto, si se consideraba que el delincuente era peligroso, el delito era grave, y si la cadena perpetua no estaba legalmente disponible o la infracción no era lo suficientemente grave como para justificar una cadena perpetua, entonces, el tribunal estaba obligado a imponer esta pena.

Esta falta de discrecionalidad judicial, la ausencia de un umbral de gravedad y la presunción de peligrosidad dieron lugar a un rápido incremento del número de personas condenadas a una IPP. Mientras que en 2006 había unos 1.400 IPPs, en solo dos años, en 2008, subió a unos 4500⁵⁸², lo que claramente contribuyó al hacinamiento en las cárceles. Sin embargo, la cifra de liberados condicionales era muy baja en comparación con el número de condenados, siendo de tan solo 22⁵⁸³.

Un número elevado de personas fueron condenadas, por delitos relativamente menores que no habrían resultado en una pena indeterminada antes de 2003⁵⁸⁴. Los tribunales con frecuencia imponían una IPP por delitos cuyo plazo mínimo era tan solo de 12 o 18 meses⁵⁸⁵, después de lo cual, se exponían a ser privados de libertad indefinidamente⁵⁸⁶. Por ejemplo, en el caso de tres condenados a IPP que recurrieron al TEDH, dos de los recurrentes habían recibido tarifas de menos de 2 años (Wells de 1 año y Lee de 9 meses) y el tercero de 2 años (James), pero al tener todos condenas anteriores,

⁵⁸⁰ PSO 4700, capítulo 3, 2010, p. 3. En el apartado 4.B.3 *infra* se volverá a hacer referencia, en mayor detalle, al procedimiento que se sigue para establecer el plazo punitivo.

⁵⁸¹ Art. 229.3 de la Ley de Justicia Penal de 2003. Aunque, como excepción, se contemplaba que “no fuera razonable llegar a tal conclusión en las circunstancias concretas”.

⁵⁸² En 2012 pasó a casi 8.000. Véase Estadísticas criminales del Ministerio de Justicia (MINISTRY OF JUSTICE, *Criminal Justice Statistics*, 2013, p. 50); HARRISON, “Sexual offender”, p. 13; y ARNOTT y CREIGHTON, *Hearings*, 2010, p. 130, párrafo 8.9.

⁵⁸³ Y en 2012 la cifra se situaba en 395 liberaciones. Se puede ver la evolución de estas concesiones desde el 2006 al 2012 en el informe anual de la JLC, 2011-2012, p. 36 (nombre original *Parole Board Annual Report and Accounts*).

⁵⁸⁴ Véase EASTON y PIPER, *Sentencing*, 2012, p. 149; y GLEDHILL, *Preventive Detention*, p. 65.

⁵⁸⁵ Según los datos aportados en 2011 por el Ministerio de Justicia sobre las IPP (MINISTRY OF JUSTICE, *Provisional figures*, p. 3), en 2011, 1550 personas, es decir, casi el 23% de las personas condenas a una IPP estaban cumpliendo una tarifa inferior a 2 años. Se trata de una cifra bastante elevada, teniendo en cuenta que desde 2008 para la imposición de una IPP se exigía que la pena conllevara una pena mínima de al menos 2 años (aunque es cierto que, como se explicará más abajo, ese límite no se aplicaba si se había cometido previamente otro delito). Casi el 50% estaba cumpliendo una tarifa de entre 2 a 4 años.

⁵⁸⁶ ASHWORTH, *Sentencing*, 2015, p. 238.

se presumía la peligrosidad y, por tanto, debía imponerse una pena IPP. Si la presunción no hubiera existido, habría que probar la peligrosidad, y de concluir que no existía, se habría impuesto una pena determinada. En el caso de Lee, en concreto, según señaló el Juez Moses del Tribunal de Apelación, se habría aplicado una pena determinada, porque había amplio material probatorio que sugería que Lee no era peligroso⁵⁸⁷.

Además, los condenados por delitos menores que habían recibido tarifas muy cortas permanecieron en la cárcel por largos periodos después del cumplimiento del periodo punitivo⁵⁸⁸. Los jueces se vieron aplicando penas a “delincuentes peligrosos” en casos totalmente inadecuados⁵⁸⁹. En consecuencia, los sistemas penitenciarios y la libertad condicional no pudieron hacer frente a la necesidad de ofrecer a todos los presos acceso adecuado a los programas de rehabilitación para que pudieran demostrar que ya no suponían un riesgo para la sociedad. Esto produjo una especie de “círculo vicioso”, ya que para poder demostrar que no eran peligrosos y ser liberados previamente debían realizar unos cursos de rehabilitación que, debido a la rápida expansión de la población penitenciaria, no llegaban a ofrecerse, permaneciendo muchos de ellos privados de libertad durante más tiempo que la tarifa impuesta. De hecho, la forma más común en la que un preso podía probar la falta de peligrosidad era a través del cumplimiento de los programas de rehabilitación acreditados. Según datos del Ministerio de Justicia, en 2011 el 60% de la población (3.500 personas) que estaba cumpliendo una pena IPP seguía en prisión tras cumplir la tarifa⁵⁹⁰.

Ante esta situación, un número elevado de juristas expresó serias preocupaciones acerca de las penas IPP, incluidos la Inspección de Prisiones, la Cámara de los Comunes y la Comisión de Justicia de la *Prison Reform Trust*⁵⁹¹, y el gobierno reconoció que no había justificación suficiente para el uso generalizado de la IPP⁵⁹². En consecuencia, para

⁵⁸⁷ TEDH, TEDH, *James, Wells y Lee c. Reino Unido*, párrafos 85 y 216. El tribunal destacó la necesidad de recordar que la peligrosidad de los demandantes fue en gran medida un producto de la presunción legal (los tres tenían condenas anteriores) y, por tanto, cabe dudar sobre si los jueces en cuestión habrían impuesto una pena IPP de haber disfrutado de la discrecionalidad que ahora disponen. Así, declaró que, después de la introducción de esta modificación, “parece probable que en los casos de Wells (con una tarifa de 1 año) y Lee (de 9 meses), ya no habría sido posible imponer una pena IPP”, porque tras la reforma se exigía un periodo mínimo de cumplimiento de 2 años y, aunque es cierto que de existir un delito anterior ya ese umbral no rige obligatoriamente, dada la facultad de imponer la IPP que tiene el Tribunal y la eliminación de la presunción de peligrosidad cuando existía un delito anterior, no se habría impuesto una pena IPP por tratarse de periodos mínimos inferiores a dos años.

⁵⁸⁸ STRICKLAND, *Imprisonment for Public protection*, pp. 1 y 6.

⁵⁸⁹ BRYAN, “Life Sentences”, p. 2.

⁵⁹⁰ Véase los datos del Ministerio de Justicia sobre las penas IPP (MINISTRY OF JUSTICE, *Provisional figures*, junio 2011, p. 3); y también, las estadísticas del Ministerio de Justicia sobre la gestión de los delincuentes (MINISTRY OF JUSTICE, *Offender Management Statistics*, 2013, p. 9).

⁵⁹¹ *The Prison Reform Trust* (PRT) es una organización independiente de beneficencia del Reino Unido cuyo fin es crear un sistema penal justo, humano y eficaz. Su trabajo consiste en investigar el funcionamiento del sistema penal, informar a los presos, sus familias, al personal de prisión, al de la libertad condicional, los profesionales del derecho, estudiantes, académicos y miembros del público interesados, y tratar de influir en el Parlamento, el gobierno y los funcionarios. Para mayor información, véase su página web en <http://www.prisonreformtrust.org.uk/>.

⁵⁹² Véase *Attorney General's Reference*, N ° 55, 2008. De hecho, en Inglaterra y Gales tienen el mayor número de condenados a penas indeterminadas de Europa Occidental y este grupo contribuye de manera importante al aumento

reducir el número de personas condenadas a una pena indeterminada para la protección de la sociedad, la Ley de Justicia Penal de 2008⁵⁹³ utilizó varias medidas que se han adelantado anteriormente.

La primera fue establecer un plazo mínimo como periodo punitivo de dos años (es decir, la imposición de un umbral de gravedad) o, alternativamente, la exigencia de la comisión de un delito anterior específico del nuevo anexo 15A⁵⁹⁴. La segunda modificación fue introducir mayor discrecionalidad sustituyendo el verbo “debe” por “puede” en relación con la imposición de un IPP; de modo que incluso cuando se cumpliesen todas las condiciones, el tribunal no estaría obligado a imponer una pena IPP. La tercera consistió fue la eliminación de la presunción de peligrosidad⁵⁹⁵.

El Tribunal de Apelación también dio orientación sobre el nuevo enfoque de la pena IPP a la luz de las modificaciones introducidas por la citada Ley de Justicia Penal de 2008, señalando que al ser ésta una de las penas más draconianas, si era posible ofrecer una adecuada protección a la sociedad mediante una serie de penas alternativas y acumulativas, la IPP no debía ser impuesta⁵⁹⁶.

Sin embargo, la reforma de 2008 no tuvo carácter retroactivo, lo que fue objeto de críticas. JACOBSON y HOUGH consideraron injusto que casi todos las personas condenadas antes de la introducción de esa ley siguiesen en prisión cumpliendo penas muy por encima de su tarifa, sabiendo que las personas condenadas por delitos similares, después de la reforma, ya habrían cumplido sus condenas⁵⁹⁷.

Finalmente, en 2012 la pena IPP fue derogada por la Ley sobre determinación de la pena de 2012⁵⁹⁸. Esta ley también creó una nueva cadena perpetua por la comisión del segundo delito grave y modificó la regulación de la pena extendida, a las que nos referiremos en los siguientes apartados. La cadena perpetua “discrecional” se mantiene en vigor.

B.2.2.3. La cadena perpetua por la comisión del segundo delito (*Life sentence for the second offence*).

En el año 2005, la cadena perpetua automática por el segundo delito sexual o grave⁵⁹⁹ fue reemplazada por la pena de IPP. Sin embargo, con la derogación de la IPP y

de la población carcelaria. De 253 presos condenados a penas IPP que habían cumplido el periodo punitivo y fueron considerados por la Junta de Libertad Condicional durante los años 2007 y 2008, sólo el 7% fueron puestos en libertad.

⁵⁹³ Art. 13.1 y Anexo 5.

⁵⁹⁴ Modificación introducida por la Ley de Justicia Penal de 2008, art. 13, que añade los apartados 3A y 3B al art. 225 de la Ley de Justicia Penal de 2003.

⁵⁹⁵ Estas dos modificaciones fueron introducidas por la Ley de Justicia Penal de 2008, mediante los arts. 13.1.3 y 17.4, respectivamente.

⁵⁹⁶ Véase *Attorney General's Reference*, N° 55, 2008.

⁵⁹⁷ JACOBSON y HOUGH, *Unjust deserts*, pp. 49-50.

⁵⁹⁸ Derogación efectuada mediante el art. 123 de la citada Ley.

⁵⁹⁹ A la que se ha hecho referencia *supra*, apartado B.2.2 y nota al pie 540.

la introducción de esta nueva cadena perpetua por el segundo delito por la Ley de 2012, la cadena perpetua automática vuelve a estar en vigor⁶⁰⁰, aunque como matiza ASHWORTH, a diferencia de aquélla, que era obligatoria, esta nueva pena no lo es, lo que considera positivo⁶⁰¹.

Hay dos condiciones que deben cumplirse para aplicar la nueva cadena perpetua. La primera, está relacionada con el delito cometido: La persona debe ser condenada por un delito que figure en la parte 1ª del nuevo anexo 15B⁶⁰². La Exposición de Motivos se refiere a estos delitos como “delitos violentos y sexuales particularmente graves”. Se trata de una lista compuesta de dos partes en las que se incluye un total de 45 delitos, como el homicidio, las lesiones, la posesión de un arma de fuego con la intención de poner en peligro la vida, la violación y otros delitos sexuales relacionados con menores o también delitos de terrorismo, como dirigir una organización terrorista. Así mismo, el delito debe ser lo suficientemente grave como para justificar una condena de prisión de 10 años o más.

La segunda condición está relacionada con el delito anterior. La persona deberá tener una condena por un delito enumerado en cualquiera de las dos partes del nuevo anexo 15B⁶⁰³ y deberá haber sido condenada por ese delito a una pena de al menos 10 años, una cadena perpetua o una IPP con una pena mínima de 5 años (lo que significa que la pena a aplicar, en caso de haberse impuesto una pena determinada, habría sido de 10 años, ya que como se ha explicado más arriba, la pena mínima se calcula partiendo por dos la pena determina que habría correspondido aplicar en su caso⁶⁰⁴).

Estas disposiciones han sido consideradas como la última versión de la política de “al segundo golpe estás fuera” (*two strikes and you’re out* policy). Sin embargo, es necesario matizar que estas disposiciones no obligan a los tribunales a imponer la pena de cadena perpetua en todos los casos. El tribunal debe imponer esta nueva pena, salvo que considere que existen “circunstancias particulares” relacionadas con el delito actual, con la condena anterior o el propio condenado, “que hagan injusta la aplicación de la cadena perpetua”. KEYZER afirma que esto probablemente se interpretará como una

⁶⁰⁰ Esta pena se introduce mediante el art. 122 de esa ley, que establece que se añada el art. 224A en la ley de Justicia Penal de 2003.

⁶⁰¹ ASHWORTH, *Sentencing*, 2015, p. 242.

⁶⁰² Anexo introducido por el anexo 18 de la Ley de 2012.

⁶⁰³ La 2ª parte incluye el asesinato y cualquier otro delito, aunque hubiera sido derogado antes de entrar en vigor esta lista. Nos centraremos en las consecuencias y problemas prácticos que genera esta segunda parte cuando pasemos a explicar la nueva regulación de la pena extendida, que también hace referencia a ese anexo.

⁶⁰⁴ GLEDHILL, *Preventive Detention*, p. 66 y ASHWORTH, *Sentencing*, 2015, p. 241.

posibilidad que tiene el acusado para poder demostrar que no es peligroso a pesar de que exista una segunda condena⁶⁰⁵.

Esa interpretación es la que se realizó en el caso *Offen* (2000)⁶⁰⁶ en relación con la cadena perpetua automática (art. 2 de la Ley sobre el crimen de 1997) que estuvo en vigor antes de la nueva estructura de penas indeterminadas que introdujo la Ley de Justicia Penal de 2003. Esta pena se aplicaba de forma automática en caso de cometer un segundo delito grave. Sin embargo, el tribunal explicó que al ser el objetivo de esa pena la consecución de la protección de la sociedad, también era necesario que el condenado constituyese un peligro significativo para la sociedad (*significant risk to the public*)⁶⁰⁷. Por eso precisamente se preveía la salvedad a la imposición automática de esta pena: la existencia de circunstancias excepcionales, relacionadas con el delito (actual o pasado) o con el delincuente. Así, el recurrente argumentó que al no existir peligrosidad en su caso, eso constituía una circunstancia excepcional y, por consiguiente, no se podía imponer una cadena perpetua automática. El Tribunal de Apelación le dio la razón señalando que los informes previos a la condena no apoyaban la existencia de peligrosidad, por lo que la aplicación automática de esa pena (por medio de una presunción) podría vulnerar los arts. 3 y 5 del CEDH por ser arbitraria y desproporcionada. Como consecuencia de ello, anuló esa pena y la sustituyó por una pena determinada de 3 años⁶⁰⁸.

El tribunal recalcó que la forma en que había sido interpretado hasta ahora el art. 2 de la ley de 1997, permitiendo la aplicación automática de cadenas perpetuas por el segundo delito a pesar de no existir peligrosidad, podía dar lugar a penas desproporcionadas. Según explicó era fácil encontrar ejemplos en los que los delitos cometidos podían ser catalogados como graves a efectos de ese precepto y en los cuales sería absolutamente desproporcionado imponer una cadena perpetua, debido a que el riesgo existente no era suficiente como para imponer una pena de esa naturaleza. Así, como ejemplo, apuntó que un homicidio, el cual es considerado grave, podría ser el

⁶⁰⁵ GLEDHILL, *Preventive Detention*, p. 66, nota al pie 48. Debe señalarse que a pesar de que esta nueva pena se introduce dentro del capítulo 5 “*Dangerous Offenders*”, no recoge entre las condiciones para su aplicación la peligrosidad, a diferencia de la cadena perpetua discrecional, la IPP y la pena extendida que sí prevén entre los requisitos legales para imponer esas penas la existencia de la peligrosidad criminal (que además se define expresamente como el riesgo significativo para la sociedad de causar graves daños mediante la comisión de unos delitos específicos).

⁶⁰⁶ *Offen* había sido condenado por un robo con uso de arma de fuego y tenía otra condena anterior por robo.

⁶⁰⁷ El tribunal en los párrafos 4, 80 y 81, señaló que el objetivo de esta pena había sido descrito en un caso anterior (*Buckland*, 2000) por el juez Bingham. Éste señaló que era importante tener en cuenta cuál era el objetivo del Parlamento cuando introdujo esa pena y, concretamente, si la intención del tribunal había sido no imponerla en caso de que el condenado no fuera peligroso, concluyendo que sí había sido ese el objetivo.

⁶⁰⁸ EWCA, *Offen*, párrafos 116 y 117. Véase también GLEDHILL, *Preventive Detention*, p. 66 y ASHWORTH, *Sentencing*, 2015, p. 72. Este último afirma que “*The result of this decision was to read down the legislation creating the so-called automatic life sentence*”.

resultado de un simple empujón que ocasiona una herida mortal en la cabeza y el segundo delito grave podía haberse cometido cuando era joven⁶⁰⁹.

Como hemos avanzado al comienzo de este apartado, la diferencia entre la cadena perpetua automática y la nueva cadena perpetua por el segundo delito que se introdujo en 2012 radica, según ASHWORTH, en que mientras aquella pena era obligatoria (salvo “circunstancias excepcionales”), esta pena no lo es. Si el tribunal considera que hay “circunstancias particulares” que hacen injusta su imposición, no estará obligado a imponerla. La sustitución de la expresión *exceptional circumstances* empleada en la cadena perpetua automática, por la actual *particular circumstances*, amplía el margen de discrecionalidad judicial y la convierte en una pena potestativa. Este autor también considera que el efecto de la exigencia de la condena actual y anterior es reducir su ámbito de aplicación, lo que considera positivo, ya que, en comparación con su “antecesora”, la pena IPP, que era excesivamente amplia y, por consiguiente, injusta en su alcance, esta nueva pena está diseñada para condenar sólo a la persona que haya cometido dos delitos muy graves⁶¹⁰.

HARRISON, sin embargo, considera negativo que no se exija expresamente, entre las condiciones para poder imponer esta nueva pena, la valoración de la peligrosidad. A pesar de que esta pena se introduce dentro del capítulo “*Dangerous offenders*” entre las condiciones para su imposición no se incluye esa exigencia, en contraste con la pena IPP (ya derogada), la cadena perpetua discrecional y la pena extendida que sí recogen expresamente esa condición. Según apunta esta autora, la ausencia de una referencia expresa a esa condición puede sugerir que nos estamos alejando de la peligrosidad y centrándonos más en factores estáticos como el

⁶⁰⁹ EWCA, *Offen*, párrafo 108. Sin embargo, los tribunales ingleses no han aplicado la lógica del caso *Offen* a otras penas de cadena perpetua, lo que en opinión de VAN ZYL, *Life Imprisonment*, p. 130, es negativo. Es lo que ocurrió en, EWHC, *Lichniak y Pyrah* (2001), donde los recurrentes alegaban que la cadena perpetua preceptiva infringía los arts. 3 y 5 del CEDH por no existir ninguna prueba de que eran peligrosos. Desafortunadamente, su razonamiento no fue aceptado. A pesar de ello, resultan de gran interés las alegaciones presentadas por el representante de los recurrentes (Fitzgerald), que se recogen en los párrafos 9, 14, 33 y 43. Fitzgerald argumentaba que dado que en la actualidad se reconoce que la cadena perpetua preceptiva se dividen en dos partes (una punitiva y otra preventiva), no deben imponerse condenas a cadena perpetua cuando en el momento de la sentencia no existe peligrosidad criminal, porque ello vulnera el art. 5 del CEDH por ser arbitraria su aplicación y el art. 3 CEDH por ser desproporcionada. Así mismo añade que, aunque originariamente esta pena estaba directamente relacionada con la gravedad del delito, considerando que todos los asesinatos eran tan atroces que el delincuente había perdido para siempre su derecho a la libertad, esa concepción siempre ha sido insostenible, porque esa pena abarca una amplia variedad de casos, muchos de ellos, no merecedores de esa pena. Sostiene que la aplicación de la cadena perpetua preceptiva sin necesidad de comprobar la peligrosidad atenta contra un principio sólidamente asentado del derecho interno (*a long standing domestic principal*) que señala que una pena indeterminada debe quedar “reservada” para los casos en los que el acusado es alguien respecto de quien existe alguna característica relevante que no puede determinarse en el momento en que el juez dicta la condena. En definitiva, considera que aplicar esa pena a toda persona condenada por asesinato es arbitrario.

⁶¹⁰ ASHWORTH, *Sentencing*, 2015, pp. 241 y 242. Sin embargo, un antiguo juez, Lord Lloyd of Berwick, pone en duda que esta pena no sea obligatoria cuando la redacción que emplea el término “must” y el gobierno habla de que es una pena obligatoria. Véase el periódico *The Guardian*, “Former law lord opposes ‘two strikes and you’re out sentencing’”, 19 de marzo de 2012 y del mismo periódico y fecha “Two strikes and then a mandatory life sentence? No”.

comportamiento pasado, en definitiva, en la retribución. Así, podría afirmarse que los condenados no están siendo privados de libertad por lo que podrían hacer en el futuro, sino por haber cometido un delito en el pasado (aunque no niega que el comportamiento pasado puede ser en muchos casos un buen predictor del delito futuro). Por tanto, la pregunta que se plantea es si las penas indeterminadas se están utilizando como castigo, en lugar de una forma de prevención y protección de la sociedad. De ser así, se produce un cambio inverso de la nueva penología hacia la anterior filosofía penal retributiva. Por ello, esta autora considera que se podría argumentar que es injusto condenar a alguien a una cadena perpetua cuando no es considerado peligroso y concluye que, aunque la mayoría de los condenados que han sido condenados según la nueva legislación sobre “delincuentes peligrosos” habrían sido considerados peligrosos si tal valoración fuese necesaria, es preocupante que ya no se exija esa valoración⁶¹¹.

B.2.2.4. La pena determinada extendida o prisión seguida de libertad vigilada (*extended sentence*).

Esta pena comprende un periodo de privación de libertad (*custodial period*) más un periodo de “extensión” (*extended period*), es decir, el plazo que durará la libertad vigilada (*licence period*). Por tanto, el elemento distintivo de esta pena es que permite prolongar el tiempo transcurrido en libertad bajo supervisión.

El periodo de libertad vigilada, que se cumplirá tras salir de prisión, debe tener “la duración que el tribunal considere necesario para proteger a la sociedad de los perjuicios graves ocasionados por la comisión de delitos específicos”. Sin embargo, existe un límite que no puede rebasarse: 5 años en el caso de los delitos violentos específicos y 8 años en el de los delitos sexuales específicos.

En lo que respecta al periodo de custodia, es aquel plazo determinado de prisión que se le habría impuesto al acusado si éste no hubiera sido considerado peligroso, por lo que se exige que tenga una duración, lo más corta posible, de acuerdo con el principio de proporcionalidad. Sin embargo, como explicaremos más adelante, para poder imponer esta pena el delito cometido debe conllevar una pena de prisión de, al menos, 4 años y, en caso de existir una condena anterior, debe tener una duración de, al menos, 12 meses⁶¹².

En cuanto a la relación entre las dos partes de la pena, el periodo de privación de libertad y el de libertad vigilada, según la sentencia *Nelson* (2002) que todavía sigue siendo un referente, la parte “preventiva” de la pena puede exceder la parte punitiva de la

⁶¹¹ HARRISON, “Sexual offender”, pp. 16-17. Véase también, PICTON, “Dangerous Offenders”, *passim*.

⁶¹² El art. 227.3 expresamente señala que debe respetarse el art. 153.2.

pena, ya que cada una sirve a un propósito diferente. El Tribunal de Apelación aclaró que en estos casos la parte de custodia era proporcional a la gravedad, pero el periodo de extensión se determinaba mediante una predicción de un daño futuro y, por lo tanto, podía exceder el plazo de privación de libertad. Aunque no se requiere proporcionalidad estricta entre ambas partes, ese principio tiene alguna influencia sobre el total de la pena⁶¹³, ya que el total de la suma de ambas partes no puede exceder el máximo legal que corresponde al delito cometido⁶¹⁴. Por tanto, esta pena, al contrario que las dos citadas anteriormente, es una pena determinada, porque existe un límite máximo de cumplimiento⁶¹⁵.

En los próximos párrafos, comentaremos la regulación que estuvo en vigor tras las modificaciones introducidas por la Ley de Justicia Penal de 2008, aunque haremos también referencia a la regulación original para conocer los cambios que se produjeron y, posteriormente, comentaremos la regulación actualmente en vigor tras la reforma operada en 2012.

Según las modificaciones introducidas por la Ley de 2008, la pena extendida se imponía cuando se cumplían los siguientes criterios: la cadena perpetua no estaba disponible o no estaba justificada; el delito cometido era un delito específico del anexo 15; el delincuente tenía una condena anterior por un delito específico del anexo 15A o el delito actual justificaba una pena de prisión de, al menos, 4 años y; por último, el tribunal consideraba que el delincuente era peligroso.

El requisito de los 4 años es similar a la restricción introducida para la pena IPP. Por lo tanto, la pena más baja aplicable es de 4 años de prisión (de los cuales el condenado cumplirá la mitad, saliendo en libertad condicional posteriormente⁶¹⁶), salvo que exista una condena anterior por un delito grave, en cuyo caso, la *custodial term* puede ser inferior, pero nunca menos de 12 meses, aunque el delito actual conlleve una pena menor⁶¹⁷.

Como hemos señalado antes, a diferencia de la cadena perpetua (tanto la discrecional como la que se impone por el segundo delito) y la pena IPP, que sólo pueden imponerse cuando el delito cometido es a la vez un “delito específico” y un “delito grave”, lo que significa que el máximo legal de referencia es de 10 años o más, la pena extendida

⁶¹³ EWCA, *Nelson*, párrafos 19 y ss.

⁶¹⁴ Art. 226A (9) de la Ley sobre determinación de la pena de 2012.

⁶¹⁵ Esta pena se encuentra regulada en la Ley de Justicia Penal de 2003 (de conformidad con las respectivas modificaciones introducidas por la Ley de Justicia Penal de 2008, art. 15 y anexo 5 y la Ley sobre determinación de la pena de 2012, art. 124 que introduce el art. 226 A). Los tribunales utilizaron con frecuencia las penas extendidas y por ello el art. 227 de la Ley de Justicia Penal de 2003 incorporó la pena extendida en una forma ligeramente diferente dentro de las nuevas disposiciones sobre los delincuentes peligrosos.

⁶¹⁶ Según establece la regulación sobre la libertad condicional, art. 247 de la Ley de Justicia Penal de 2003 (de acuerdo con las modificaciones producidas en 2008, 2012, 2014 y 2015). Sobre el régimen de libertad condicional que se aplica a esta pena, nos centraremos *infra*, capítulo tercero, apartado I.4.B.1.

⁶¹⁷ Art. 226.3.b de la Ley de Justicia Penal de 2003. Véase también ASHWORTH, *Sentencing*, 2010, p. 233.

se aplica a todos los delitos específicos sean o no delitos graves. Por tanto, como se puede apreciar, todas las condiciones son similares a las de la IPP, salvo el requisito del “delito grave”; es decir, la IPP se puede aplicar únicamente cuando se trate de un delito “grave” y la pena extendida se puede imponer sea grave o no. Esta fue una de las modificaciones introducidas en 2008, ya que, con la regulación de 2005 sólo se podía imponer en caso de que no se tratara de un delito grave.

Otras de las modificaciones introducidas fueron las mismas que las realizadas para las penas IPP: sustituir la obligación de imponer la pena por la facultad de imponerlas y limitar su aplicación a los casos que estén por encima de un umbral de gravedad de 4 años (salvo para el caso de que el delincuente tenga una condena anterior), así como la eliminación de la presunción de peligrosidad.

En cuanto a la regulación actualmente en vigor, tras la reforma operada en 2012⁶¹⁸, estos son los cambios que se producen respecto a la regulación de 2008. En primer lugar, en relación con el delito anterior, éste ya no debe ser el de la lista 15A, sino del nuevo anexo 15B, es decir, debe aparecer no en el anexo 15A, sino en el del 15B. Otro de los cambios se produce en relación con el delito actual, ya que esta nueva pena se aplica aunque ese delito se haya cometido antes de la entrada en vigor de esta ley⁶¹⁹.

En este punto es necesario centrarse en las consecuencias prácticas que implica la nueva lista del anexo 15B. En la primera parte, se enumeran 44 delitos. Las dificultades surgen en la parte 2 (relativo al delito cometido anteriormente), cuando, entre los delitos que recoge, tras citar el asesinato (como delito número 45 de la lista), señala como número 46 “cualquier delito que: (a) fuera abolido antes de la entrada en vigor de este anexo, y (b) que hubiera constituido un delito específico de la Parte 1 de este anexo”. Por tanto, no se exige que el primer “golpe” (es decir, el delito anterior) se hubiera cometido después de la entrada en vigor de la Ley de 2012. Como señala BRYAN, “aquí comienza el dolor de cabeza”. Cuando el acusado tiene antecedentes penales por delitos que ya no están recogidos en la ley, el tribunal tendrá que determinar por qué delito, de los recogidos en la parte 1, si fuera el caso, hubiera sido condenado el acusado. Por consiguiente, ahora es necesario tener en cuenta no sólo el delito en sí cometido, sino las circunstancias del delito para determinar qué delito de los previstos en la parte 1 habría cometido el acusado si lo hubiera cometido después de la entrada en vigor de la ley de 2012. La dificultad radica en que el jurista o el juez tendrán que tener en cuenta no sólo qué delito cometió en el

⁶¹⁸ El art. 124 de la Ley sobre determinación de la pena de 2012 introdujo un nuevo art. 226A (para mayores de 18 años) y 226B (para menores de 18 años) en la Ley de 2003.

⁶¹⁹ El art. 124(1) señala: *This section applies where a person aged 18 or over is convicted of a specified offence, whether the offence was committed before or after this section comes into force.*

pasado el acusado, sino también qué delito habría cometido si la ley de 2012 hubiera estado en vigor en ese momento⁶²⁰.

Así mismo, debe añadirse que la nueva pena extendida se aplica retroactivamente⁶²¹, es decir, puede aplicarse tanto si el delito actual fue cometido antes como después de la entrada en vigor de esa ley⁶²². Por tanto, la comisión anterior a la introducción de la ley de ambos delitos (actual y anterior) no impedirá que se aplique esta pena.

En conclusión, mientras que la Ley de Justicia Penal de 2008 redujo el ámbito de aplicación de la pena extendida (para introducir el umbral de gravedad y la discrecionalidad para imponerla), la Ley de 2012 ha ampliado considerablemente la posibilidad de imponerla, mediante la promulgación de una lista más amplia de delitos en el anexo 15B⁶²³ y la posibilidad de su aplicación retroactiva.

B.3. La fijación del plazo mínimo de cumplimiento antes de optar a la libertad condicional (período punitivo o tarifa).

Aunque en los apartados precedentes ya se ha adelantado alguna información sobre la tarifa, conviene dedicarle un apartado por la importante función que cumple. El plazo que indica la tarifa marca la conclusión de la finalidad punitiva, lo que implica que, a partir de entonces, la privación de libertad únicamente pueda justificarse por razones de peligrosidad criminal⁶²⁴. Por ello, en este apartado se hará referencia, además de a cómo se fija ese plazo, a quién corresponde y ha correspondido históricamente establecerlo.

Como ya hemos explicado, las penas indeterminadas no tienen un límite máximo legal de cumplimiento, a partir del cual se entiende cumplida la condena; pero sí se establece un plazo mínimo de cumplimiento, tras el cual la Junta de Libertad Condicional valora el caso y decide si concede o no la libertad condicional. Este plazo mínimo, que se establece para satisfacer las exigencias de retribución y disuasión, debe cumplirse en prisión en su totalidad. Se llama “plazo mínimo” debido a que su expiración no supone

⁶²⁰ BRYAN, “Life Sentences”, p. 5, termina su artículo con una pregunta irónica: ¿Alguien tiene alguna aspirina?”

⁶²¹ Art. 226A (1)(a).

⁶²² Además, en el caso de que el delito actual se haya cometido antes del 4 de abril de 2005 (es decir, cuándo se introdujo por vez primera la pena extendida por la Ley de Justicia Penal de 2003), para la determinación del período de prisión, a diferencia de las exigencias de la Ley de Justicia Penal de 2008, no se tiene en cuenta el art.153. 2, la cual dispone que la pena debe ser lo más corta posible siguiendo el principio de proporcionalidad.

⁶²³ BRYAN, “Life Sentences”, p. 4.

⁶²⁴ Aunque actualmente no existe ninguna controversia sobre el punto diferencial que constituye la tarifa, esto no ha sido siempre así, llegando a ser éste un aspecto que ha sido discutido en el TEDH y en el que se aprecia una evolución jurisprudencial que explicaremos en detalle, *infra*, capítulo segundo, apartado II.

una fecha de puesta en libertad automática, sino que depende de la valoración que haga el citado órgano⁶²⁵.

El periodo punitivo se calcula (salvo en el caso de la cadena perpetua preceptiva) tomando como referencia el tiempo teórico que se habría impuesto en caso de aplicar una pena determinada (es decir, valorando la gravedad del delito y los factores agravantes y atenuantes) y reduciendo ésta a la mitad⁶²⁶. Debe matizarse que, como ya hemos avanzado, en el caso de la IPP, el periodo punitivo ha de ser como mínimo de 2 años⁶²⁷ y, en el de la pena extendida, la *custodial period* debía ser, al menos, de 4 años (plazos que es equivalente a los 2 años al que nos hemos referido en la IPP, ya que, el periodo punitivo corresponde a la mitad del plazo determinado que se habría impuesto)⁶²⁸.

Como se puede observar, esa operación equipara las penas indeterminadas a las penas determinadas en lo que al plazo de puesta en libertad se refiere. Como explican CREIGHTON, KING y ARNOTT la tarifa debería establecerse en un punto intermedio entre la mitad y los dos tercios, porque las personas condenadas a penas determinadas alcanzan la libertad, por lo general, al cumplir la mitad del periodo punitivo⁶²⁹. Esta ha sido la línea mantenida por los tribunales, afirmando el Juez Pill del Tribunal de Apelación en el caso *West* (2001) que el principio que sirve de pilar a esta postura es que la persona que cumple una pena indeterminada no debe estar en una posición peor, respecto a la posibilidad de alcanzar la libertad condicional, que la que cumple una pena determinada⁶³⁰.

En cuanto a la cadena perpetua preceptiva, la fijación del plazo mínimo no se calcula reduciendo a la mitad la pena que habría sido aplicable de imponer una pena determinada⁶³¹, pero para su imposición sí se tienen en cuenta consideraciones

⁶²⁵ Nos centraremos en profundidad sobre la evaluación que realiza la Junta de Libertad Condicional para decidir si concede o no la libertad condicional, así como el procedimiento que ha de seguir para ese fin, *infra* capítulo tercero, apartado I.

⁶²⁶ Art. 82A de la Ley sobre los tribunales de 2000; ORMEROD, *Blackstone's Criminal Practice*, pp. 2275-2278; *PSO* 4700, capítulo 3, 2010, p. 3, párrafo 3.3; HARRIS y PADFIELD, *Sentencing Referencer 2016*, p. 168; WARD y BETTINSON, *Criminal Justice*, p. 28; y CREIGHTON, KING y ARNOTT, *Prisoners*, pp. 215-216.

⁶²⁷ Aunque como hemos señalado *supra*, apartado B.2.2.2, existía una excepción a ese umbral de gravedad: en caso de haber una condena anterior por un delito de los catalogados como muy graves, se podía imponer una IPP, aunque el delito actual conllevara una tarifa inferior a 2 años.

⁶²⁸ Así mismo cabe recordar que en la pena extendida, en el caso de que exista una condena anterior, el plazo que debe transcurrir en prisión se fijará, al menos, en 12 meses, aunque el delito actual conlleve una pena menor.

⁶²⁹ CREIGHTON, KING y ARNOTT, *Prisoners*, pp. 215-216. Tal como se ha señalado *supra* apartado 4.A y nota al pie 497, la regulación sobre la puesta en libertad ha sufrido muchas modificaciones, lo cual ha posibilitado que en la actualidad convivan presos cumpliendo penas de prisión determinadas, cuya puesta en libertad se rija por diferentes normas.

⁶³⁰ EWCA, *West, passim*. Si bien es cierto que la Ley sobre los tribunales de 2000 permite que esa reducción sea inferior a los periodos indicados cuando se trate de delitos excepcionales muy graves (art. 82A 3c en relación con los párrafos 3A 3B y 3C).

⁶³¹ HARRIS y PADFIELD, *Sentencing Referencer 2016*, pp. 170-171. Para un desarrollo detallado con mención de la jurisprudencia que ha dado lugar a la fijación de la tarifa en el caso de estas penas, véase ORMEROD, *Blackstone's Criminal Practice 2018*, pp. 2260-2262.

relacionadas con la gravedad del delito. Como también se ha explicado anteriormente⁶³², la Ley de Justicia Penal de 2003 establece en el anexo 21 unas penas de partida (*starting points*) de 12, 15, 30 y el internamiento de por vida (*whole life order*), que pueden aumentar o disminuir en función de las circunstancias que rodean al caso, dando como resultado la pena mínima a imponer.

En cuanto a la competencia para determinar los plazos mínimos de todas las penas indeterminadas, ésta corresponde, por disposición de la Ley de Justicia Penal de 2003, a los jueces sentenciadores o de primera instancia⁶³³. Sin embargo, antes de esa ley, durante años, ha sido el Gobierno (la Secretaría de Estado⁶³⁴) quien ha ostentado ese poder⁶³⁵, pasando gradualmente a manos de los jueces. La judicialización de la imposición de ese plazo no se inició hasta 1991 y culminó en 2003. En esta evolución, el papel del TEDH ha sido clave. El sistema anterior fue impugnado por razones de derechos humanos, argumentando que la fijación de la tarifa equivalía a la fijación de una pena, es decir, se trataba de una función judicial y, por consiguiente, debía ser establecido por un tribunal independiente e imparcial.

La primera sentencia que supuso un primer cambio fue *Thynne, Wilson y Gunnell c. Reino Unido* (1990)⁶³⁶. Como consecuencia de ese pronunciamiento, se introdujeron varias modificaciones en la Ley de Justicia Penal de 1991, pero únicamente respecto de la cadena perpetua discrecional del *common law* (ya que hasta el 2005 no se introdujo la actual *statutory discretionary life sentence*). A partir de entonces el establecimiento de la tarifa en el caso de esa pena pasó a manos de los jueces (y la decisión sobre la libertad condicional a la Junta de Libertad Condicional)⁶³⁷.

En cuanto a la cadena perpetua preceptiva, en noviembre de 2002, en el caso *Anderson*, la Cámara de los Lores⁶³⁸ decidió que la fijación de estos plazos en esa pena, al igual que en el caso de la cadena perpetua discrecional, debía ser establecida por un juez, ya que la determinación de dicho periodo por un ministro era incompatible con el

⁶³² *Supra* B.2.1.

⁶³³ *Trial judges*.

⁶³⁴ La denominación Secretaría de Estado (en inglés *Secretary of State, Home secretary o Home office*) equivale a nuestro Ministro de Justicia. Antes de la creación en 2007 del Ministerio de Justicia, la Secretaría de Estado era la representante del Ministerio del interior (*Home Department*). En 2007 se nombró a un “Secretario de Estado para la justicia” con responsabilidad para el nuevo Ministerio de Justicia. Éste pasa a asumir algunas funciones del primero, entre ellas, la fijación de ese periodo. El Ministerio de Justicia lo encabezan la Secretaría de Estado para Justicia y el *Lord Chancellor*. Véase APPLETON, *Life imprisonment*, p. 1, nota al pie 2.

⁶³⁵ Así como también la facultad para decidir sobre la puesta en libertad, como explicaremos en mayor detalle, *infra*, capítulo tercero, apartado I.

⁶³⁶ En lo sucesivo, TEDH, *Thynne c. Reino Unido*, por mera cuestión práctica. Volveré a referirme a este caso tanto al estudiar la jurisprudencia del TEDH (capítulo segundo, apartado II), como al estudiar el sistema de revisión del Reino Unido (capítulo tercero, apartado I).

⁶³⁷ Esta sentencia será analizada en profundidad en el capítulo segundo, apartado II y el poder de decidir sobre la libertad condicional de las penas indeterminadas será estudiado en el capítulo tercero, apartado I.

⁶³⁸ UKHL, *Anderson*, 2002.

art. 6 del CEDH⁶³⁹). En esencia el argumento era que la imposición de una condena era parte de una función judicial y que la determinación de la tarifa no constituía una tarea diferente a aquella, es decir, era también una función judicial. Por consiguiente, la tarifa debía ser impuesta por un tribunal independiente e imparcial de conformidad con el art. 6.1 del CEDH y la Secretaría de Estado no cumple con este requisito. A raíz del pronunciamiento de la Cámara de los Lores, la ley de Justicia Penal de 2003 creó un nuevo sistema de determinación de penas para las personas condenadas a una cadena perpetua preceptiva, en las que el juez de primera instancia es quien decide sobre el plazo mínimo de encarcelamiento. La influencia del TEDH en este caso también fue evidente, ya que la Cámara de los Lores llegó a esa conclusión adoptando el razonamiento expuesto por el TEDH en el caso *Stafford c. Reino Unido* (2002)⁶⁴⁰.

Para finalizar y, a modo de síntesis, según la Ley de justicia penal de 2003, actualmente los jueces de primera instancia se convierten en los responsables de fijar la parte punitiva de todas las penas indeterminadas: la cadena perpetua preceptiva; y a partir del 4 de abril de 2005, también de las nuevas penas que entraron en vigor, la cadena perpetua discrecional, la cadena perpetua por el segundo delito y la IPP; así como también la duración que debe tener el periodo de custodia de la pena extendida⁶⁴¹.

B.4. La peligrosidad como fundamento para la aplicación de algunas penas indeterminadas de la Ley de 2003.

Hasta este momento se han estudiado los requisitos legales necesarios para imponer las diferentes penas indeterminadas y la pena extendida que existen en el Reino Unido. Conviene ahora, sin embargo, detenernos específicamente en la peligrosidad, ya

⁶³⁹ El art. 6 del CEDH se aplica cuando existe una acusación criminal contra una persona (y, por consiguiente, cuando aún no se ha recibido una condena), para garantizar el derecho de toda persona a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un Tribunal independiente e imparcial establecido por la ley. En cambio, el art. 5.4, que será abordado en profundidad en el capítulo segundo, apartado II.4, entra en juego cuando ya existe una condena firme, pero ésta debe ser revisada transcurrido un periodo de tiempo.

⁶⁴⁰ La casa de los Lores expresamente señala que debe seguir el pronunciamiento del TEDH en *Stafford* (Véase UKHL, *Anderson*, párrafos 74 y 78). Aunque el TEDH en *Stafford* no se pronunció sobre el art. 6, sino el art. 5.4 (ya que el objeto a debate era si una vez superada la tarifa la persona condenada a una cadena perpetua discrecional tenía derecho también a una revisión el art. 5.4 con las garantías que derivan de ese precepto, lo que suponía que el caso debía ser examinado por un órgano independiente del ejecutivo), para llegar a la conclusión de que la respuesta debía ser afirmativa, hizo mención a la tarea de determinación de la tarifa, por ser una cuestión que está íntimamente relacionada con la función de conceder la libertad condicional. Así explicó que la abolición de la pena de muerte en 1965 y la consiguiente transmisión al Secretario de Estado del poder para liberar a los condenados por asesinato, en ese momento histórico, constituía una reforma importante y progresista. Sin embargo, con el reconocimiento general de la necesidad de desarrollar y aplicar, en la cadena perpetua preceptiva, los procedimientos judiciales que reflejan los estándares de independencia, imparcialidad y publicidad, el papel desempeñado por la Secretaría de Estado para establecer la tarifa y conceder la libertad condicional era difícil de reconciliar con el principio de separación de poderes entre el ejecutivo y el judicial. Siguiendo ese razonamiento, el Tribunal de Estrasburgo concluyó que la libertad condicional de los condenados a esas penas debía cumplir con el art. 5.4, declarando vulnerado ese precepto, porque el ejecutivo era quien ostentaba en ese momento la facultad de conceder la libertad condicional. Véase TEDH, *Stafford c. Reino Unido*, párrafos 78-79. Esta sentencia será estudiada en profundidad *infra* capítulo segundo, apartado II.

⁶⁴¹ PSO 4700, capítulo 3, 2010.

que es uno de los elementos imprescindibles para la imposición de algunas de ellas. Como se ha explicado en los apartados anteriores, las penas indeterminadas cuya aplicación sí dependen de la existencia de la peligrosidad criminal son la cadena perpetua discrecional, la IPP y la pena extendida. Por el contrario, no se exige esa valoración en la cadena perpetua preceptiva, ni en la cadena perpetua por el segundo delito, aunque como hemos apuntado anteriormente, en el caso de esta última pena, la previsión de la excepción “existencia de circunstancias particulares que harían injusta su aplicación”, permite afirmar que sí es necesario comprobar la existencia de la peligrosidad criminal para poder imponerla

Debe matizarse que la comprobación o evaluación de esa condición se realiza en dos momentos diferentes: primero, en el momento de imponer la pena y posteriormente, a la hora de decidir si se concede o no la libertad condicional una vez se ha cumplido la tarifa (cuya competencia corresponde a la Junta de Libertad Condicional). Sin embargo, como veremos al estudiar el procedimiento de libertad condicional seguido en el Reino Unido (*infra* capítulo tercero, apartado I), aunque el tipo de riesgo exigido es el mismo (“grave daño” que definiremos más tarde), no lo es el grado o nivel de peligrosidad; es decir, el test de peligrosidad que se realiza en ese momento posterior es diferente al que se exige antes de proceder a imponer una pena indeterminada.

La estructura que se seguirá en este apartado dedicado a estudiar la peligrosidad criminal que debe comprobarse en el momento de imponer una pena indeterminada será la siguiente. En el primer apartado, B.4.1, explicaremos cuál es el tipo de delito de probable comisión que ha de existir y el grado de probabilidad de que ello se produzca. En el segundo apartado, B.4.2, explicaremos qué elementos utiliza el juez para realizar esa evaluación. Como se observará, la ley inglesa especifica el tipo de delito y el grado de probabilidad de comisión que puede justificar la imposición de una pena indeterminada, lo que redundará en beneficio de la seguridad jurídica.

B.4.1. Tipo de delito y nivel de riesgo exigido.

Según establece la Ley de Justicia Penal de 2003, el tribunal debe tener en cuenta no solo la peligrosidad futura, sino también la gravedad del daño que se causaría y el delito que se prevé.

Tanto el art. 225 (sobre la cadena perpetua discrecional y la IPP), como el art. 227 (sobre la pena extendida) exigen expresamente la existencia de un riesgo significativo de comisión de nuevos delitos graves. Sin embargo, debe recordarse que durante un tiempo (desde 2005 hasta la reforma de 2008) la verificación de la peligrosidad criminal no era

necesaria en el caso de la IPP y la pena extendida, ya que se hacía una presunción en caso de existir una condena anterior⁶⁴². En lo que respecta a la cadena perpetua por el segundo delito (art. 224 A), no se exige de forma expresa ese requisito, pero parece que la excepción que se incluye en referencia a las “circunstancias particulares” permitiría no aplicarla si la persona no se considera peligrosa.

Según establecen los citados preceptos (arts. 225 y 227) y también el art. 229.1.b, dedicado especialmente a la valoración de la peligrosidad criminal, un delincuente es peligroso cuando existe un “riesgo significativo” para los miembros de la sociedad de sufrir “graves daños” como consecuencia de la comisión de “delitos específicos”⁶⁴³. Como se puede observar, en esa definición hay dos puntos relacionados entre sí que el tribunal debe verificar⁶⁴⁴: el riesgo significativo y el daño grave.

El “riesgo significativo” debe mostrarse en relación con dos cuestiones: la causación de un “daño grave” a los miembros de la sociedad y la comisión de un delito “específico”, es decir, un delito previsto en la lista 15 (que recoge una lista de delitos violentos y sexuales). En otras palabras, la persona solo será considerada peligrosa si el tribunal prevé que cometerá un delito específico y, con ello, se producirá un grave daño a la sociedad.

El art. 224 describe el daño grave como la muerte o las lesiones graves, ya sean físicas o psicológicas. Por lo tanto, la predicción de futuros delitos repetitivos de bajo nivel de gravedad no alcanzará el umbral exigido por la ley⁶⁴⁵. En el caso *Lang*, el Tribunal de Apelación declaró lo mismo cuando afirmó que el fin de la ley es proteger a la sociedad de un daño grave, y no el de aplicar penas indeterminadas por delitos menores⁶⁴⁶. BOTTOMS y BROWNSWORD también apuntaban en 1982 que la proporcionalidad de la pena sólo podía quedar desautorizada si el objetivo era la prevención de un daño grave⁶⁴⁷. VON HIRSCH por su parte es partidario de que exista la posibilidad de que la persona incurra en actos de violencia letal y defiende la exclusión

⁶⁴² Aunque debe matizarse que la eliminación de esa presunción, en el año 2008, no se aplica de forma retroactiva.

⁶⁴³ La cuestión de si el juez al valorar la peligrosidad debe decidir si ese riesgo existe en ese momento o, por el contrario, debe valorar si existirá cuando se finalice el plazo punitivo, ha sido debatida en la jurisprudencia. En el caso *UKSC, Smith*, 2011, párrafos 14 y 15, el Supremo confirmó que, como el art. 225.1.b estaba redactado en presente, debía valorarse si existe peligrosidad en el momento de imponer la pena. El recurrente había defendido lo contrario, que el juez debía determinar si ese riesgo existirá al cumplir el periodo mínimo, pero el tribunal contestó que de ser interpretado en ese sentido el precepto se imponía una carga irreal en el juez sentenciador. Para mayor información véase, BETTINSON y DINGWALL, “Injustice”, p. 1097; ORMEROD, *Blackstone's Criminal Practice* 2012, p. 2174 y PADFIELD, “Extended sentences?”, p. 8. Por su parte, VON HIRSCH, “La prolongación de la pena”, p. 206 cuestiona la fiabilidad de los pronósticos realizados en el momento de la condena debido, por un lado, a la tendencia decreciente de la actividad criminal a medida que aumenta la edad y, por otro, a la incertidumbre acerca de la duración de la carrera criminal residual de un delincuente.

⁶⁴⁴ ASHWORTH, *Sentencing*, 2010, p. 234

⁶⁴⁵ ASHWORTH, *Sentencing*, 2010, p. 234

⁶⁴⁶ EWCA, *Lang*, párrafo 17 viii.

⁶⁴⁷ BOTTOMS y BROWNSWORD, “The dangerousness Debate”, *passim*.

del daño psicológico porque, salvo casos excepcionales, este daño carece de entidad suficiente para desautorizar las exigencias de proporcionalidad⁶⁴⁸.

Nótese que la ley exige que los delitos futuros sean “específicos”, pero no necesariamente delitos específicos “graves”, que son aquellos que se castigan con una pena máxima de 10 años de prisión o cadena perpetua⁶⁴⁹. Esta distinción es importante, porque hay casos en los que existe un riesgo significativo de comisión de nuevos delitos “específicos”, pero, sin embargo, no se causará ningún daño grave.

Lo anterior puede suceder, especialmente, como indicó el Tribunal de Apelación en la sentencia *Lang* (2005), cuando se trata de delitos específicos, pero que no son delitos sexuales o violentos graves, por lo que raramente se entenderá que existe un riesgo significativo de daño grave. La lista del anexo 15 incluye muchos delitos que, en sí mismos, no son indicativos de causar grave daño. Por otra parte, hay algunos pocos casos o excepcionales en los que se prevé la comisión de delitos graves, pero que, sin embargo, no van a causar daños graves⁶⁵⁰. Por ejemplo, un delito de robo puede causar daños graves o no, dependiendo de las circunstancias. La posesión de un arma letal (un arma de fuego real o un cuchillo), puede apoyar una evaluación que afirma que existe un riesgo significativo de causar un daño grave, pero cuando tales armas se utilizan como amenaza sin emplear la violencia, y no hay evidencia de graves daños psicológicos, entonces tales circunstancias no pueden apoyar dicha evaluación.

Otro ejemplo podemos apreciarlo en el caso *McGrady* (2007), en el cual el juez había concluido que existía un riesgo alto de comisión de nuevos robos, pero el robo cometido era esencialmente el de arrebatar bolsos (*bag-snatch*), por lo que el Tribunal de Apelación sostuvo que los robos sin el uso de un arma o fuerza significativa no implican, necesariamente, la existencia de un riesgo suficiente de causar graves daños⁶⁵¹. Sin embargo, en el caso *Johnson* (2006), el juez Igor puso de manifiesto que un tribunal puede considerar que existe ese riesgo de grave daño, aunque el delito actual o los delitos anteriores no causaran ningún daño. Por tanto, si un delincuente llevó una pistola, pero no la utilizó, el Tribunal todavía puede concluir que esa persona representa un riesgo significativo de causar daño grave⁶⁵². También parece que el tribunal puede considerar un delito anterior como relevante, aunque se hubiera cometido muchos años atrás⁶⁵³.

⁶⁴⁸ VON HIRSCH, “La prolongación de la pena”, pp. 202-203.

⁶⁴⁹ AUMÜLLER, “Dangerous offenders”, p. 15

⁶⁵⁰ EWCA, *Lang*, párrafo 17. iv. Lang había recibido una cadena perpetua por un delito de robo cometido en julio de 2005 imponiéndole una tarifa de 3 años.

⁶⁵¹ EWCA, *McGrady*, 2007, *passim*.

⁶⁵² EWCA, *Johnson*, 2006, párrafo 10 (ii)

⁶⁵³ El estudio realizado en el *Crown Court (Crown Court Sentencing Survey, Sentencing Commission Working Group, Londres, Ministerio de Justicia, 2008)* sobre la determinación de la pena se encontraron diferencias en las interpretaciones judiciales sobre el criterio “proximidad”, mientras algunos sólo tenían en cuenta las condenas de hace

En cuanto al término “riesgo significativo”⁶⁵⁴ no está definido en la legislación⁶⁵⁵, sin embargo, en la ya citada sentencia *Lang* (2006), el Tribunal de Apelación señaló que debe existir más que una posibilidad de reincidir (*more than the mere possibility*); es decir, debe ser “digno de tener en cuenta o notable” (*notheworthy*). Así mismo, incluyó algunas indicaciones que podrían orientar a la hora de determinar si existe ese nivel de riesgo. En primer lugar, el riesgo significativo no debe ser asumido por el hecho de que el delito que se prevé sea uno de los específicos (lista 15) y graves (10 años o más de prisión). Y, en segundo lugar, si el delito previsto específico no es grave, señaló que habrá comparativamente menor probabilidad de que el riesgo de causar un daño grave sea considerado significativo. En tercer lugar, en relación con la presunción de peligrosidad de los delincuentes con una condena anterior por un delito específico⁶⁵⁶, afirmó que “a menos que la información sobre los delitos, el patrón de comportamiento y el delincuente... muestren un riesgo significativo de causar un daño grave... mediante la comisión de nuevos delitos, no será razonable concluir que la presunción se cumple”⁶⁵⁷. A este respecto, el Tribunal en el caso *Johnson* añadió que los delitos cometidos con anterioridad no tenían que ser “específicos” (del anexo 15)⁶⁵⁸ para poder ser considerados relevantes, y que una serie de delitos anteriores de menor importancia que muestren una escala gradual de gravedad puede ser particularmente relevante⁶⁵⁹.

También la doctrina se ha pronunciado sobre la forma en que debe interpretarse el término “significativo”. Según ASHWORTH, se podría argumentar que el riesgo no debe ser insignificante, o, *a sensu contrario*, debe ser más que mínimo⁶⁶⁰. VON HIRSCH, por su parte señala que como es imposible especificarlo en una probabilidad numérica, podría exigirse algo así como un “riesgo sustancial”, aunque reconoce que estos términos adolecen de un nivel de vaguedad preocupante⁶⁶¹. Por último, resulta interesante señalar

cinco años, otros tomaban en consideración las condenas de hace diez años. Para mayor información, véase ASHWORTH, *Sentencing*, capítulo 6.3 titulado “*Previous convictions and the Criminal Justice Act 2003*” (tanto de la edición de 2010 como de 2015), en la que se explica el contenido del art. 143(2), que señala que los delitos anteriores deben ser tratados como agravante si el tribunal considera que es razonable dicho tratamiento teniendo en cuenta, por un lado, la naturaleza de la infracción a la que se refiere la condena anterior y su relevancia respecto al delito actual y, por otro, el tiempo que ha transcurrido desde la condena anterior.

⁶⁵⁴ Ya en el año 1982 BOTTOMS y BROWNSWORD, “The dangerousness Debate”, *passim*, defendían que la probabilidad de comisión de la conducta futura que justificase la prolongación de la pena para los delincuentes peligrosos debía ser significativa.

⁶⁵⁵ EASTON y PIPER, *Sentencing*, 2012, p. 150.

⁶⁵⁶ Esta presunción dio lugar a varios recursos, la primera de las cuales fue la planteada por *Lang* hasta que finalmente fue abolida por la Ley de 2008.

⁶⁵⁷ EWCA, *Lang*, párrafo 15.

⁶⁵⁸ Debe recordarse que, en el momento de dictar esta sentencia (2007), aún no se había introducido esa exigencia, que fue establecida por la Ley de Justicia Penal de 2008. En la redacción original, los artículos en los que se regulaba la IPP y la sentencia extendida no recogían expresamente el requisito del anterior delito, y aunque sí lo hacía el art. 229.3, en el que se preveía la presunción, no concretaba que el delito anterior tuviera que ser uno específico.

⁶⁵⁹ EWCA, *Johnson*, 2006, párrafo 10 (iii).

⁶⁶⁰ ASHWORTH, *Sentencing*, 2010, p. 234

⁶⁶¹ VON HIRSCH, “La prolongación de la pena”, pp. 203-204.

que BOTTOMS y BROWNSWORD en 1982, defendieron que las personas sólo deben ser privadas de libertad si el riesgo que presentan es vívido (*vivid*). Este término abarca 3 conceptos principales: la gravedad (¿qué tipo y grado de lesión se prevé?); la temporalidad, que se descompone en frecuencia (durante un período determinado, ¿cuántos actos lesivos se espera que cometa?), la inmediatez (¿cuándo se producirá la siguiente lesión?), y la certeza (¿qué grado de certeza tenemos de que actuará según lo que se ha predicho?)⁶⁶².

B.4.2. La evaluación de la peligrosidad.

El art. 229.2 de la Ley de Justicia Penal de 2003, al que hemos hecho referencia previamente, ofrece alguna pauta u orientación en relación con la evaluación del riesgo. Según ese artículo, el tribunal a la hora de decidir sobre la peligrosidad debe tener en cuenta toda la información que esté a su alcance sobre la naturaleza del delito y las circunstancias de los hechos. Así mismo, puede (carácter facultativo) tomar en consideración la información sobre cualquier delito previo⁶⁶³, es decir, puede tener en cuenta la naturaleza y las circunstancias de cualquier otra infracción que haya cometido la persona que está siendo juzgada en cualquier parte del mundo⁶⁶⁴. También puede (nuevamente potestativo) valorar el patrón de comportamiento que tenga relación con el delito actual o previo cometido y cualquier otra información sobre el acusado que tenga a su disposición. Como se observa, el Tribunal no está obligado a valorar ningún aspecto en concreto, sino que debe realizar una valoración global de toda la información que posee⁶⁶⁵.

Como se señaló en la sentencia *Lang*, todos estos factores sólo pueden ser unos indicadores, ya que un delito previo no asegura que exista peligrosidad, al igual que tampoco la ausencia de antecedentes penales supone que la persona no presenta ningún riesgo significativo de causar un grave daño a la sociedad⁶⁶⁶. Además, no solo los delitos “específicos” pueden tenerse en cuenta, sino cualquier otro delito previo⁶⁶⁷. El tribunal puede incluso tener en cuenta un mal comportamiento que no terminó en condena, sobre todo, en el caso de condenados menores de 18 años, quienes normalmente no tienen un

⁶⁶² BOTTOMS y BROWNSWORD, “Dangerousness and Rights”, p. 17.

⁶⁶³ AUMÜLLER, “Dangerous offenders”, p. 16.

⁶⁶⁴ Ampliación introducida en el art. 229.2.a.a de la Ley de Justicia Penal de 2003, por la Ley de Justicia Penal de 2008, mediante el art.17.2.b.(a.a).

⁶⁶⁵ Por el contrario, en España, el Tribunal para poder determinar si concede o no la libertad condicional a la persona condenada a una pena de prisión permanente revisable debe comprobar que existe un pronóstico de reinserción favorable, lo que se relaciona con la peligrosidad futura, y para en esa labor, debe necesariamente valorar una serie de circunstancias que se concretan en el art. 92 CP. El sistema de revisión de la PPR será estudiado *infra*, capítulo tercero, apartado II.

⁶⁶⁶ EWCA, *Johnson*, 2006, párrafo 10 i.

⁶⁶⁷ EWCA, *Johnson*, 2006, párrafo 10 ii.

largo historial de delitos, ya que cualquier comportamiento previo sexual o violento puede ser una información muy valiosa para apoyar la decisión del tribunal⁶⁶⁸. Al evaluar el riesgo de producirse un daño grave por un delito futuro, el tribunal puede considerar el daño resultante de los delitos anteriores. No obstante, aunque el delincuente no causara ningún daño real, ello podría haber sido simplemente debido a las circunstancias, por lo que el tribunal está obligado a evaluar el riesgo de daños graves en otro escenario diferente⁶⁶⁹.

El informe previo a la determinación de la pena (*pre-sentence report*) es una forma de recoger toda esa información y ayudar al Tribunal en la valoración de la peligrosidad⁶⁷⁰. Esa información se puede dar de forma oral por el agente de libertad condicional en audiencia pública⁶⁷¹. Estos informes son necesarios en el caso de la cadena perpetua, IPP y la pena extendida⁶⁷². Señala SPRACK que el tribunal debe obtenerlos para valorar la naturaleza y circunstancias de la infracción actual, la historia delictiva y el patrón del comportamiento delictivo, los factores sociales y económicos pertinentes (tales como, el abuso de las drogas o el alcohol), y la actitud del delincuente⁶⁷³. En cuanto al contenido de esos informes, éstos incluyen, entre otras, una valoración del riesgo y la probabilidad de comisión de un daño grave catalogado en bajo, medio, alto o muy alto, pero no evalúan si ese daño es causado por un delito específico o no⁶⁷⁴. Por último, debe recalcar que aunque los informes previos a la condena pueden ser muy útiles y persuasivos, no vinculan al Tribunal⁶⁷⁵.

Para finalizar, no se puede dejar sin mencionar un problema estrechamente relacionado con la tarea de la predicción de la peligrosidad. La literatura criminológica ha demostrado las dificultades que implica predecir si una persona puede constituir o no un peligro para los demás⁶⁷⁶. Esa limitación para predecir futuros delitos, tal y como reconoció el Gobierno en 2010 “pone en cuestión toda la base sobre la que muchos son

⁶⁶⁸ AUMÜLLER, “Dangerous offenders”, p. 16.

⁶⁶⁹ EWCA, *Johnson*, 2006, párrafo 10 iii.1

⁶⁷⁰ Art. 156 de la Ley de Justicia Penal de 2003.

⁶⁷¹ Art. 158(1A) de la Ley de Justicia Penal de 2003, según modificación introducida por la Ley de Justicia Penal de 2008.

⁶⁷² Art. 156.3 de la Ley de Justicia Penal 2003, aunque, según el art. 156.4, el tribunal puede abstenerse de obtener esos informes si considera que no son necesarios

⁶⁷³ SPRACK, *Criminal Procedure*, p. 422, párrafo 24.40

⁶⁷⁴ SGC, *Dangerous Offenders*, 2008, párrafo 6.4.5 y 6.4.6.

⁶⁷⁵ EWCA, *Lang*, párrafo 17ii. “*The sentencer will be guided, but not bound by, the assessment of risk in such reports*”.

⁶⁷⁶ Véase recientemente, entre nosotros, MARTINEZ GARAY, “Pronósticos de peligrosidad”, *passim*, con ulteriores referencias. Esta problemática se abordará de forma más extensa al analizar el procedimiento de libertad condicional español, *infra*, capítulo tercero, apartado II.4.C.2.3.

condenados a penas IPP”, apreciación que es extensible al resto de penas indeterminadas⁶⁷⁷.

5. Recapitulación y valoración crítica.

A lo largo de este capítulo se ha podido conocer que en Inglaterra y Gales existe, más que una regulación concreta de penas indeterminadas, un conjunto diferenciado de regulaciones. A veces, la lógica dominante es la gravedad del delito cometido (cadena perpetua preceptiva), pero en la mayoría de los casos la peligrosidad es el factor central y determinante (en el resto de penas indeterminadas y en la pena extendida). Así, dentro de este conjunto de penas indeterminadas se distinguen claramente dos subgrupos.

Por una parte, se encuentra la cadena perpetua preceptiva, reservada exclusivamente para el delito de asesinato. Esta es la única pena cuya indeterminación no se justifica por la peligrosidad de la persona condena, sino únicamente por la gravedad del delito cometido, aunque como se ha puesto de manifiesto, el asesinato abarca conductas cuya gravedad no justifica la imposición de esa pena. Su aplicación no es potestativa, ya que, de cometerse un asesinato, el juez está obligado a imponer esta pena, con independencia de que el sujeto sea peligroso o no; por tanto, el juez no tiene margen para aplicar una pena determinada de larga duración en lugar de esta cadena perpetua. La reticencia a reconsiderar la imposición obligatoria de esta pena en el caso de asesinato, que además se define de forma amplia, supone un obstáculo importante para su uso restringido y para su adecuación al principio de proporcionalidad⁶⁷⁸. Otro de los grandes problemas que presenta esta modalidad de cadena perpetua es la posibilidad de aplicar una tarifa de por vida (*whole life order*), lo que significa que el preso no podrá salir de prisión, salvo por circunstancias excepcionales. La aplicación de esa tarifa constituye el ejemplo de la máxima retribución y de su aproximación a la incoización, aunque afortunadamente, el TEDH a través de varias sentencias (*Vinter y Hutchinson*), ha exigido que ésta debe ser revisada en las mismas condiciones que el resto de penas indeterminadas para que se pueda considerar ajustada al art. 3 CEDH⁶⁷⁹.

Por otra parte, existe un amplio abanico de penas que sí se fundamentan en la peligrosidad y, por tanto, es necesario que el juez compruebe la probabilidad de reincidencia antes de imponerlas. Dentro de este grupo existen diversas modalidades de

⁶⁷⁷ MINISTRY OF JUSTICE, *Breaking the Cycle*, 2010, p. 55, párrafo 186. En la misma línea, HOUSE OF COMMONS, *Towards Effective Sentencing*, 2008, párrafos 39-85, también señaló que las disposiciones de delincuentes peligrosos, tales como las IPP estaban basadas en fundamentos teóricos y criminológicos dudosos.

⁶⁷⁸ VAN ZYL y APPLETON, “Life imprisonment in England and Wales”, p. 236.

⁶⁷⁹ Los problemas de compatibilidad con el CEDH que la *whole life sentence* presenta y las diversas sentencias del TEDH en las que se establece las garantías que ha de cumplir esa pena serán abordado en detalle en el capítulo segundo, apartado II.

penas indeterminadas, cada una de las cuales presenta unas particularidades diferentes. A modo general, podemos afirmar que la regulación de las distintas penas pone de manifiesto la cercanía existente entre la lógica de la peligrosidad y la inocuización.

Comenzando con la cadena perpetua discrecional, ésta presenta un elemento de flexibilidad a valorar de forma positiva, en comparación con la cadena perpetua preceptiva. Aunque se cumplan los requisitos que prevé la ley (que el delito cometido conlleve como máximo la pena de cadena perpetua; que el delito sea calificado como grave, lo que significa que la ley prevé para ese delito una pena máxima de 10 o más años; y que exista peligrosidad), el juez puede no aplicar esta pena si considera que la gravedad del delito no justifica la imposición de la cadena perpetua. La discrecionalidad de la que goza el juez supone una mejora en comparación con la cadena perpetua preceptiva, así como también lo es la obligación de comprobar la peligrosidad, ya que es una garantía que permite asegurar que no se impone una pena indeterminada si no existe riesgo de reincidencia, lo que a su vez resulta coherente con la decisión de que la finalización de la condena se haga depender de la peligrosidad.

En lo que respecta a las penas IPP, en pocos años se produjeron varias modificaciones de calado que intentaron frenar su desproporcionado uso y las consecuencias tan graves que se derivaron debido, en parte, a su aplicación de carácter preceptivo y, en parte, a la presunción de peligrosidad, así como también a la falta de un umbral de gravedad que limitase su aplicación. En su primera regulación, esta pena podía imponerse sin necesidad de verificar la peligrosidad, si previamente se había cometido un delito. Por tanto, aunque el fundamento para la introducción de esta pena era la prevención de la peligrosidad, se puede apreciar una tendencia hacia la inocuización de las personas reincidentes. Así mismo, dado que antes de las modificaciones introducidas en 2008 no existía ningún umbral de gravedad, muchas personas fueron condenadas a esta pena con tarifas muy cortas (algunas no llegaban ni a los 12 meses), lo que significa que la pena determinada a aplicar en caso de no ser considerado peligroso el condenado habría sido de tan sólo 2 años. Esto derivó en una situación crítica, ya que muchas personas fueron condenadas a penas IPP con tarifas cortas, pero permanecían en prisión durante largos años más tras el cumplimiento de la tarifa, no por razones de peligrosidad, sino simplemente porque la Junta de Libertad Condicional se encontraba desbordada y era incapaz de realizar una valoración sobre su peligrosidad y decidir acerca de la libertad condicional. Con todo ello, podemos afirmar que esta pena constituye el ejemplo más claro de las consecuencias negativas que conlleva situar en el centro de la intervención penal la prevención de la peligrosidad, sin realizar una evaluación individual de

peligrosidad que permita restringir su aplicación a los casos en los que realmente existen necesidades de prevención especial y sin ofrecer suficientes medios a los reclusos para hacer frente a esa peligrosidad.

La última de las penas indeterminadas, la cadena perpetua por el segundo delito, introducida en 2012 (que viene a sustituir a la derogada IPP), es probablemente la que mayores garantías ofrece frente al poder del estado de extender la pena de forma ilimitada. En primer lugar, para su aplicación se exige la reincidencia: es necesaria la comisión de dos delitos, uno actual y otro anterior. En segundo lugar, a diferencia de lo que ocurría con la primera regulación de las penas IPP, en donde se presumía tal peligrosidad en caso de existir un delito anterior, en la regulación de esta pena no existe tal presunción y además, en tercer lugar, se recoge como excepción que impide su aplicación, la no existencia de esa circunstancia. De esta forma, aunque exista un delito anterior, si el condenado no es peligroso, no podrá imponerse esta pena. Por tanto, esta pena no es obligatoria, sino potestativa. Otro cuarto aspecto a valorar de forma positiva es que su aplicación se limita a los casos particularmente graves al exigir que la pena actual conlleve una pena de al menos 10 años y la anterior, una pena de esa duración o la cadena perpetua o una IPP con tarifa de 5 años (lo que significa que la pena es de 10 años).

Por último, en cuanto a la pena extendida o la prisión seguida de libertad vigilada que, aunque no es una pena indeterminada, es otra de las penas cuya imposición se justifican por la peligrosidad que presenta el preso, las críticas que cabe realizar son las mismas que recibieron las penas IPP. En su versión original su imposición era obligatoria, se hacía una presunción para el caso de que existiera un delito anterior y no se establecía ningún umbral de gravedad mínimo que limitase su aplicación a delitos graves. Aunque esas deficiencias fueron subsanadas con la reforma operada en 2008, tras la última modificación producida en 2012 en la actualidad se han ampliado las posibilidades de imponerla mediante la promulgación de una lista mucho más amplia de delitos y la posibilidad de su aplicación retroactiva.

El estudio del sistema de penas imperante en el reino unido (Inglaterra y Gales) evidencia que el principio de culpabilidad y proporcionalidad están quedando desplazados por la lógica de la peligrosidad, sin que pueda afirmarse que mediante este sistema de penas indeterminadas se está garantizando una mayor protección de la sociedad. En la regulación que se introducen en la Ley penal de 2003 bajo el título “Delincuentes peligrosos”, se detecta un acercamiento a la inocuización que no responde solo a una lógica retributiva o de protección de la sociedad, sino a la voluntad de aislar

aquellas personas que cometen delitos graves, con una tendencia a extenderse también sobre delitos no graves.

Como crítica general, también cabe señalar que la mayor debilidad que presenta el sistema de penas indeterminadas es, como ponen de manifiesto VAN ZYL y APPLETON, la creciente frecuencia con la que se imponen y el creciente tiempo que permanecen en prisión antes de ser puestos en libertad⁶⁸⁰. Inglaterra y Gales tienen, de lejos, más presos cumpliendo penas indeterminadas que cualquier otro país del resto de Europa, cifra que asciende casi al 20% de la población penitenciaria⁶⁸¹. A esto hay que añadirle que no hay ninguna indicación de un incremento en el número de delitos graves o de individuos que supongan un mayor peligro para la sociedad que en el pasado⁶⁸². De hecho, los datos indican justo lo contrario: Los condenados a penas de cadena perpetua suelen presentar índices de reincidencia más bajos una vez son puestos en libertad⁶⁸³. Otro de los puntos débiles que presenta este conjunto de penas basadas en la peligrosidad es la dificultad para predecir de forma adecuada esa probabilidad de comisión de nuevos delitos, lo que puede implicar la prolongación de los periodos de privación de libertad de forma injustificada⁶⁸⁴.

A pesar de las deficiencias que se han destacado, la regulación de las penas indeterminadas presenta, en comparación con la regulación adoptado por el legislador español para la PPR, varios elementos positivos que dotan a este sistema de mayores garantías.

En primer lugar, una diferencia destacable es la exigencia de la comprobación de la peligrosidad antes de imponer estas penas (a excepción de la cadena perpetua preceptiva y la regulación original de las IPP). Esto supone una garantía para el derecho a la libertad y es una exigencia coherente con la decisión de vincular la salida de prisión a la verificación de la eliminación de la peligrosidad. Además, no cualquier tipo de peligrosidad es suficiente para imponer estas penas, sino que es necesario que exista un riesgo “significativo” de causar “graves daños”, como la muerte o las lesiones graves, ya sean físicas o psicológicas.

En segundo lugar, la reincidencia es un requisito legal para la imposición de la cadena perpetua por el segundo delito (y también una de las circunstancias que daba lugar a la imposición de la pena IPP y la pena extendida sentence, según la regulación posterior a la modificación de 2008), lo que impide aplicar una pena indeterminada al primer delito

⁶⁸⁰ VAN ZYL y APPLETON, “Life imprisonment in England and Wales”, pp. 235-236.

⁶⁸¹ ASHWORTH, *Sentencing*, 2015, p. 249.

⁶⁸² VAN ZYL y APPLETON, “Life imprisonment in England and Wales”, p. 236

⁶⁸³ COYLE, “life-sentenced prisoners”, p. 3

⁶⁸⁴ EASTON y PIPER, *Sentencing*, 2012, p. 139.

cometido. El plus de gravedad que supone la imposición de una pena indeterminada, por las mayores probabilidades que existen de permanecer en prisión de forma indefinida, se restringe a los casos en los que se ha puesto de manifiesto la reiteración delictiva. Así, la reincidencia se convierte en un requisito garantista, actuando como un elemento indicador de la peligrosidad, pero sin que ello sustituya la obligación de realizar una evaluación de la peligrosidad, mediante una presunción.

En tercer lugar, existe mayor discrecionalidad y flexibilidad a la hora de decidir si se impone o no alguna de estas penas (a excepción, nuevamente, de la cadena perpetua preceptiva). En cuanto a la cadena perpetua discrecional, ésta no se podrá imponer, aunque se cumplan los requisitos legales exigidos, si la gravedad de los hechos no justifica su imposición. De igual modo, la cadena perpetua por el segundo delito no se impondrá si existen circunstancias particulares que harían injusta su aplicación. Por último, el juez también goza de discrecionalidad para imponer las penas IPP y las penas extendidas (tras la reforma de 2008).

En cuarto lugar, un elemento muy importante de la regulación de las penas indeterminadas lo constituye la tarifa. Ésta marca y ordena los criterios de ejecución por tramos: El periodo previo a la tarifa cumple con la finalidad retributiva de la pena y el periodo posterior con la finalidad preventivo especial. Ello permite limitar el poder del estado para extender la privación de libertad más allá de ese periodo, en tanto que el único motivo legítimo que permitirá esa prolongación serán las necesidades preventivo especiales. Además de esta importante función, la tarifa también permite individualizar la pena, ya que su fijación se realiza valorando las circunstancias concretas del hecho: el daño causado y la culpabilidad, en la que se valoran también las circunstancias atenuantes y agravantes. Por tanto, a pesar de que la fecha de finalización de la pena es incierta, pues depende de la peligrosidad del reo, esa incertidumbre se ve, en cierta forma, compensada por el establecimiento de una tarifa, cuya duración se gradúa en función de la gravedad del delito concreto (*seriousness of the offence*, que abarca el daño y la culpabilidad). De esta forma, la duración de la pena (el periodo punitivo) se establece respetando el principio de proporcionalidad.

Las ventajas señaladas contrastan con el sistema español, que como se ha podido comprobar *supra* (apartado I), se caracteriza por su inflexibilidad y falta de suficientes garantías: el juez no goza de discrecionalidad para imponer la PPR, no puede graduar la duración de la pena en función de la gravedad del caso particular y no se exige la comprobación de la peligrosidad para su imposición.

CAPÍTULO SEGUNDO: LÍMITES Y GARANTÍAS DE LAS PENAS INDETERMINADAS Y DE LARGA DURACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL Y LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

I. LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS DE PRISIÓN, CON ESPECIAL MENCIÓN A LAS DE LARGA DURACIÓN Y LA CADENA PERPETUA

1. Introducción

Los diversos instrumentos internacionales y la interpretación de los mismos por parte de los órganos de control convencional han ido decantando unos estándares sustantivos sobre los derechos de las personas presas y la ejecución penitenciaria que constituyen un referente importante. El objetivo de este apartado es precisamente explicar cuáles son esos estándares de ejecución internacionales, con especial mención a aquellos que rigen el cumplimiento de las penas de prisión de larga duración y la cadena perpetua. Para ello, se analizarán los diferentes textos legales aprobados tanto en el seno de la ONU como del Consejo de Europa (y también alguno de la Unión Europea), que tratan sobre los derechos de las personas privadas de libertad, centrándonos en aquellas cuestiones de ejecución.

A modo de introducción, en el primer apartado se expondrá, de forma breve, el conjunto de textos normativos que han permitido construir unos estándares sustantivos, con la finalidad de proporcionar una perspectiva general de las “fuentes” del derecho penitenciario. En esta introducción también se hará mención a los órganos de protección de los derechos de las personas internas, ya que además de controlar el cumplimiento de las normas internacionales, han ido interpretando esos textos y con ello han contribuido al desarrollo del derecho penitenciario. Posteriormente, en los siguientes dos apartados (titulados el régimen penitenciario y la salida de prisión) se descenderá al contenido concreto de los estándares de ejecución que se derivan de esos textos y de la interpretación que de ellos hacen los órganos de protección de los derechos de los presos, para explicar qué garantías han de cumplirse durante la ejecución penitenciaria y en el momento de la revisión de la pena. Así mismo, se abordará la tendencia actual a relacionar la cadena perpetua con la peligrosidad criminal que ha sido apreciada por los órganos de protección de los derechos humanos y que en muchas ocasiones se utiliza para justificar regímenes de cumplimiento más severos o como fundamento para denegar la libertad condicional y, con ello, prolongar la estancia en prisión.

2. Las “fuentes” del derecho penitenciario. Instrumentos internacionales sobre los derechos de los reclusos

En el seno de la ONU se han aprobado tres instrumentos destinados, en especial, a la protección de personas encarceladas o detenidas: Las Reglas mínimas de la ONU para el tratamiento de los reclusos de 1955 (las cuales han sido actualizadas en 2015, pasando a llamarse Reglas Mandela⁶⁸⁵); el Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión 1988⁶⁸⁶; y los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos de 1990⁶⁸⁷. Como un cuarto instrumento encontramos el informe de la ONU sobre cadena perpetua que constituye el documento internacional básico que rige el tratamiento de las personas condenadas a penas de reclusión prolongadas⁶⁸⁸. El Estatuto de Roma, que castiga los crímenes internacionales, es también una norma de gran relevancia, porque establece un sistema de revisión para las penas indeterminadas⁶⁸⁹.

Por otra parte, existe un conjunto de textos internacionales más genéricos, que tratan diversos temas, entre las cuales se incluyen algunas cuestiones relacionadas con la condena y ejecución de la pena de prisión, como, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)⁶⁹⁰.

Por último, como en un tercer bloque, se encuentran los tratados internacionales específicos que también se centran en la protección de las personas privadas de libertad, pero en un ámbito concreto: en erradicar la tortura y los tratos o penas inhumanas o degradantes. Esto sucede tanto en el seno de las Naciones Unidas, con el Convenio contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes 1984 (en adelante, Convenio contra la tortura)⁶⁹¹ como en el seno del Consejo de Europa, con el Convenio para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes 1987⁶⁹² (en adelante, Convenio para la prevención de la tortura). Estos dos tratados (y el protocolo

⁶⁸⁵ La nueva denominación se realiza en homenaje al legado del difunto presidente de Sudáfrica, Nelson Rolihlahla Mandela. Tras un proceso iniciado en el 2010 para revisar las reglas y adaptarlas a los últimos avances de la ciencia penitenciaria, finalmente fueron aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas el 17 de diciembre de 2015, mediante Resolución 70/175.

⁶⁸⁶ Este conjunto de principios (39 en total) fue aprobado por la ONU al observar la necesidad de reunir en un solo instrumento un conjunto amplio de salvaguardias detalladas y prácticas encaminadas a la protección de todas las personas privadas de libertad frente a abusos tales como detenciones arbitrarias, interrogatorios coactivos, tortura u otros malos tratos y desapariciones.

⁶⁸⁷ Se trata de 11 principios breves que fueron adoptados y proclamados en 1990 por la Asamblea General en su Resolución 45/111, de 14 de diciembre. La adopción de estos principios se debió a la preocupación expresada en diferentes congresos de la ONU sobre los obstáculos de distintos tipos que impiden plena aplicación de las Reglas mínimas y el convencimiento de que la plena aplicación de éstas se vería facilitada si se plasmaran los principios básicos que le sirven de fundamento.

⁶⁸⁸ Naciones Unidas, *Life Imprisonment*, 1994.

⁶⁸⁹ Adoptada el 17 de julio de 1998, entrando en vigor el Convenio el 1 de julio de 2002.

⁶⁹⁰ El art. 7 recoge la prohibición de la tortura y de las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; y el art. 9 recoge el derecho a la libertad y seguridad personal.

⁶⁹¹ Adoptado el 10 de diciembre de 1984, entrando en vigor el 26 de junio de 1987.

⁶⁹² Adoptado el 26 de noviembre de 1987, entrando en vigor el 1 de febrero de 1989.

facultativo del primero⁶⁹³), además de prohibir el uso de la tortura, crearon tres órganos para supervisar el cumplimiento de esos Convenios. Así, a nivel universal operan dos órganos: el Comité contra la tortura (Comité)⁶⁹⁴ y el subcomité para la prevención de la tortura (SPT)⁶⁹⁵. A nivel europeo actúa el Comité para la prevención de la Tortura (CPT)⁶⁹⁶. Estos órganos han ido desarrollando estándares en relación con los internos condenados a penas de prisión de larga duración y cadena perpetua que también se irán exponiendo⁶⁹⁷.

En cuanto a las Reglas Mínimas de la ONU a las que se ha hecho alusión, debe señalarse que constituyen la primera declaración de objetivos en el ámbito de la política

⁶⁹³ Adoptado el 18 de diciembre 2002, entrando en vigor en junio de 2006.

⁶⁹⁴ El comité está compuesto por 10 expertos y tiene a su disposición cuatro mecanismos de control, entre los que se distinguen dos obligatorios (la presentación de informes periódicos por parte de los estados y la investigación de oficio) y dos opcionales (comunicaciones estatales, también llamado denuncias entre estados y las comunicaciones individuales o denuncias de particulares). En cuanto a los informes periódicos (art. 19), todo Estado que haya ratificado el tratado está obligado a presentar, cada cuatro años, informes relativos a las medidas que hayan adoptado para dar efectividad a los compromisos que han contraído en virtud de la Convención. En cuanto a las investigaciones de oficio (art. 20) el Comité realizará investigaciones a iniciativa propia cuando considere que tiene pruebas de la práctica de torturas sistemáticas en el territorio de un estado parte. Entre las medidas a adoptar, el Comité puede designar que uno o varios de sus miembros realicen una visita al territorio del Estado. Respecto a las denuncias entre estados y las denuncias de particulares, para que el comité pueda ejercer estas competencias, es necesario que los estados de los que se trate hayan formulado una declaración facultativa admitiendo esta competencia. A través del primer sistema, un Estado puede denunciar a otro por considerar que ha violado alguna de las obligaciones impuestas por la Convención (art. 21). En cuanto a las denuncias de los particulares, la Convención contra la Tortura reconoce a los particulares, en determinadas circunstancias, el derecho de denunciar ante el Comité la transgresión por un estado parte de una o más de sus disposiciones.

⁶⁹⁵ El Subcomité fue creado mediante el protocolo facultativo a la Convención contra la tortura, cuya finalidad era introducir un sistema de visitas (periódicas o de seguimiento y *ad hoc*) que quedaría a cargo de ese nuevo órgano (a imagen del CPT europeo). En el desempeño de sus funciones de visita, dispone de poderes muy similares a los del CPT: libertad para seleccionar los lugares que desea visitar y las personas con las que desea entrevistarse, etc. (art. 14 del protocolo). Una vez finaliza la visita, comunica sus recomendaciones y observaciones al estado de forma confidencial (art. 16.1 y 2). El Subcomité visitó por primera vez España en 2017, del 15 al 26 de octubre. El 15 de marzo el Subcomité envió el informe al estado español, pero no ha sido publicado. Además de esta función, el Subcomité presenta cada año un informe público sobre sus actividades al Comité contra la tortura (art. 16.3). En la página web del Subcomité se pueden ver los 11 informes anuales que existen, desde 2008 hasta 2018. Ninguno de esos informes hace referencias a las penas de larga duración o a la cadena perpetua. El subcomité está compuesto por 25 miembros y las visitas se realizarán por dos miembros como mínimo (art 5.1 y art. 13.3).

⁶⁹⁶ El CPT es, sin duda, uno de los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos más importantes y vigorosos (MORGAN, “The European Committee”, p. 717), y se ha convertido en un órgano fundamental en el desarrollo del Derecho penitenciario europeo (RODRÍGUEZ YAGÜE. “Estándares internacionales”, p. 225). Por medio de visitas (periódicas o *ad hoc*) que realiza a los estados miembros examina el trato dado a las personas privadas de libertad. Las visitas periódicas son las que se planean de antemano de forma regular (cada estado es visitado unas cada 4 o 5 años) y, las visitas *ad hoc*, son las que se realizan para investigar alegaciones o para ver si las situaciones que se observaron en previas visitas han mejorado. Al finalizar la visita, elabora un informe y se lo envía al estado con las recomendaciones y observaciones que considere oportunas. El informe es totalmente confidencial, pero en la práctica, casi todos los estados autorizan la publicación. El CPT también realiza informes generales anualmente describiendo la actividad realizada y las publica (art. 12). Estos informes generales van más allá de la mera descripción y la mayoría contienen comentarios substantivos generales sobre las prácticas deseables en los centros de privación, así como la descripción de lo que el comité considera totalmente inaceptable. Los comentarios sobre asuntos de fondo realizados en sus Informes Generales anuales han sido extraídos por ese mismo órgano y publicados en un manual (*booklet*) titulado “Normas/Estándares del CPT” (*CPT Standards* (CPT/Inf/E (2002)1-Rev.2015)). El CPT está compuesto, en teoría, de un número igual al de los estados parte (art. 4.1) y las visitas normalmente se efectúan por, al menos, dos miembros (art. 7.2). Este comité goza de amplias facultades a la hora de realizar las visitas, entre otros: la posibilidad de desplazarse a todo lugar donde haya personas privadas de libertad o entrevistarse sin testigos con las personas privadas de libertad (art. 8.2). Como se podrá observar, las funciones son similares a las que tiene el Subcomité de la ONU cuando realiza las visitas (art. 14 del protocolo facultativo).

⁶⁹⁷ Como puso de manifiesto el CPT, 2º Informe General, 1992, párrafo 44, aunque ese órgano pone una atención especial sobre las alegaciones de malos tratos a los prisioneros, “todos los aspectos de las condiciones de privación de libertad son de importancia para el mandato del CPT”.

penitenciaria, siendo un referente fundamental⁶⁹⁸. Pese a carecer de valor vinculante, constituyen el hito más importante en la internacionalización del derecho penitenciario, por su contribución al logro de una homogeneización de los regímenes penitenciarios en torno a los principios de resocialización del recluso y de conservación de derechos⁶⁹⁹. Desde 1955 no se ha producido nada comparable a ese texto que se ocupe directamente de las normas y políticas penitenciarias a nivel universal⁷⁰⁰. Actualmente se considera que siguen constituyendo los estándares mínimos universalmente reconocidos para la gestión de los centros penitenciarios y el tratamiento de las personas privadas de libertad⁷⁰¹. De hecho, a pesar de que, a nivel europeo, estas reglas han sido superadas por las Reglas Penitenciarias Europeas –a las que me referiré *a posteriori*–, los estándares de la ONU siguen teniendo aplicación práctica, ya que se utilizan para interpretar los instrumentos internacionales que tienen fuerza vinculante internacional⁷⁰². Conviene recalcar que estas reglas establecen los estándares mínimos y, por tanto, la aspiración debe ser mejorarlas⁷⁰³.

A nivel europeo, el equivalente a las Reglas mínimas de la ONU son las Reglas Penitenciarias Europeas para el tratamiento de los reclusos de 2006, dedicadas específicamente a los derechos de las personas privadas de libertad y que establece un marco general⁷⁰⁴. Éstas pretendían adaptar a las condiciones europeas las Reglas Mínimas

⁶⁹⁸ Como señala la primera observación preliminar de ese texto, el objeto de las reglas no es describir en forma detallada un sistema penitenciario modelo, sino únicamente enunciar los principios y prácticas que hoy en día se reconocen como idóneos

⁶⁹⁹ FERNÁNDEZ ARÉVALO y NISTAL, *Derecho Penitenciario*, p. 234.

⁷⁰⁰ VAN ZYL y SNACKEN, *European prison law*, p. 6. Estos autores señalan, que probablemente el desarrollo más importante de esas reglas fue el manual *Making Standards Work*, publicado en 1995 (1º edic.) y 2001 (2º edic.) por la ONG *Penal Reform International*, en colaboración con el gobierno de Holanda, aunque no tiene estatus oficial.

⁷⁰¹ La propia página de las Naciones Unidas así lo señala (<http://www.unodc.org/unodc/en/justice-and-prison-reform/expert-group-meetings-8.html>; último acceso 3.10.2017).

⁷⁰² Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos (CDH) ha utilizado estas reglas en numerosas ocasiones para interpretar el art. 7 del PIDCP sobre la prohibición de las torturas y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. El CDH es el órgano de monitoreo y control del PIDCP y goza de 3 mecanismos para asegurar el cumplimiento del pacto: a) Informes periódicos que cada 3 o 4 años los Estados miembros envían al comité y éste emite observaciones finales (incluye recomendaciones) que se publican en la web de la ONU y el Estado debe darles la máxima publicidad. b) Recursos/Quejas/Denuncias/Comunicaciones Individuales e interestatales y c) Observaciones Generales: recoge su interpretación del Pacto. Cabe destacar que el uso de las Reglas Mínimas sobre los reclusos por parte del CDH ha llevado a un aumento gradual de su status e influencia. Además, esas reglas se aplican también en los casos en que los ciudadanos de los países europeos han presentado denuncias contra sus propios gobiernos ante el Comité de Derechos Humanos. Véase, VAN ZYL, “The impact of United Nations”, p. 134; VAN ZYL y SNACKEN, *European prison law*, p. 8.

⁷⁰³ VAN ZYL, “The impact of United Nations”, pp. 133 y 138, advierte de un riesgo que paradójicamente puede darse si estas reglas son aceptadas de forma amplia, ya que pueden ser consideradas como la norma y, por consiguiente, se pierde la visión de que simplemente son unos mínimos. Señala que un ejemplo de este peligro sería la historia de que las autoridades penitenciarias introducirían a tres prisioneros en una sola celda de aislamiento nocturno, porque la Regla 9.2 (de la anterior versión de 1955) les prohibía alojar a dos prisioneros en una sola celda. Este autor afirma que este ejemplo no es apócrifo, ya que puede testimoniar con sus propias experiencias en el Sur de África a principios de los años ochenta.

⁷⁰⁴ Rec (2006) 2, del 11 de enero de 2006, del Comité de Ministros del Consejo de Europa. El primer intento de establecer estas reglas en Europa se produjo en 1973 (mediante la Resolución (73)5 del Consejo de Europa. El nombre en inglés de estas normas es: *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*). Posteriormente, en 1987, éstas fueron revisadas concienzudamente (Rec (87) 3, de 12 de febrero de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa). Sin embargo, desde 1987 se han producido muchos desarrollos en el derecho y la práctica penitenciaria en europea, por lo que, en 2006, se produjo una nueva revisión. Factores clave en esta evolución han sido tanto la jurisprudencia del TEDH que ha aplicado el CEDH a la protección de los derechos de los reclusos, como las normas para el tratamiento de los reclusos que establece el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura (CPT). De hecho,

de las Naciones Unidas de 1955⁷⁰⁵, ya que, como señala MAPELLI, estas últimas ya entonces resultaban insuficientes, porque nacieron con una proyección universal, por lo cual muchos de los derechos reconocidos en los países más desarrollados aparecían devaluados, porque para entonces se había llegado más lejos de las recomendaciones del texto de las Naciones Unidas⁷⁰⁶.

Por otra parte, existe un número cada vez más creciente de Recomendaciones específicas que tratan en mayor detalle diferentes aspectos concretos de la ejecución penitenciaria o un grupo determinado de reclusos. Por ejemplo, la Rec (2003) 22⁷⁰⁷ trata exclusivamente sobre la libertad condicional y la Rec (2003) 23⁷⁰⁸ se centra únicamente en la ejecución de las personas condenadas a cadena perpetua u otras penas de larga duración. Así mismo, la Rec (2014) 3 sobre delincuentes peligrosos, aborda específicamente cuestiones penales y penitenciarias relacionadas con esas personas. Por su parte, la Rec (2017) 3, sobre sanciones y medidas comunitarias, se encarga de gestionar la aplicación de éstas en la comunidad y, por consiguiente, de la libertad condicional⁷⁰⁹. También se incluye dentro de este grupo, el ya citado Convenio sobre la prevención de la tortura 1987, que se centra en esa materia concreta⁷¹⁰.

Actualmente tanto el TEDH como el CPT se remiten a las Reglas Penitenciarias Europeas y a las recomendaciones con regularidad⁷¹¹. Como señala VAN ZYL, aunque

la propia Rec (2006) 2 que contiene la nueva versión de las Normas Penitenciarias Europeas también reconoce la contribución del TEDH y del CPT).

⁷⁰⁵ *Commentary to Rec (2006)2*, p. 40.

⁷⁰⁶ MAPELLI, “Normas Penitenciarias Europeas”, p.1. Como segunda razón apunta el autor que esa misma proyección universal obligó a una redacción excesivamente programática que en muchos casos no permitía convertir su contenido en un compromiso político penitenciario de los países a los que iba destinado. En la misma línea, como explica REVIRIEGO, “Sistemas penitenciarios”, p. 242, esas reglas tenían un carácter amplio y generalista con el objetivo de ser ratificadas por el mayor número de Estados posibles.

⁷⁰⁷ Rec (2003)22 relativa a la libertad condicional, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 24 de septiembre de 2003.

⁷⁰⁸ Rec (2003)23 relativa a la gestión por parte de las administraciones penitenciarias de los condenados a cadena perpetua y otras penas de prisión de larga duración, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 9 de octubre de 2003.

⁷⁰⁹ La Rec (2017) 3 enumera, en el párrafo 2, las sanciones y medidas aplicables, entre las que incluye la libertad condicional. Esta última versión ha sido aprobada recientemente el 22 de marzo de 2017 y sustituye a las anteriores Rec (92) 16, relativa a las Reglas europeas sobre las sanciones y medidas aplicadas en la comunidad y Rec (2000) 22, relativa a la mejora de la ejecución de las Reglas europeas sobre las sanciones y medidas aplicadas en la comunidad). La Rec (2003) 22 señala expresamente que su contenido será completado por las dos recomendaciones del 1992.

⁷¹⁰ Cabe mencionar también el CEDH, un texto más genérico que protege diferentes derechos humanos, algunos de los cuales tienen un impacto directo sobre la ejecución de la pena de prisión y la libertad condicional, concretamente los arts. 3 (sobre la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes), el art. 5 (sobre el derecho a la libertad) y el art. 7 (sobre el principio de legalidad e irretroactividad). Estos preceptos se estudiarán de forma amplia en un apartado dedicado exclusivamente al estudio de la jurisprudencia del TEDH, *infra* apartado II.

⁷¹¹ *The Commentary to Rec (2006)2*, p. 40. La versión revisada de 2006 de las Reglas Penitenciarias Europeas ha atraído una atención y reconocimiento judicial importantes en la jurisprudencia del TEDH. La Gran Cámara de ese tribunal se ha referido a ellas en una amplia variedad de temas penitenciarios, como, por ejemplo, la cadena perpetua y la libertad condicional (véase, entre otros, TEDH, *Kafkaris c. Chipre*, párrafo 73; TEDH, *Vinter c. Reino Unido*, párrafo 77; TEDH, *Murray c. Países Bajos*, párrafos 68 y 69; TEDH, *Hutchinson c. Reino Unido* (Gran Cámara), párrafo 21 (a los que se hará referencia *infra*, apartado II, dentro de este capítulo, al estudiar la jurisprudencia del TEDH). La jurisprudencia del TEDH contribuye de manera significativa a actualizar todas las partes del Comentario a esas reglas. De igual modo, ese tribunal también se remite a las otras dos recomendaciones importantes adoptadas en 2003: la Rec (2003) 22 y la Rec (2003) 23. El Tribunal de Estrasburgo fundamenta sus decisiones en esos textos legales para reconocer como legítima una política de reintegración social progresiva de las personas condenadas a prisión. Por su

las reglas no son directamente vinculantes, como tampoco lo son las recomendaciones relacionadas, ambas se ven considerablemente reforzadas por la confianza que el TEDH y el CPT depositan sobre las mismas, a la hora de formular sus decisiones o informes sobre lo que es exigible⁷¹². En la misma línea, RODRÍGUEZ YAGÜE señala que tanto las Reglas Penitenciarias Europeas como las recomendaciones existentes sobre diferentes aspectos del encarcelamiento se han constituido en un verdadero cuerpo normativo de *soft law* penitenciario europeo, porque, pese a no ser vinculantes, son ampliamente aceptadas por los Estados miembros del Consejo de Europa, sirviéndoles de guía para sus legislaciones y la praxis de sus sistemas penitenciarios⁷¹³.

3. El régimen penitenciario

Dentro de este tercer apartado, en primer lugar, se hará referencia a los principios que, según las normas a las que hemos hecho referencia *supra*, deben regir la ejecución penitenciaria, para dar a conocer los postulados sobre los que se asienta la política penitenciaria internacional. En el segundo subapartado nos centraremos en el principio de no segregación por ser el que específicamente orienta la ejecución de las penas de larga duración y la cadena perpetua. El objetivo es destacar cuáles son las obligaciones que se derivan de ese principio, entre las que encontramos la de proporcionar a los condenados unos planes adicionales. Por último, abordaremos la problemática detectada por los órganos de control de los derechos humanos, CPT y SPT, en relación con la catalogación automática como personas peligrosas de quienes han sido condenadas a cadena perpetua y subrayaremos cuáles son las recomendaciones que han ofrecido.

A. Principios que rigen la ejecución penitenciaria

Según se extrae de los diferentes instrumentos jurídicos que tratan sobre los derechos de las personas privadas de libertad, así como la interpretación que de ellos hacen los diferentes órganos de supervisión, los principios que han de regir la ejecución de las penas de prisión son: la reintegración, la normalización, la individualización, la progresión y la responsabilidad. Esos cinco principios constituyen el núcleo fundamental de la ejecución penitenciaria. Sin embargo, cuando se trata de penas de larga duración o cadena perpetua, la ejecución penitenciaria ha de estar guiada por el principio de no segregación. En este apartado se expondrá en qué consisten los mencionados principios,

parte, el CPT también se refiere a las nuevas Reglas Penitenciarias Europeas de 2006 con una frecuencia cada vez mayor. Por último, cabe señalar que el TEDH también utiliza las decisiones del CPT como elementos de prueba para fundamentar sus condenas. Véase SANTAMARÍA y BOLAÑO, “Art. 3”, p. 56-57, párrafo 3.

⁷¹² VAN ZYL, “Strategies”, p. 2.

⁷¹³ RODRÍGUEZ YAGÜE, “Estándares internacionales”, pp. 227-228.

reservando la explicación sobre el principio de no segregación para el siguiente apartado, por ser específico de las penas largas y la cadena perpetua.

Los diferentes instrumentos jurídicos, tanto a nivel universal (ONU) como regional (Consejo de Europa) prevén la rehabilitación como principio que debe guiar la ejecución penitenciaria. Hay un claro énfasis en la necesidad de la rehabilitación del preso, apuntando que, si bien el fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, principalmente, proteger a la sociedad contra el crimen y reducir la reincidencia, tales fines sólo pueden alcanzarse si se aprovecha el periodo de privación de libertad para lograr la reinserción. Ningún sistema penitenciario debería ser únicamente retributivo, sino que ha de perseguir la rehabilitación del preso. Además, se recalca que la reintegración deberá estar presente desde el comienzo del cumplimiento de la pena de prisión y que la puesta en libertad debe ser preparada con bastante antelación. Concretamente en relación con las personas condenadas a cadena perpetua y a penas de prisión de larga duración, la Rec (2003) 23 establece que uno de los objetivos generales de la gestión de esas penas debe ser aumentar y mejorar las posibilidades de conseguir la reintegración en la sociedad y llevar una vida respetuosa con la ley (párrafo 2 *in fine*)⁷¹⁴.

VAN ZYL y SONJA señalan que el énfasis en la reintegración implica que todo preso (también los que cumplen cadena perpetua), debería tener la oportunidad de alcanzar la libertad condicional, ya que, si no regresan a la comunidad, la noción de la reintegración quedaría vacía de contenido. Consecuentemente, si las personas presas deben tener la posibilidad de reintegrarse en la sociedad una vez puestos en libertad, deben estar física y mentalmente sanos y, por ello, deben tener la posibilidad de trabajar y de

⁷¹⁴ El principio de reintegración fue proclamado en el primer texto jurídico internacional destinado específicamente a los derechos de las personas privadas de libertad en 1955 y sigue vigente en la versión actualizada de estas reglas (las Reglas Mandela). Tanto la actual regla 4.1 como la anterior regla 58, destacan como principio rector la rehabilitación del preso. Esta obligación se confirma también en el PIDCP, art. 10.3, que considera a la reinserción como la finalidad principal de la pena de prisión. En la misma línea que los dos textos anteriores, los “Principios básicos para el tratamiento de los reclusos” de la ONU, proclama 11 principios, entre los cuales destaca la reintegración social (principio 10). Por su parte, la Resolución (76) 2 solicitaba a los estados miembros que adopten todas las medidas necesarias para que la sociedad entienda mejor la situación particular de los condenados a penas largas de prisión, a fin de crear un clima social favorable a la rehabilitación de los mismos (párrafo 15). A nivel europeo, las Reglas Penitenciarias Europeas (2006), al igual que las Reglas Mínimas de la ONU, elevan la rehabilitación a la categoría de principio básico de la ejecución de la pena de prisión (art. 6). Varias son las referencias que hacen estas reglas a la reinserción (reglas 6, 33.3, 102.1, 107.1 y 107.2), afirmando que deben ofrecerles a los internos programas especiales para ayudarles a hacer la transición entre la vida carcelaria y la vida en la comunidad. Por último, a nivel de la Unión Europea, la rehabilitación social se menciona en dos Decisiones Marco como objetivo de la ejecución (transfronteriza) de las condenas a penas privativas de libertad y de penas sustituidas, suspendidas o la libertad condicional. Ambas decisiones establecen un mecanismo a través del cual, un estado miembro que condena a un nacional de otro estado miembro puede enviar al preso a su casa para que cumpla la condena. La Decisión Marco 2008/909/JAI de 27 noviembre de 2008, permite ejecutar una condena a prisión en un estado diferente al estado en el que haya sido dictada, cuando ello contribuya a facilitar la reinserción social del condenado. La Decisión Marco 2008/947/JAI, es un complemento de la anterior, ya que permite la ejecución de las penas sustituidas, suspendidas o la libertad condicional, y al igual que aquella, señala que el objetivo de la misma es facilitar la reinserción social de la persona condenada y también mejorar la protección de las víctimas y del público en general (art. 1.1).

recibir educación mientras se encuentran en prisión. En el caso de los presos que van a cumplir una pena privativa de libertad larga, la ejecución debe planificarse cuidadosamente para minimizar los efectos dañinos. En conclusión, el principio de reintegración exige que se preste atención a los procedimientos de puesta en libertad que puedan ayudar en el proceso de reintegración⁷¹⁵.

La rehabilitación también ha sido referida por el TEDH y el CPT en numerosas ocasiones⁷¹⁶. Como se explicará en mayor profundidad al estudiar la jurisprudencia del TEDH⁷¹⁷, este órgano ha afirmado en diferentes sentencias que la política europea pone el acento en el fin de la rehabilitación⁷¹⁸ y recientemente ha declarado, por primera vez, que la rehabilitación es una obligación positiva que tienen los Estados⁷¹⁹. El CPT, por su parte, ha destacado que el contacto con el mundo exterior, más específicamente, de las relaciones con la familia y amigos es de vital importancia para la rehabilitación social del preso, lo que ha sido demostrado por los estudios que apuntan que esos vínculos constituyen un factor fundamental para alcanzar un regreso exitoso a la sociedad⁷²⁰.

Estrechamente relacionado con el principio anterior de la rehabilitación se encuentra el de normalización, apoyado también por las normas universales y europeas. Este principio requiere que se reduzcan las diferencias existentes entre la vida en prisión y la vida en libertad. El tratamiento penitenciario no debe hacer hincapié en el hecho de que el recluso está excluido de la sociedad, sino en que continúa formando parte de ella. Por ello, deberán tomarse medidas activas para hacer que las condiciones en la prisión sean lo más similares posibles a las del mundo exterior. Así, se promoverá el contacto con el exterior, la cooperación con organismos externos y las relaciones familiares (permitiendo las visitas, como la correspondencia escrita o la utilización de las telecomunicaciones)⁷²¹.

Otro de los principios que rigen la ejecución penitenciaria de las penas de prisión, según los diversos textos internacionales, es la individualización del tratamiento. Este principio exige que se preste atención a las necesidades individuales de los reclusos a la

⁷¹⁵ VAN ZYL y SNACKEN, *European prison law*, p. 108

⁷¹⁶ VAN ZYL y SNACKEN, *European prison law*, p. 106, señalan que las referencias a la rehabilitación realizadas por el CPT y el TEDH, junto con las Reglas Penitenciarias Europeas (regla 6), es de suma importancia para establecer la reintegración como principio fundamental del derecho y la política penitenciaria europea.

⁷¹⁷ *Infra* apartado II, el capítulo segundo.

⁷¹⁸ Véase entre otros, TEDH, *Dickson c. Reino Unido*, párrafos 28 y 75, TEDH, *Vinter c. Reino Unido*, párrafo 115; y TEDH, *Harakchiev c. Bulgaria*, párrafo 245.

⁷¹⁹ TEDH, *Murray c. Países Bajos*, párrafo 104.

⁷²⁰ CPT, Informe de la visita a la República Checa en 2006, párrafo 87; y CPT, Informe de la visita a Armenia en 2010, párrafo 145. Véase también Oficina de Naciones Unidas contra la droga y el delito, *Social reintegration*, p. 1; y SHALEV, *Solitary confinement*, p. 46.

⁷²¹ Reglas Mandela, reglas 5, 58-63, 88 y 106 (anteriores 37-39, 60, 61 y 79); Conjunto de principios de 1988, principio 19; Reglas Penitenciarias Europeas, reglas 5, 24, 107.4 y 107.5 (véase también el comentario oficial a la regla 5 “*The Commentary to Rec (2006)2, rule 5*”); y la Rec (2003) 23, párrafos 4 y 33. Véase también VAN ZYL y SNACKEN, *European Prison Law*, p. 110 y MAPELLI, “Normas Penitenciarias Europeas”, p. 5.

hora de fijar el tratamiento individual. El plan de ejecución debe incluir una valoración no sólo de los riesgos, sino también de las necesidades de cada interno, personales y las relacionadas con el delito (lo que se conoce como necesidades criminógenas)⁷²². Así mismo, se señala expresamente que, en el caso de los reclusos condenados a penas de larga duración o cadena perpetua, la ejecución de este plan individual debe comenzar tan pronto como se ingrese en prisión y revisarlo con regularidad⁷²³. Este principio es esencial para conseguir, de forma efectiva, la reintegración de las personas presas a la sociedad⁷²⁴.

Los diversos textos legales existentes a nivel universal sobre los derechos de los reclusos penados también abogan a favor de que la transición a la vida fuera de prisión se produzca de forma progresiva, lo que se conoce como principio de retorno progresivo o progresión. Este principio implica que un preso debe moverse progresivamente a través del sistema penitenciario, de forma que, mientras al comienzo de la condena el énfasis puede centrarse en el castigo y la retribución, en las últimas etapas, debe redirigirse hacia la preparación de la libertad (reintegración social progresiva)⁷²⁵. Esa vuelta escalonada a la sociedad puede producirse mediante la libertad condicional o con un régimen preparatorio para la puesta en libertad organizado dentro de la prisión u otra institución⁷²⁶. La Rec (2003) 23 específicamente dedicada a la cadena perpetua y a las penas de larga duración, aconseja que en el caso de estas penas la última fase se cumpla en condiciones abiertas, preferiblemente en la comunidad⁷²⁷. También la Rec (99) 22 sobre

⁷²² Las Reglas Mínimas de la ONU elevan la individualización del tratamiento a la categoría de principio rector en la regla 4.2 y desarrolla este principio a lo largo de las reglas 89, 92.1 y 92.2 (anteriores reglas 59, 63.1, 66.1 y 66.2). Concretamente señala la regla 92.1 que para conseguir la rehabilitación del preso se deberán tener en cuenta el pasado social y delictivo del recluso, su capacidad y aptitud física y mental, su temperamento personal, la duración de la pena y sus perspectivas después de la liberación. Las Reglas Penitenciarias Europeas, a diferencia de las Reglas de la ONU, no prevén entre el catálogo de principios básicos la individualización. Sin embargo, al tratar sobre los internos penados, se señala que se redactará un informe completo sobre cada interno penado describiendo la situación personal del interesado, los proyectos de ejecución de la pena que vayan a proponerse para él, y la estrategia de preparación para su salida (regla 103.2). Por tanto, el plan de ejecución tiene en cuenta las necesidades individuales de la persona condenada. Más concreta es la regla 104.2 cuando hace referencia a los programas personalizados de los internos. Por último, la Rec (2003) 23, explícitamente recoge este principio en el párrafo 3 y lo desarrolla mediante los párrafos 10 y 13. El CPT también se refiere a este principio en su 25º Informe General, párrafo 76, señalando que después de la imposición de la cadena perpetua, la individualización debe continuar a través de la ejecución, la cual debe establecerse sobre la base de una evaluación de la situación individual del preso. La tarea del equipo que se encarga de ello, es desarrollar una comprensión lo más completa posible de la situación del prisionero (tanto dentro de prisión como en la comunidad) y de las necesidades de intervención particulares que presenta el preso, para que la estancia en prisión sea lo más beneficiosa posible en términos de preparación para la liberación.

⁷²³ Rec (2003) 23, párrafo 11; y Reglas Mínimas de la ONU, regla 94 (anterior 69). Estas reglas expresamente señalan que son aplicables a los reclusos condenados a una pena de cierta duración (92.2, anterior 66.2). Las reglas no especifican cómo ha de interpretarse “pena de cierta duración”, ni tampoco lo hacen los comentarios a las mismas. La referencia a este concepto se encuentra en un texto del Consejo de Europa en la Rec (2003) 23 que define las penas de larga duración como aquella pena o penas de prisión de 5 años o más (párrafo 1).

⁷²⁴ UNODC, *Social reintegration*, p.18

⁷²⁵ MEIJER, “Rehabilitation”, pp. 148-149.

⁷²⁶ Rec (2003) 23, párrafo 6; Reglas Mandela, regla 87 (anterior 60.2); y las Reglas Penitenciarias Europeas, regla 107.1 y 2. Estas últimas reglas no otorgan a la progresión la categoría de principio, pero al referirse en concreto a los internos condenados a penas de larga duración (aunque no a los condenados a cadena perpetua) disponen que la vuelta a la vida en medio abierto ha de producirse de forma progresiva, mediante un programa de preparación, sin especificar si se utilizará la libertad condicional u otras vías regla.

⁷²⁷ Rec (2003) 23, párrafo 10.

superpoblación aboga por el uso de medidas de liberación temprana y, especialmente, la libertad condicional, a la que considera uno de los medios más efectivos y constructivos que contribuye de manera sustancial a un retorno planeado a la comunidad⁷²⁸. Como señala SNACKEN, la progresión puede ser un antídoto importante ante el deterioro mental, al permitir al preso construir una nueva visión del tiempo en prisión y augurar algún futuro⁷²⁹.

Por último, también se aboga por la participación activa del preso en la elaboración del plan de ejecución, especialmente, hacia el final de la condena en cuanto, conocido como principio de responsabilidad. Debe proporcionarse cierto margen a los internos para decidir cómo van a emplear su tiempo en prisión con la finalidad de favorecer su autonomía y responsabilidad. Si no se fomenta la responsabilidad del interno será difícil conseguir un cambio de comportamiento que permita llevar una vida respetuosa con la ley⁷³⁰.

B. Principio de no segregación y planes adicionales

El principio de no segregación, que orienta específicamente la ejecución penitenciaria de las penas de larga duración y cadena perpetua, supone que la separación de esos condenados o la imposición de restricciones no puede estar justificada por el mero hecho de haberse impuesto ese tipo de penas. Este principio está recogido expresamente en la Rec (2003) 23⁷³¹ y se consolida como estándar en el Informe General de 2015 del CPT⁷³².

El CPT se ha mostrado especialmente crítico con aquellos países en los que existe una regulación específica para ese tipo de internos que agrava los efectos negativos del encarcelamiento, como, por ejemplo, limitar el contacto con otros reclusos y también con el exterior, bien a través de las visitas o los permisos penitenciarios⁷³³. En opinión de este órgano, no puede justificarse de ningún modo la aplicación indiscriminada de restricciones a todos los reclusos que deban cumplir un tipo concreto de pena, sin que exista un análisis específico de la situación de cada interno.

⁷²⁸ Rec (99) 22, párrafos 23 y 24.

⁷²⁹ SNACKEN, “Rec (2003) 23”, p. 14

⁷³⁰ Rec (2003) 23, párrafo 9; Las Reglas Penitenciarias Europeas, (reglas 103.3 y 104. 2); CPT, 11º Informe General, 2001, párrafo 33; y SNACKEN, “Rec (2003) 23”, p. 12.

⁷³¹ Rec (2003) 23, párrafo 7. Véase también CPT, 11º Informe General, 2001, párrafo 33 que es confirmado por el 25º Informe General, 2016, párrafos 74 y 76.

⁷³² RODRÍGUEZ YAGÜE, “Estándares internacionales”, pp. 248-249.

⁷³³ CAROU, *Régimen penitenciario*, p. 181, pone de relieve que la segregación dificulta la reincorporación al régimen ordinario, debido a las consecuencias negativas psicológicas que produce; lo que en el caso de las personas sometidas a cadena perpetua, afectará negativamente en la progresión hacia la libertad. En la misma línea, SHALEV, *Solitary confinement*, pp. 31 y 32, afirma que la práctica de “aislar el riesgo” (*isolating risk*) ha sido ampliamente criticada, ya que puede tener efectos contraproducentes, aumentando la peligrosidad en lugar de reducirla.

Muy al contrario, en la medida en que estas penas suponen una agravación de los efectos negativos de la prisión y aumentan la institucionalización del interno, el régimen penitenciario exige compensaciones y planes adicionales. Los reclusos a largo plazo pueden experimentar una serie de problemas psicológicos (incluida la pérdida de autoestima y de sociabilidad) y tienden a mostrarse cada vez más indiferentes a la sociedad (falta de motivación). Por ello, se debe tratar de compensar y atenuar esos efectos con la implementación de medidas adicionales y tratamientos específicos. El sistema debe proveer el acceso a una amplia gama de actividades (profesionales, educativas, deportivas y de ocio) y unos planes individualizados con apoyo psicosocial. El contacto con el mundo exterior también es de importancia fundamental, ya que ello les ayudará a estar mejor preparados para el momento de puesta en libertad⁷³⁴.

Es importante señalar que el CPT ha destacado que, hasta en prisiones donde las condiciones materiales son buenas y los regímenes menos severos, existe una falta de actividades adecuadas en relación con las penas de cadena perpetua y de larga duración⁷³⁵. Así mismo, ha advertido que incluso cuando las oportunidades de participar en actividades son buenas, existe el riesgo de que no tomen parte en esas actividades, porque no le ven ningún sentido, dado lo impredecible del momento de su puesta en libertad (especialmente en el caso de los condenados a cadena perpetua)⁷³⁶. Por ello, ha recomendado que se les ofrezca mayor apoyo psicológico y se les ayude a que den sentido a su estancia en prisión⁷³⁷.

Esta política encuentra apoyo en la Rec (2003) 23 que aconseja prestar atención particular a la provisión de actividades con el objetivo de compensar la larga duración de la pena de prisión y su potencial efecto destructivo y recomienda que el régimen penitenciario esté orientado hacia la libertad condicional⁷³⁸. En la misma línea, las Reglas Penitenciarias europeas afirman que debe prestarse atención particular a la ejecución de la cadena perpetua y de larga duración⁷³⁹. En conclusión, un régimen adecuado para las personas que cumplen una pena de cadena perpetua o de larga duración exige unas compensaciones y planes adicionales⁷⁴⁰.

⁷³⁴ CPT, 11º Informe General, 2001, párrafo 33.

⁷³⁵ Véase entre otros, los informes de las visitas del CPT a Reino Unido en 2008, párrafos 40 y 41 y 2016, párrafos 54 y 55; a Finlandia en 1998, párrafos 68-70; a Albania en 2005, párrafo 100; a Moldavia en 2011, párrafos 10-13 de las pp. 36-37; y a Polonia en 2009, párrafos 110-112.

⁷³⁶ CPT, Informe de la visita a Hungría en 2005, párrafos 82-86.

⁷³⁷ CPT, 11º Informe General, 2001, párrafo 33.

⁷³⁸ Rec (2003) 23, párrafos 21-24.

⁷³⁹ Regla Penitenciarias Europeas, párrafo 103.8

⁷⁴⁰ COYLE, *Prison management*, p. 140, opina que, dado el tiempo que han de permanecer en prisión, se puede argumentar que las personas que cumplen penas largas deben tener prioridad sobre el resto de internos para las actividades a realizar en prisión, cuando las mismas sean escasas.

C. Peligrosidad y cadena perpetua

En coherente relación con el principio de no segregación, encontramos diversas manifestaciones del SPT y CPT, así como de algún texto legal que rechazan la equiparación automática entre cadena perpetua y peligrosidad. De igual modo que no está justificada la separación o la imposición de restricciones en base únicamente al tipo o modalidad de pena impuesta, tampoco pueden ser consideradas automáticamente peligrosas las personas condenadas a una cadena perpetua o de larga duración.

La Rec (2003) 23 sostiene que ni la peligrosidad ni las necesidades criminógenas son características estables, aconsejando consecuentemente, la realización de evaluaciones de ambas circunstancias de forma periódica⁷⁴¹. Además, el informe explicativo que acompaña a esa recomendación recalca que la probabilidad de que un delincuente se involucre en conductas violentas o peligrosas no depende solo de su personalidad, sino también de las situaciones que permiten o provocan dicho comportamiento.

En algunos países se cree que las personas condenadas a cadena perpetua o a una pena larga (normalmente quienes cometen un asesinato) plantean problemas de seguridad en la prisión, porque se considera que la violencia y la peligrosidad mostradas durante el acto criminal persisten durante la privación de libertad. Sin embargo, el citado informe matiza que eso no necesariamente ha de ser así; de hecho, las autoridades penitenciarias llaman “buenos reclusos” a algunos asesinos que cumplen largas condenas o cadena perpetua. Por ello, aconseja que las descripciones de la personalidad que implican nociones de violencia y peligrosidad siempre tengan en cuenta las situaciones específicas en las que estos rasgos del carácter pueden o no expresarse⁷⁴².

Las anteriores afirmaciones encuentran respaldo en los resultados aportados por diversas investigaciones que confirman que las personas condenadas a penas de larga duración o cadena perpetua, por lo general, no presentan problemas especiales de seguridad y de control y tienen tasas de reincidencia relativamente bajas⁷⁴³. Estas

⁷⁴¹ Rec (2003) 23, párrafo 16. Esa valoración permitirá tomar decisiones acerca de la progresión en prisión, de unas condiciones más restrictivas a otras menos restrictivas, pudiendo pasar la última fase en la comunidad (párrafo 10).

⁷⁴² CM (2003) 109-Add 3, párrafos 41 y 42.

⁷⁴³ Naciones Unidas, *Life Imprisonment*, 1994, párrafos 55-57. Este informe se remite a un estudio en el que se encuestó al total de presos condenados a cadena perpetua que fueron puestos en libertad en el Reino Unido entre 1972 y 1987 y se concluyó que la gran mayoría no había reincidido en ningún tipo de delitos en los primeros años después de su liberación. De los 1.045 prisioneros condenados a cadena perpetua que habían sido liberados, durante el período de 15 años en el que se hizo un seguimiento, 11 (el 1%) fueron posteriormente condenados por homicidio y 27 (2,6%) fueron condenados por otros delitos graves como violación, robo, robo agravado o incendio premeditado. Por tanto, la tasa de reincidencia por la comisión de delitos de carácter grave, fue del 3,6 % (resultados publicados en 1991 por NACRO “*National Association for the Care and Resettlement of Offenders*”). Se trata de una organización benéfica dedicada a reducir el crimen y la reincidencia y que trabaja con los delincuentes en los tribunales, en las cárceles y en la comunidad). El informe de la ONU asegura que las tasas de reincidencia encontradas entre los delincuentes liberados de homicidios en Canadá y Alemania son similares

personas no presentan más problemas disciplinarios que cualquier otro grupo de reclusos; por el contrario, suelen tener historiales disciplinarios mucho mejores que los condenados a períodos mucho más cortos⁷⁴⁴. Por tanto, la automática implementación de restricciones y regímenes más severos para las personas condenadas a estas penas no estará justificada y no respetará los cánones internacionales.

El Subcomité para la prevención de la tortura (SPT), por su parte, ha señalado que las personas recluidas a perpetuidad no deben considerarse ni ser tratadas automáticamente como peligrosas y que la cadena perpetua en sí misma no debe entrañar que esas personas estén sujetas a un régimen más estricto que las personas que no cumplan una condena de cadena perpetua ni que tengan que estar en régimen de aislamiento⁷⁴⁵. Además, añade que, incluso cuando una persona es considerada peligrosa⁷⁴⁶ no significa que sea aceptable restringir su libertad hasta límites que equivalgan a tortura o trato inhumano⁷⁴⁷. Las Reglas Mandela también son claras a este respecto, al recalcar el carácter excepcional del régimen de aislamiento⁷⁴⁸.

La asunción de peligrosidad por el mero hecho de ser condenado a una cadena perpetua, sin una previa evaluación individual, ha llevado a aplicar, en algunos países, unos regímenes penitenciarios más estrictos. En una visita realizada a Ucrania en 2011 este órgano observó tres cuestiones relacionadas con el régimen de internamiento de los condenados a esas penas. En primer lugar, que el régimen de las personas condenadas a cadena perpetua que se encontraban en centros de prisión preventiva era esencialmente el mismo que el de las celdas disciplinarias durante todo el período de reclusión. En segundo lugar, que el derecho a participar en actividades culturales, deportivas o educativas significativas solo se concedía después de haber cumplido 15 años de reclusión. En tercer lugar, que los regímenes de seguridad y visitas que se aplicaba a esos internos eran mucho

⁷⁴⁴ COYLE, *Prison management*, p. 138. Apunta este autor que no hay pruebas de que estos prisioneros tiendan a ser más revoltosos o constituyan una amenaza para la buena gestión simplemente por la duración de sus penas. Con frecuencia, los presos con cadena perpetua tienen más edad que el promedio de la población reclusa y muchos son delincuentes primarios que nunca han cometido actos violentos, cuya víctima es, normalmente, alguien que conocían previamente. Teniendo en cuenta que la fecha final de su liberación dependerá, al menos en parte, de su comportamiento en la cárcel, tienen interés en no causar problemas de ningún tipo.

⁷⁴⁵ El problema del confinamiento solitario también ha sido destacado por el CPT. Así, por ejemplo, recientemente en la visita realizada a Italia en 2016 (CPT, Informe de la visita a Italia en 2016, párrafos 78-80) observó que éste se imponía por decisión judicial (*isolamento diurno*) en ciertos presos condenados a cadena perpetua. El Comité afirmó que la naturaleza prolongada y punitiva de la medida podrían considerarse como un tratamiento inhumano y degradante.

⁷⁴⁶ Como sucede en muchos sistemas penitenciarios, en los que existe una categoría de delincuentes que, por distintas razones, se consideran peligrosos por constituir una amenaza para los demás presos, la institución en que se encuentran y la sociedad en general.

⁷⁴⁷ Subcomité, Reunión del grupo de expertos sobre las reglas mínimas para el tratamiento de reclusos, Buenos Aires, 2012, párrafo 15. El subcomité manifestó lo señalado con ocasión de la revisión de las Reglas Mínimas de la ONU. Ese órgano planteó algunas propuestas de revisión de las citadas reglas, entre las cuales incluyó la de no identificación automática de la peligrosidad con las condenas a cadena perpetua.

⁷⁴⁸ Reglas Mandela, regla 45. Para un conocimiento en profundidad sobre el régimen cerrado español, véase CAROU, *Régimen cerrado, passim*. Como señala esta autora las dos circunstancias que pueden dar lugar a la aplicación del primer grado son la peligrosidad extrema o la inadaptación manifiesta al régimen ordinario (arts. 10 LOGP y 102.5 RP); conceptos que la legislación penitenciaria no determina con la necesaria precisión.

más estrictos que los del resto de los reclusos y, en general, equivalían a un régimen disciplinario permanente. El personal de la prisión asumía automáticamente que todos los condenados a cadena perpetua eran extremadamente peligrosos y, en consecuencia, las medidas de seguridad eran sumamente restrictivas, incluso para los reclusos ancianos y débiles. Los condenados a cadena perpetua solo tenían derecho a una visita de cuatro horas cada tres meses. Esas visitas tenían lugar bajo una estrecha vigilancia del personal de la prisión y no se permitía ninguna intimidad⁷⁴⁹.

Ante esta situación, el SPT consideró que el régimen penitenciario a que estaban sometidas las personas condenadas a cadena perpetua constituía una forma de malos tratos, instando a Ucrania a que ponga solución a la falta de actividades destinadas a esos penados, que se les proporcione un trato equitativo en relación con las visitas y que el personal de la prisión realice evaluaciones individuales de las medidas de seguridad que deben aplicarse a los reclusos condenados a cadena perpetua⁷⁵⁰.

En una visita posterior realizada en mayo de 2016 volvió a constatar que, pese a que seguían sin efectuarse evaluaciones de riesgo individuales, estos reclusos eran considerados peligrosos y, por consiguiente, obligados a permanecer encerrados en sus celdas 23 horas al día sin que se les brindara la oportunidad de realizar actividades laborales o recreativas. El acceso a instalaciones para hacer ejercicio físico era también insuficiente. Además, estos presos denunciaron que eran esposados cuando los sacaban de la celda para hacer ejercicio o durante los reconocimientos médicos. Por todo ello, nuevamente el subcomité afirmó que este régimen general, más estricto que el aplicado a otros reclusos, equivale a someter a los condenados a cadena perpetua a medidas disciplinarias durante toda su reclusión y vuelve a recomendar que se ponga remedio a la falta de actividades y que estas personas no sean sometidas uniformemente a un castigo más severo que el dictado en su condena⁷⁵¹.

En la misma línea, el CPT también ha detectado el problema de la identificación como peligrosas de las personas condenadas a penas largas de prisión y cadena perpetua sólo por la duración de sus penas (sin una previa evaluación individual del riesgo), con la consiguiente localización en prisiones de alta seguridad o incluso la exclusión de la posibilidad de alcanzar la libertad⁷⁵². Este órgano ha señalado en sus estándares que un condenado a cadena perpetua no tiene por qué ser necesariamente más peligroso que otros

⁷⁴⁹ Subcomité, Informe de la visita a Ucrania en 2011, párrafos 107, 129 y 131.

⁷⁵⁰ Subcomité, Informe de la visita a Ucrania en 2011, párrafo 132.

⁷⁵¹ Subcomité, Informe de la visita a Ucrania en 2016, párrafos 83-86.

⁷⁵² Véase entre otros los informes de las visitas del CPT a Bulgaria en 2010, párrafos 117-119; a Armenia en 2010, párrafos 70-74; a Lituania en 2008, párrafos 51-52, a Moldavia en 2011, párrafos 10, 13 y 16 de las pp. 36-38; a Ucrania en 2012, párrafos 48 y 53-54; y a Polonia en 2009, párrafos 89-92.

condenados; al contrario, muchos están interesados en vivir en un ambiente sin conflictos⁷⁵³. Por ello, ha recomendado que ninguna categoría de presos debería ser etiquetada como persona que probablemente pase el resto de su vida natural en prisión. Así mismo, afirma que ninguna denegación de la libertad debería ser definitiva, ni si quiera el de las personas a las que se les ha revocado la libertad condicional y vuelven a prisión⁷⁵⁴.

En relación con la exclusión de la libertad, en la visita realizada a Hungría en 2007, ese comité indicó al gobierno húngaro que tenía serias dudas sobre la catalogación como “*actual lifers*” (presos de por vida) de ciertos condenados, a los cuales se consideraba que poseían una amenaza para la sociedad constante y, por ello, se les privaba de la posibilidad de libertad condicional. Así, le invitó al gobierno de ese país a introducir un sistema de revisión regular para valorar la peligrosidad de los condenados considerados “*actual lifers*”, sobre la base de una valoración del riesgo individual, para decidir si pueden cumplir el resto de la condena en la comunidad⁷⁵⁵.

Unos años más tarde, el CPT volvió a reiterar serias dudas sobre el papel que juega la peligrosidad como fundamento para la continuación de la privación de libertad de por vida. En la visita realizada a Suiza en 2012, este órgano observó que en el sistema suizo de cadena perpetua existía la “privación de libertad de por vida” para los casos en los que un delincuente sexual o delincuente violento era considerado extremadamente peligroso y, por consiguiente, intratable, permaneciendo así en prisión para toda la vida. Estas personas, una vez declaradas altamente peligrosas e intratables, se consideraban un peligro permanente para la sociedad y, por consiguiente, eran formalmente privadas de toda esperanza de conseguir la libertad condicional o una aplicación más indulgente de la ejecución. Dado que la única forma de liberar a la persona afectada es a través de avances científicos, se le priva de toda capacidad para influir en su posible liberación, por ejemplo, mediante el buen comportamiento en el curso de la condena. El CPT concluyó que es inhumano encarcelar a alguien de por vida sin ninguna esperanza real de liberación e instó encarecidamente a las autoridades suizas para que vuelvan a examinar el concepto de detención “para toda la vida”⁷⁵⁶.

⁷⁵³ CPT, 25º Informe General, 2016, párrafos 76 y 81.

⁷⁵⁴ CPT, Informe sobre *Actual/Real Life Sentences*, 2007, p. 10.

⁷⁵⁵ Véase CPT, Informe sobre la visita a Hungría en 2007, párrafo 33. En ese informe el CPT se refirió a la regla 6 de las RPE que recoge el principio de reinserción social y también a la Rec (2003)22, párrafo 4.a, sobre libertad condicional, que reconoce el derecho universal de toda persona privada de libertad, incluidas las que cumplen cadena perpetua, a beneficiarse de la libertad condicional.

⁷⁵⁶ CPT, Informe de la visita a Suiza en 2011, párrafo 118. En esta ocasión también el CPT se refirió a las Reglas Penitenciarias Europeas y a la Rec (2003) 22 sobre la libertad condicional, así como al informe explicativo de la Rec (2003) 22 (CM (2003) 109-Add 5), que afirma que ninguna persona condena a cadena perpetua debe ser privada de la esperanza de alcanzar la libertad condicional. En el 25º informe anual ha vuelto a afirmar lo mismo; véase CPT, 25º Informe General, 2016, párrafo 73.

En otra visita realizada a Italia en 2008 ese comité también advirtió que los diversos conceptos recogidos expresamente en la legislación relacionados con el “peligro para la sociedad”, tales como “peligrosidad criminal” (riesgo de reincidencia) y “peligro psiquiátrico” (vinculado a patologías mentales), se prestaban a interpretaciones muy amplias y subjetivas. Esta falta de claridad de la ley repercutía en periodos más largos de privación de libertad. El CPT concluyó que esta situación aumentaba aún más la necesidad de introducir en el proceso judicial el asesoramiento de expertos psiquiatras independientes, que no tengan vínculos con el paciente⁷⁵⁷.

En este punto es importante hacer referencia a una Recomendación dirigida específicamente al tratamiento jurídico de los delincuentes peligrosos (2014) 3⁷⁵⁸ que apunta en la línea de lo defendido por el CPT y el SPT. Ésta indica que la duración de la condena o la reincidencia general del preso no puede constituir el único criterio para considerar a una persona peligrosa y subraya que los delincuentes peligrosos constituyen un grupo muy pequeño del total de los reclusos⁷⁵⁹. Esta recomendación define la peligrosidad de forma restrictiva, exigiendo que la persona haya sido previamente condenada por un delito muy grave contra las personas, sexual o violento, y que presente en la actualidad una alta probabilidad de reincidir con otro delito idéntico (delito sexual o violento muy grave contra las personas). En consecuencia, la persona considerada peligrosa solo puede estar sujeta a lo que llama “*secure preventive detention*”, definida como la privación de libertad a cumplir durante o después de la pena de prisión, si existe un alto grado de probabilidad de reincidencia⁷⁶⁰. Como se puede observar, conforme a esta recomendación, la peligrosidad no depende de la duración de la pena, sino de una evaluación individual y de la comisión presente y la probabilidad de comisión futura de determinados delitos graves.

Esta recomendación, además, prevé una garantía procesal con el objetivo de evitar que la peligrosidad sea utilizada como coartada para una privación de libertad indefinida. Así, establece que cuando la privación de libertad se extiende más allá del periodo establecido a efectos de retribución (tarifa), es esencial que la persona presa tenga derecho a recurrir ante un tribunal, al menos, cada dos años⁷⁶¹. Por último, resulta interesante poner de relieve que, el Informe encomendado a PADFIELD, previa elaboración de esta

⁷⁵⁷ CPT, Informe de la visita a Italia en 2008, párrafo 160.

⁷⁵⁸ Rec (2014) 3, sobre delincuentes peligrosos, adoptada el 19 de febrero de 2014. Esta recomendación da orientaciones, entre otras cuestiones, sobre cómo debe ser la evaluación del riesgo, la gestión del riesgo o el tratamiento en prisión.

⁷⁵⁹ Rec (2014) 3, párrafo 5.

⁷⁶⁰ Rec (2014) 3, párrafos 1.a, 1.g y 17. Esto puede ser un referente importante a la hora de interpretar el art. 92 CP español que recoge el sistema de revisión de la PPR y que condiciona la concesión de la libertad condicional a la existencia de un informe favorable de reinserción.

⁷⁶¹ Rec (2014) 3, párrafo 19.

recomendación, concluyó que un enfoque en la peligrosidad y el riesgo puede no ser la forma más efectiva de reducir la reincidencia⁷⁶².

Para finalizar con este apartado, debe hacerse también referencia al Informe de Naciones Unidas sobre la cadena perpetua de 1994, que cuestionaba la privación de libertad basada únicamente en razones de peligrosidad, señalando que existía una evidencia clara y convincente de la incapacidad de los psiquiatras o de cualquier otra persona para predecir con precisión la peligrosidad⁷⁶³. Las actuales técnicas de predicación de la peligrosidad siguen sin ofrecer resultados más fiables⁷⁶⁴.

4. La salida de prisión

Este cuarto apartado se centra en dos de los mecanismos existentes que permiten al preso acceder a la vida en sociedad, bien de forma temporal (mediante los permisos de salida) o de forma permanente (mediante la libertad condicional). Así, este apartado se divide en dos partes. La primera se destina a los permisos de salida para destacar el papel fundamental que les atribuyen los estándares internacionales, como elemento esencial de la ejecución. La segunda parte está dedicada a la libertad condicional, también considerada un medio esencial para la consecución de la rehabilitación y cuyo reconocimiento se extiende a todas las penas privativas de libertad, incluida la cadena perpetua.

A. Permisos de salida

Varias recomendaciones del Consejo de Europa y los estándares emitidos por el CPT, así como a nivel universal, las Reglas de Tokio 1990 sobre las medidas no privativas de libertad⁷⁶⁵ defienden el uso de permisos de salida temporales, como medida que permite la salida temprana de prisión. Los beneficios que se les reconoce son notables: evitan la institucionalización y la ruptura de los lazos familiares, ayudan a la preparación de la libertad condicional y, en definitiva, facilitan la reintegración.

⁷⁶² PADFIELD, *Final Report*, párrafo 111. Este informe fue el resultado del estudio realizado a nivel europeo sobre la legislación existente y el tratamiento jurídico aplicable a las personas consideradas peligrosas.

⁷⁶³ Naciones Unidas, *Life Imprisonment*, 1994, párrafos 56-58. Ese informe hace referencia a los estudios realizados en Estados Unidos y en otros lugares y afirma que han desvelado que las personas que habían sido evaluadas como “las más peligrosas”, tuvieron una tasa de reincidencia baja en relación con los delitos violentos, especialmente el homicidio. Así mismo afirma que la evaluación de la peligrosidad de los condenados a largas penas no se encuentra exenta de presiones políticas y públicas y añade que los medios de comunicación pueden tener una tendencia a “demonizar” determinados presos, ya sea de forma colectiva o individual que se traduce en la opinión popular negativo.

⁷⁶⁴ Sobre los avances y la eficacia que presentan en la actualidad de los métodos de predicación, nos centraremos *infra*, capítulo tercero, apartado II. 4.C.2.3.

⁷⁶⁵ Reglas de Tokio, arts. 9.1 y 9.2.a

La importancia que se les otorga a los permisos de salida se aprecia en el carácter indispensable que se les atribuye, afirmando que deben constituir una parte integrante del régimen penitenciario. Ya en 1976, la Resolución (76) 2 sobre el tratamiento de los reclusos condenados a penas de prisión de larga duración afirmaba que los permisos debían otorgarse, no como forma de suavizar la situación de prisión, sino como parte integrante del programa de tratamiento⁷⁶⁶. Actualmente, las Reglas Penitenciarias Europeas reproducen esa proclamación⁷⁶⁷. La Rec (2003) 23 considera que la trascendencia del sistema de permisos se acentúa en el caso de las personas condenados a cadena perpetua o penas de prisión de larga duración, recomendando que se realice un mayor esfuerzo para la concesión de varias formas de permisos penitenciarios⁷⁶⁸. Por su parte, la Rec (2003) 22 sobre la libertad condicional, considera que los permisos de salida deben formar parte de la preparación de la libertad condicional, ya que ayudan a estrechar los lazos entre el preso y la familia, los servicios sociales y las organizaciones de voluntarios⁷⁶⁹.

Existe también, a nivel europeo, una Rec (82) 16 dedicada exclusivamente a los permisos de salida que aconseja a los Estados su concesión con la mayor extensión posible, no sólo por razones médicas, familiares o sociales, sino también por razones educativas u ocupacionales, por ejemplo, para trabajar fuera de prisión o atender clases, regresando a prisión a la noche. Al mismo tiempo respalda la utilización de esta figura penitenciaria lo antes posible y con la mayor frecuencia posible. Se especifica que no deben otorgarse únicamente a aquellos que disfrutaban del tercer grado (*open prisons*), sino también a los que se encuentran en régimen ordinario (*closed prisons*) y se aconseja no excluir a las personas sin hogar o a quienes tienen problemas familiares. Como garantía procesal, considera que debería informarse al preso de las razones de la denegación del permiso y exista para ese caso una vía mediante la cual se revise esa negativa⁷⁷⁰.

Siguiendo con esta recomendación, se enumera una serie de circunstancias a tener en cuenta a la hora de conceder los permisos, como la naturaleza y gravedad del delito, la duración de la pena, el tiempo transcurrido en prisión, la personalidad y el comportamiento de la persona presa, la peligrosidad criminal, el objetivo del permiso, su duración y las condiciones⁷⁷¹. Se trata de un conjunto de factores internos

⁷⁶⁶ Resolución (76) 2, párrafo 8.

⁷⁶⁷ Reglas Penitenciarias Europeas, regla 103.6.

⁷⁶⁸ Rec (2003) 23, párrafo 23.b.

⁷⁶⁹ Rec (2003) 22, párrafos 13 y 14.

⁷⁷⁰ Rec (82) 16, párrafos 1, 3, 4, 6, 9 y 10.

⁷⁷¹ Rec (82) 16, párrafo 2.

(relacionados con el tratamiento penitenciario) y externos (relacionados con la pena impuesta y el delito cometido). Como explican VAN ZYL y SNACKEN, el principio que rige es que las razones puramente internas sobre el régimen no deberían ser influenciadas directamente por la duración de la pena o la gravedad del delito. En la medida en que el permiso temporal es meramente un asunto interno, debe concederse en todos los casos en que sea necesario para conseguir reducir los efectos perjudiciales de la prisión y permitir a los presos que puedan llevar una vida alejada de la comisión de delitos. Retrasar la consideración de los permisos de salida por razones externas, como la duración de la pena, puede agravar los daños creados por el internamiento que el permiso de salida trata de aminorar. Además de ello, afirman que mantener en prisión a los delincuentes que han cometido graves delitos hasta el último momento de la condena, puede incrementar el riesgo para la sociedad cuando alcanzan la libertad. En el caso de las personas condenadas a largas penas, los permisos de salida son aún más urgentes para suavizar la transición de la prisión a la sociedad, lo que redundaría en interés del preso y también de la sociedad⁷⁷².

B. La libertad condicional

Este apartado dedicado a la libertad condicional se divide en cinco partes. En la primera parte, se deja patente que tanto el derecho europeo como universal reconocen y apoyan la aplicación de la libertad condicional de forma general a toda persona condenada a una pena de prisión, sin exclusión de aquellas que cumplen penas de cadena perpetua. En la segunda parte, se hace referencia a cuándo y cómo debe ser preparada la puesta en libertad condicional. En tercer lugar, se hace referencia al sistema mediante el cual se evalúa la posible concesión de la libertad condicional, señalando cuáles son los estándares que ese modelo debería ofrecer según las normas internacionales. En cuarto lugar, se explican las garantías procesales que deberían respetarse en la valoración de la concesión de la libertad condicional. El último apartado se dedica a las condiciones que pueden imponerse durante el cumplimiento de la libertad condicional y las consecuencias de su incumplimiento.

⁷⁷² VAN ZYL y SNACKEN, *European Prison Law*, pp. 322 y 323. En una línea similar, PADFIELD, "Understanding recall", pp. 2 y 44, señaló, tras un estudio realizado en Inglaterra sobre la revocación de la libertad condicional, que el riesgo de reincidencia parecía aumentar por la imposición de determinadas condiciones que debía cumplir y, especialmente, por la prolongación de la estancia en prisión que se producía tras la revocación de la libertad condicional.

B.1. La libertad condicional como derecho universal de todo condenado

Tanto los textos aprobados en el seno del Consejo de Europa como de la ONU reconocen y apoyan el derecho de toda persona a optar a la libertad condicional, incluidas las que cumplen una cadena perpetua⁷⁷³. La libertad condicional se percibe como un mecanismo que permite el regreso progresivo a la sociedad de la persona condenada a una cadena perpetua o pena de larga duración, facilitando de esta forma la reintegración social. También el CPT ha sido particularmente prominente al defender que todos los presos, incluidos los condenados a cadena perpetua, deberían tener acceso a los programas que los preparan para la libertad condicional y que deberían ser considerados para dicha liberación. Esta posición se opone claramente a la pena de cadena perpetua sin ninguna posibilidad de liberación anticipada. Este órgano ha señalado que es inhumano encarcelar a una persona sin ninguna posibilidad real de alcanzar la libertad, añadiendo que una pena de prisión que no ofrece ninguna posibilidad de liberación excluye una de las justificaciones esenciales del encarcelamiento: la posibilidad de rehabilitación⁷⁷⁴.

En el ámbito del Consejo de Europeo, tan pronto como en 1976, la Resolución (76)2 sobre el tratamiento de las personas que cumplen penas largas de prisión recomendó que estas personas fueran consideradas para una posible concesión de la libertad condicional, precisando que se apliquen los mismos principios a las personas condenadas a cadena perpetua⁷⁷⁵. En la misma línea, la más reciente Rec (2003) 22 dedicada específicamente a la libertad condicional, establece claramente que la ley debe ofrecer la posibilidad de alcanzar la libertad condicional a toda persona condenada, incluidas las personas que cumplen una cadena perpetua, elevando este derecho a la categoría de principio general. La libertad condicional debe estar disponible para todas las personas condenadas, con independencia de la pena que se está cumpliendo⁷⁷⁶. El informe explicativo de esa recomendación se manifiesta en los mismos términos, señalando que no se debe privar del derecho a la esperanza de alcanzar la libertad condicional a las personas condenadas a una cadena perpetua⁷⁷⁷. Según afirma la propia recomendación, la

⁷⁷³ Como se observará en el apartado II de este capítulo segundo, este derecho también ha sido afirmado expresamente por el TEDH en el caso *Vinter c. Reino Unido* (2013) al hacer referencia al art. 3 CEDH y a la garantía de la reductibilidad de la pena. La posibilidad de poder alcanzar la libertad condicional ha sido catalogada como derecho a la esperanza. Para mayor información, véase *infra*, apartado II.2.B.2. Como señalan VAN ZYL y PADFIELD, *Release from prison*, p. 12, existe un claro compromiso con el uso de la liberación temprana de los presos como instrumento de política penal para conseguir con ello la reintegración de la persona presa a la sociedad

⁷⁷⁴ Véase CPT, 25º Informe General, 2016, párrafo 73; y CPT, Informe de la visita a Suiza en 2011, párrafo 118.

⁷⁷⁵ Resolución (76)2 sobre el tratamiento de las personas que cumplen penas largas de prisión, párrafos 9 y 11.

⁷⁷⁶ Rec (2003) 22, párrafo 4.a.

⁷⁷⁷ El siguiente comentario al párrafo 4 que hace el informe explicativo (CM (2003) 109-Add 5), revela la idea sobre la que se asienta esta recomendación: "*Life-sentence prisoners should not be deprived of the hope to be granted release either. Firstly, no one can reasonably argue that all lifers will always remain dangerous to society. Secondly, the detention of persons who have no hope of release poses severe management problems in terms of creating incentives to co-operate and address disruptive behaviour, the delivery of personal-development programmes, the organisation of sentence-plans and security. Countries whose legislation provides for real-life sentences should therefore create*

libertad condicional sirve para reducir los efectos nocivos del encarcelamiento y conseguir la rehabilitación. De hecho, el propio preámbulo afirma que la libertad condicional es uno de los medios más efectivos y constructivos para conseguir la rehabilitación y prevenir la reincidencia⁷⁷⁸.

Por su parte, la Rec (2003) 23 sobre la cadena perpetua y las penas de larga duración, explica que la razón por la que ha de considerarse también en el caso de las personas condenadas a esas penas la posibilidad de conseguir la libertad condicional se debe al carácter intrínsecamente inestable de la peligrosidad y de las necesidades criminógenas. Ello hace necesaria la realización de evaluaciones del riesgo y de las necesidades de forma periódica para poder valorar, entre otras cuestiones, la posible concesión de la libertad condicional o el régimen abierto⁷⁷⁹.

En el ámbito de la Unión Europea⁷⁸⁰ también encontramos un instrumento jurídico que muestra una clara preocupación por evitar las cadenas perpetuas de por vida en las que no existe la posibilidad de conseguir la libertad condicional. La Decisión Marco 2002/584/JAI que regula la detención y entrega de una persona entre los estados miembros (conocida como Euro-orden)⁷⁸¹, permite que una persona que ha cometido un delito en un Estado miembro, pero que vive en otro o haya huido a otro estado, sea devuelta al primer estado para ser enjuiciado o ejecutar la condena. Sin embargo, la citada normativa prevé la posibilidad de no entregar a la persona solicitada, si el estado emisor en el que va a ser condenada no dispone de una revisión de la cadena perpetua para el delito cometido por aquella, bien previa petición o cuando hayan transcurrido al menos 20 años⁷⁸².

possibilities for reviewing this sentence after a number of years and at regular intervals, to establish whether a life-sentence prisoner can serve the remainder of the sentence in the community and under what conditions and supervision measures”.

⁷⁷⁸ Rec (2003) 22, párrafo 3 del preámbulo y párrafo 4.a del texto.

⁷⁷⁹ Rec (2003) 23, párrafo 16, en relación con el párrafo 10. En lo referente implementación de la libertad condicional de los condenados a cadena perpetua y otras penas de prisión de larga duración se remite a la Rec (2003) 22, párrafo 34.

⁷⁸⁰ La competencia para legislar sobre algunas materias de justicia penal derivan de los arts. 82 y 83 del Tratado Fundacional de la Unión Europea (TFUE) firmado en Roma en 1957 y arts. 69A y 69B del Tratado de Lisboa de 2007.

⁷⁸¹ Decisión marco 2002/584/JAI, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros. Se trata del primer instrumento jurídico de la Unión en el que se hace aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y ordenemos en materia penal (VAN ZYL y SPENCER, “The European dimensión”, p. 32). Esta Decisión marco estableció para los Estados miembros el deber de sustituir los procedimientos tradicionales de extradición por un nuevo mecanismo: un modelo de resolución judicial unificado a escala de la Unión. Como consecuencia de ello, actualmente esta materia se regula por la citada Orden Europea de Detención y Entrega y no por el Convenio Europeo de Extradición de 13 de diciembre de 1957; el Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extradición de 15 de octubre de 1975 y el Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea de 23 de octubre de 1996 (BARAS, *Espacio penitenciario europeo*, pp. 102-108).

⁷⁸² Art. 5.2 de la Decisión Marco 2002/584/JAI. Las obligaciones recogidas en esta Decisión Marco se incorporan al ordenamiento jurídico español por la Ley 3/2003, de 14 de marzo. Esta ley recoge, en su art. 11 el contenido del art 5.2 de la Decisión Marco, aunque no introduce la fecha de los 20 años establecida en aquella para la revisión. En el año 2014 esta ley fue derogada por la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales. Sin embargo, a efectos de la cadena perpetua, la regulación sigue siendo idéntica, ya que el art. 55 transcribe lo que decía el art 11 anteriormente citado y, por tanto, somete la entrega a la verificación de la existencia en el país destino de una revisión de la pena o medida de seguridad a perpetuidad.

En el seno de las Naciones Unidas, el reconocimiento del derecho a la libertad condicional de la persona que cumple una cadena perpetua llegó más tarde, en comparación con el ámbito europeo que se produjo mediante la Resolución (76) 2. Concretamente en el año 1994, el informe de las Naciones Unidas sobre la cadena perpetua afirmaba que todos los condenados a cadena perpetua que se aproximen a la liberación deben tener un programa preparatorio de la libertad condicional, el cual debe poner énfasis en la reinserción. Así mismo, resaltaba la importancia de una revisión regular para una posible concesión de la libertad condicional, advirtiendo de que la privación de libertad sólo puede estar justificada si va acompañada de un procedimiento de revisión que respete los estándares comúnmente aceptados. Expresamente indicaba que la cadena perpetua no puede permitir que se abra la puerta a las privaciones de libertad arbitrarias. En síntesis, este informe sostiene que la cadena perpetua sin posibilidad de revisión no respeta los estándares internacionales⁷⁸³.

Por último, aunque no menos importante, es necesario hacer alusión al Estatuto de la Corte Penal Internacional 1998 (Estatuto de Roma)⁷⁸⁴. Las medidas previstas en éste se aseguran de que la cadena perpetua sin libertad condicional no esté disponible como un castigo para los crímenes más graves (crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, genocidio y el crimen de agresión⁷⁸⁵), al establecer que las penas de cadena perpetua deben ser revisadas después de 25 años⁷⁸⁶. Se trata de una revisión obligatoria⁷⁸⁷. Por tanto, el Tribunal penal internacional tiene potestad para imponer una cadena perpetua, siempre y cuando ésta sea revisable. Como se puede observar, esa fecha corresponde con el estándar de *Vinter* que estableció el TEDH en 2013⁷⁸⁸.

⁷⁸³ Naciones Unidas, *Life Imprisonment*, 1994, párrafos 62, 69 y p. 18 (conclusiones). Previa a la aprobación de este informe, en el año 1955, las Reglas Mínimas de la ONU y actualmente también la versión actualizada (Reglas Mandela 2015), aunque destacaban la conveniencia de un retorno progresivo a la vida en sociedad (para lo cual preveían y prevén tres alternativas posibles, entre las que se cita la libertad condicional), no se dirigían directamente a los condenados a cadena perpetua o a una pena de prisión de larga duración (ni tampoco lo hacen las reglas Mandela). Véase la regla 87, (anterior 60.2) y los comentarios a estas reglas, p. 44, regla 60.2. Los comentarios a estas reglas, sin embargo, sí se refieren a las personas con largas penas de prisión, pero no a los condenados a cadena perpetua, indicando que el retorno progresivo es particularmente importante para los reclusos que cumplen dichas penas, quienes probablemente encuentren la reintegración difícil. Se añade que no deberían ser puestos en libertad sin una preparación adecuada y, una vez en la sociedad, deberían recibir apoyo y supervisión. Por su parte, el equivalente europeo de esas Reglas, las Reglas Penitenciarias Europeas, como ya se ha adelantado previamente, cuando las reglas 107 y 2 se refirieron en concreto a los internos condenados a penas de larga duración (aunque no a los condenados a cadena perpetua) disponen que se adoptarán medidas para asegurar un regreso progresivo a la vida en un medio libre, mediante un programa de preparación, aunque no especifica si se utilizará la libertad condicional u otras vías.

⁷⁸⁴ Adoptado en Roma, el 17 de julio de 1998 y entró en vigor el 1 de julio del 2002.

⁷⁸⁵ Arts. 5 a 8 bis del Estatuto. Además, como se indicó en el Capítulo primero, apartado I. 3.B.2.6, la cadena perpetua no es obligatoria frente a esos delitos. El juez goza de discrecionalidad (art. 77), a diferencia de lo que sucede con la prisión permanente revisable española, donde su aplicación es preceptiva.

⁷⁸⁶ Art. 110.3 3. En el caso de una pena determinada la revisión se produce cuando el recluso haya cumplido las dos terceras partes de la pena, es decir, tras cumplir 20 años de prisión. El examen no se llevará a cabo antes de cumplidos esos plazos.

⁷⁸⁷ SCHABAS, *Rome Statute*, p. 1105.

⁷⁸⁸ El caso TEDH, *Vinter c. Reino Unido*, será objeto de estudio en profundidad *infra*, apartado II.2.B.

B.2. Sistema de revisión: La fecha y los criterios de revisión

La Rec (2003) 22 constituye el principal instrumento legal que regula la concesión de la libertad condicional. Se trata de una recomendación de gran importancia, ya que prevé valiosas garantías y criterios que deberían respetarse en el procedimiento de revisión de la pena de prisión. Recordemos que esta recomendación expresamente afirma que la libertad condicional debe estar disponible para todos los prisioneros incluidos los que cumplen penas de cadena perpetua y de larga duración⁷⁸⁹, por lo que su contenido es aplicable a todas las personas condenadas y las garantías que se recogen en ella pueden servir de referente para el procedimiento de revisión de la PPR.

Según dispone la Rec (2003) 22 el preso debe conocer desde el momento en que empieza a cumplir la pena, qué debe hacer para conseguir la libertad condicional y cuándo se revisará su condena⁷⁹⁰. Debe conocer cuál es el sistema de evaluación aplicable: si podrá acceder a la libertad condicional siguiendo un sistema discrecional (tras el cumplimiento de un periodo de tiempo o una parte de la pena y unos requisitos), o un sistema obligatorio (en base sólo a un periodo de tiempo o parte de la pena)⁷⁹¹. Esta recomendación matiza que el tiempo que debe transcurrir para alcanzar la libertad condicional además de estar prevista en la ley, no debe ser tan prolongada que impida alcanzar los objetivos que se persiguen con la misma⁷⁹². En el caso del sistema discrecional, aparte de lo anterior, es necesario que los criterios a cumplir sean explícitos y realistas⁷⁹³.

En cuanto a la fecha de revisión, se resalta la importancia de que la decisión de conceder o no la libertad condicional se tome en la fecha señalada por la ley. Por esa razón, las autoridades competentes deberían iniciar el procedimiento necesario para tomar dicha decisión y hacer que la liberación sea posible tan pronto como se haya cumplido la fecha establecida⁷⁹⁴. En este sentido, conviene señalar que el principio de *ultima ratio*

⁷⁸⁹ Rec (2003) 22, párrafo 4.a.

⁷⁹⁰ El informe de las Naciones Unidas sobre la cadena perpetua de 1994, p.1, ya había puesto de manifiesto que esos presos son, a menudo, susceptibles de ser sometidos a procedimientos de evaluación arbitrarios y que generalmente no saben cuándo serán liberados, cómo serán liberados o, de hecho, si serán liberados.

⁷⁹¹ Rec 2003 (22), párrafo 5. Como se explicará al estudiar la jurisprudencia del TEDH, *infra* apartado II.2.B.2.1, ese tribunal estableció en el caso *Vinter c. Reino Unido*, párrafo 122, que la persona que está cumpliendo una pena indeterminada o cadena perpetua debe conocer desde el principio qué debe hacer para que su caso pueda ser valorado para la libertad condicional y cuándo tendrá lugar tal revisión o cuándo puede ser reclamada dicha revisión.

⁷⁹² Rec (2003) 22, párrafos 6, 16 y 22. En el caso de sistema de libertad condicional obligatorio se matiza, párrafos 22-24, que sólo se debería posponer la concesión de la libertad condicional en circunstancias excepcionales contempladas en la ley y que dicha decisión de aplazamiento debe fijar una nueva fecha para la libertad condicional.

⁷⁹³ Rec (2003) 22, párrafo 18. Esta recomendación, en el párrafo 7, muestra su preferencia hacia el uso del sistema obligatorio con el objetivo de ahorrar recursos, cuando se trata de presos en los que una evaluación individual (necesaria en el caso del sistema discrecional), apenas influiría en la decisión final. Como explica el informe explicativo, CM (2003) 109-Add 5, este sistema sería adecuado para los condenados a cortas penas, párrafo 7.

⁷⁹⁴ De ello se deduce que el preso no debería tener que iniciar el procedimiento, sino la autoridad competente, la administración penitenciaria o un órgano exterior; con frecuencia, la autoridad que toma la decisión. Véase Rec (2003) 22, párrafo 17 y el informe explicativo de esta recomendación al párrafo 17; CM (2003) 109-Add 5.

(reconocido también por los textos universales sobre prisión⁷⁹⁵), se refiere no solo a la imposición de la pena de prisión, sino también a la libertad condicional, lo que significa que la persona privada de libertad debería ser puesta en libertad lo antes posible en el que esté justificado hacerlo⁷⁹⁶.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional 1998, es más concreta al indicar una fecha determinada de 25 años para decidir sobre una posible reducción de la pena⁷⁹⁷. Además, añade que, si en dicho examen inicial se considera que no procede la reducción de la pena, se volverá a realizar otra revisión a intervalos de 3 años (pudiendo los jueces fijar un plazo menor en la revisión inicial). Adicionalmente, se permite al recluso solicitar la revisión antes de la fecha fijada por el Tribunal Internacional cuando se produce “un cambio significativo en las circunstancias”⁷⁹⁸. La Rec (2014) 3 sobre delinquentes peligrosos también recomienda la realización de revisiones periódicas, como máximo, a cada dos años, una vez se haya superado el plazo fijado a efectos de retribución.

En una línea similar, la Resolución (76)2 sobre el tratamiento de las personas que cumplen penas largas de prisión ofrece una fecha específica señalando que, en el caso de las personas condenadas a cadena perpetua, la revisión inicial se debería producir, como muy tarde, entre los 8 y los 14 años de prisión y posteriormente de forma periódica⁷⁹⁹. Por su parte, el informe de la ONU sobre la cadena perpetua (1994) considera que debería establecerse una fecha concreta para la revisión lo antes posible⁸⁰⁰.

En relación a esta cuestión del plazo, debe hacerse también referencia a la Decisión Marco 2008/909/JAI aprobada en el seno de la UE que permite ejecutar una condena de prisión en un estado diferente a aquel en el que se haya dictado esa sentencia. Esta normativa puede tener un impacto en la ejecución de la libertad condicional en el sentido de que se plantea la cuestión de qué ley debe aplicarse para determinar cuál es la fecha en la que se puede alcanzar la libertad condicional. Según dispone esa Decisión Marco, la ejecución de una condena se regirá por la legislación del Estado de ejecución, incluidos los motivos de concesión de libertad condicional. Sin embargo, es posible que,

⁷⁹⁵ El uso de la prisión como último recurso constituye un elemento de la política penitenciaria europea (véase VAN ZYL y SNACKEN, *European prison law*, p. 86). De igual modo, en el ámbito de la ONU existen diferentes textos legales que defienden un uso reducido de la pena de prisión. A nivel europeo, los siguientes textos abogan por un uso reducido de la prisión: Rec (2017) 3 sobre las sanciones y medidas comunitarias; Rec (92) 17 sobre uniformidad en la determinación de la pena, abogan por un uso reducido de la prisión; Rec (99)22 relativa a la superpoblación de las prisiones; Rec (2003) 22 sobre la libertad condicional; Rec (2003) 23 sobre cadena perpetua y penas de larga duración; Rec (2006) 13 sobre el uso de la prisión preventiva; y las Reglas Penitenciarias Europeas. En cuanto al ámbito universal, este apoyo se refleja en dos textos: las Reglas Mínimas de ONU sobre medidas no privativas de libertad_1990 (Reglas de Tokio) y los Principios Básicos sobre la aplicación de programas de Justicia Restaurativa en materia penal 2002.

⁷⁹⁶ PADIFELD, VAN ZYL y DÜNKEL, *Release*, p. 38.

⁷⁹⁷ Esta fecha corresponde con el estándar de *Vinter* establecido por el TEDH que estudiaremos en mayor detalle *infra* apartado II. El Estatuto de Roma fue el que inspiró ese estándar.

⁷⁹⁸ Art. 110.5 del Estatuto de Roma y regla 224.3 de las RPP.

⁷⁹⁹ Resolución (76) 2, párrafo 12.

⁸⁰⁰ Naciones Unidas, *Life Imprisonment*, 1994, párrafo 62.

en lo referente a la fecha de libertad condicional, se tome en consideración el derecho del estado que ha impuesto la condena⁸⁰¹. Además, en caso de que el estado que emitió la sentencia quiera asegurarse de que la persona condenada no sale de prisión antes de lo que habría salido de no ser por el traslado, puede pedir al estado de ejecución que le informe sobre las disposiciones existentes al respecto en su estado y si no está de acuerdo retirar la orden de traslado⁸⁰². Llamativamente esta norma no trata el problema opuesto, es decir, el caso en que la persona condenada, como consecuencia del traslado, acabe cumpliendo más tiempo en prisión⁸⁰³.

En cuanto a los criterios a cumplir para poder alcanzar la libertad condicional (cuando rige el sistema discrecional), al igual que la fecha de revisión, deben estar fijados en la ley y además ser claros y realistas, es decir, factibles en la realidad⁸⁰⁴.

La razón de la inclusión en la ley de los criterios a cumplir se debe al hecho de que la falta de certeza podría conducir a una menor confianza en el sistema y a una menor motivación por parte de los reclusos a participar activamente en la preparación para la liberación condicional. Lo mismo sucedería si se considerara que los criterios no son realistas, es decir, si son imposibles de cumplir debido a las circunstancias personales y sociales del preso (como la edad, la situación familiar, la salud, las cualificaciones profesionales, etc.) o debido a la indisponibilidad de los programas de rehabilitación⁸⁰⁵.

Así, la Rec (2003) 22 entiende que son realistas los criterios que toman en consideración la personalidad del preso, las circunstancias sociales, económicas y también la disponibilidad de los programas de rehabilitación⁸⁰⁶. Esta última referencia es de gran interés, porque se reconoce que el alcance de la libertad condicional, en la práctica, no sólo depende del preso, sino de la oferta de tratamiento existente. Resulta también de gran interés una matización que realiza el informe explicativo de esta recomendación, al indicar que debe evitarse la utilización de criterios relacionados con el

⁸⁰¹ Decisión Marco 2008/909/JAI, art. 17. 1 y 17. 4.

⁸⁰² Decisión Marco 2008/909/JAI, art. 14.3.

⁸⁰³ Ley 23/2014 que transpone la mencionada Decisión Marco, señala, en el art. art. 86.2, que si la autoridad de emisión (el estado de la UE que ha dictado la sentencia y emite la orden a España para que sea ejecutada aquí) informa de la fecha en virtud de la cual el condenado tendría derecho a disfrutar de la libertad condicional con arreglo a su ordenamiento jurídico, el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria podrá tenerla en cuenta.

⁸⁰⁴ Rec (2003) 22, párrafo 18. Como se explicará *infra* apartado II, también el TEDH ha declarado, en la sentencia *Vinter c. Reino Unido*, que el preso tiene derecho a conocer desde el inicio las condiciones a cumplir para alcanzar la libertad condicional y, por consiguiente, la revisión debe basarse en criterios preestablecidos (el principio de legalidad y el principio de las razones penológicas, a las que se hará referencia al estudiar la jurisprudencia de este tribunal).

⁸⁰⁵ Informe explicativo de la Rec (2003) 22: CM (2003)109-Add 5, párrafo 18.

⁸⁰⁶ Rec (2003) 22, párrafo 18. Así mismo, en el siguiente párrafo 19 introduce un matiz, al especificar que la falta de posibilidades de trabajar o de alojamiento no debería constituir una razón para rechazar o posponer la libertad condicional. En el primer caso, deberán buscarse otras formas de ocupación (como un curso de formación; según indica el comentario a estas reglas párrafo 18) y, en el segundo, deberá buscarse un alojamiento temporal. La necesidad de que los criterios de revisión sean explícitos y realistas también ha sido puesto de manifiesto por el TEDH al referirse a la reductibilidad de *iure* y *de facto* que se deriva del art. 3 CEDH. Sobre la doctrina de este tribunal sobre esta materia nos referiremos en mayor detalle *infra* apartado II.

tipo de delito cometido o con la peligrosidad del delincuente cuando comenzó a cumplir la pena. Considera que tales criterios ya se utilizan para decidir sobre la duración de la pena, la clasificación penitenciaria y el plan de ejecución y, por consiguiente, la decisión sobre la concesión de la libertad condicional debe basarse en criterios relacionados con la situación actual y las perspectivas del recluso⁸⁰⁷. En una línea similar, la Resolución (76)2 hace una afirmación destacable, al señalar que la prevención general por sí sola no debería justificar la denegación de la libertad condicional.

El Estatuto de Roma también detalla los criterios o factores que se deben tener en cuenta para determinar si se reduce la pena. Estos factores incluyen la voluntad de cooperar con el tribunal en la investigación y enjuiciamiento; la facilitación por parte del condenado de la ejecución de las decisiones y órdenes del tribunal en otros casos (en particular en la localización de bienes sobre los que recaigan las multas, el decomiso o la reparación) y otros factores que demuestran un cambio importante en las circunstancias del caso como para reducir la pena. En cuanto a estos últimos, se dan los siguientes ejemplos: la conducta del condenado durante su privación de libertad que revele una auténtica disociación de su crimen; las posibilidades de reinsertar al preso en la sociedad; si la liberación anticipada del condenado crearía una gran inestabilidad social o impacto que pueda causar sobre las víctimas una liberación anticipada; cualquier medida de importancia que haya tomado el condenado en beneficio de las víctimas; y las circunstancias individuales del condenado, incluido el deterioro de su estado de salud física o mental o su edad avanzada⁸⁰⁸. Como se aprecia, no se recoge la gravedad de delito como factor a la hora de tomar la decisión sobre la reducción de la pena, aunque sí se tiene en cuenta la conmoción que pudiera causar a las víctimas.

Es importante resaltar, siguiendo a LANDA, que los criterios que prevé el Estatuto de Roma no son cumulativos, lo que introduce un alto grado de flexibilidad⁸⁰⁹. Como explica ese autor, no solo el pronóstico de peligrosidad criminal es capaz de reducir la pena perpetua, también otros factores producen un impacto en la reducción de la pena: los comportamientos prosociales o de impacto en la comunidad (especialmente los que benefician a las víctimas), los criterios humanitarios o las de índole preventivo-general y retributivo (“inestabilidad”). Además, se recoge una cláusula final de total apertura. Concluye LANDA que los criterios no operen como “presupuestos obstáculo” (la

⁸⁰⁷ Informe explicativo, CM (2003)109-Add 5, párrafo 18. Como se podrá comprobar al estudiar el sistema de revisión previsto por el legislador español, el CP español prevé un conjunto de criterios a valorar, entre los que destacan los relacionados con el pasado del preso (art. 90 sobre libertad condicional ordinaria y art. 92 sobre la libertad condicional de los condenados a PPR).

⁸⁰⁸ Art. 110.4 del Estatuto y art. 223 de las RPP.

⁸⁰⁹ LANDA, “Fines de la pena”, p. 109. El art. 110.4 del Estatuto de Roma habla de que concurran “uno o más” de las circunstancias apuntadas.

ausencia de una de ellas no bloquea la reducción de la pena), sino que, al contrario, se multiplican las opciones de revisión al permitir valorar de forma positiva la presencia de alguna de ellas. No cabe que consideraciones puramente retributivas o de índole preventivo-general vayan a bloquear *ex legem* una revisión positiva, aunque, dichos elementos podrían, de concurrir, facilitar la reducción⁸¹⁰.

B.3. Garantías procesales

Además de las garantías que acabamos de mencionar relacionadas con la fecha y los criterios de revisión, varios textos aprobados en el seno del Consejo de Europa, la UE y la ONU prevén algunas garantías procesales que deberían guiar el procedimiento de revisión de la pena. Entre ellas destaca nuevamente la Rec (2003) 22 sobre la libertad condicional, que dedica un apartado en exclusiva a las garantías procesales.

En primer lugar, existe un apoyo a favor del derecho del preso a ser oído y participar en la valoración sobre la posible concesión de la libertad condicional. La Rec (2003) 22 recoge el derecho del interno a ser oído en persona y a ser asistida conforme a la ley. Así mismo, señala que la autoridad que toma la decisión debe examinar detenidamente cualquier elemento, incluidas las declaraciones presentadas por los condenados en apoyo de su caso⁸¹¹. En la misma línea, el estatuto de la Corte Penal Internacional considera imprescindible escuchar a la persona presa, señalando que solo tras oírle se podrá decidir sobre la reducción de la pena⁸¹². Así, se celebrará una audiencia compuesta por tres magistrados⁸¹³, con presencia de la persona condenada, que podrá comparecer asistido por su abogado. El informe de las Naciones Unidas sobre la cadena perpetua de 1994, también recoge el derecho del condenado a participar en la revisión⁸¹⁴. Como se puede observar, los estándares internacionales colocan en el centro del procedimiento de revisión a la persona presa, para que ésta pueda manifestar lo que considere a su favor. Por último, la Rec (2010) 1, sobre *probation*⁸¹⁵ señala que el preso tendrá la posibilidad

⁸¹⁰ LANDA, “Fines de la pena”, pp. 110. En una comparación con el sistema de revisión previsto por el legislador español para la PPR, señala LANDA en la p. 111 que los criterios se articulan de forma inflexible y acumulativa, lo que convierte la regulación española en una “malla de fuerza” que puede bloquear *de facto* la efectividad del mecanismo. Nos centraremos en mayor profundidad en el modelo español, *infra* capítulo tercero, apartado II,

⁸¹¹ Rec (2003) 22, párrafo 32.a y b.

⁸¹² Estatuto de Roma, art. 110.2 del estatuto.

⁸¹³ Regla 224.1 de las RPP. Los tres jueces invitarán también a participar o a presentar observaciones por escrito al Fiscal, al Estado de ejecución de la pena y, en la medida de lo posible, a las víctimas o sus representantes legales (reglas 223 y 224 RPP). Como se observa, es competencia del Tribunal Penal ordenar la libertad condicional y, por consiguiente, el Estado en donde se ejecuta la pena no tiene ningún papel en este proceso. SHABAS, *Rome Statute*, p. 1105.

⁸¹⁴ Naciones Unidas, *Life Imprisonment*, 1994, párrafo 62, también cita otros principios básicos que debería respetar la valoración sobre la posible concesión de la libertad condicional, entre ellas, el derecho a recurrir la denegación de la libertad condicional y la presentación por escrito de los informes de las autoridades penitenciarias (ya que, según explica, las declaraciones orales pueden abrir la puerta a la manipulación personal).

⁸¹⁵ Rec (2010) 1, relativa a las reglas sobre la probation, adoptada por el Consejo de Europa, el 20 de enero 2010. La probation se define, dentro de la parte I de la Recomendación, como la ejecución en medio abierto de penas y medidas

de participar de forma activa en la valoración que se realiza tanto antes de decidir si se aplica una pena o medida comunitaria (entre las que se incluye la libertad condicional)⁸¹⁶ como durante la ejecución de la misma. Esto implica que sus opiniones y deseos personales sean debidamente tenidos en cuenta⁸¹⁷.

En segundo lugar, la Rec (2003) 22 también prevé expresamente el derecho de la persona preso a acceder a su expediente para poder conocer la información existente sobre él⁸¹⁸. Esta es una garantía esencial que permite al preso articular una defensa adecuada.

En tercer lugar, otra de las garantías que prevé la citada recomendación es la relativa a la carga de la prueba sobre el cumplimiento de los requisitos, afirmando que ésta debería corresponder a las autoridades y no al preso. Por tanto, son las autoridades las que deben demostrar que el preso no ha cumplido los criterios que se exigen para ser puesto en libertad⁸¹⁹. Esta afirmación es de suma importancia, particularmente en el caso de las penas indeterminadas, donde se parte de una presunción de peligrosidad, situando al reo en una posición muy difícil al tener que desmontar esa construcción artificial.

En cuarto lugar, la misma Rec (2003) 22 indica que la competencia para otorgar o rechazar la libertad condicional debe ostentarla una autoridad o institución ordenada por ley y claramente imparcial e independiente. Tal autoridad a menudo se denomina cuerpo “cuasi-judicial”⁸²⁰.

En quinto y último lugar, en caso de denegar la libertad condicional, de acuerdo con esa recomendación, se deberá fijar una nueva fecha de revisión; matizando que, con independencia de la fecha fijada, el preso debe tener la posibilidad de solicitar a la autoridad decisoria una nueva valoración tan pronto como su situación haya cambiado a su favor de manera sustancial⁸²¹. En la misma línea, como ya hemos apuntado en el apartado anterior, también recomiendan establecer otro plazo de revisión para el caso de que se haya denegado la libertad condicional, el Estatuto de Roma (de 3 años, como máximo,

impuestas al autor de un delito; y las penas y medidas comunitarias son aquellas que mantienen al autor del delito en la comunidad con algunas restricciones a su libertad mediante la imposición de condiciones y/o obligaciones. El término designa cualquier pena dictada por una autoridad judicial o administrativa, así como las medidas adoptadas antes de imponer la pena o en lugar de ella, y las modalidades de ejecución de una pena de prisión fuera de un establecimiento penitenciario (la libertad condicional, por ejemplo).

⁸¹⁶ Según la Rec (2003) 22, párrafo 2, la libertad condicional es una medida comunitaria. Por ello, esta recomendación, en el párrafo 2, señala que debe tenerse en cuenta la Rec (92) 16 que recoge las reglas europeas sobre las medidas y sanciones en la comunidad. Posteriormente se aprobó la Rec (2010) 1 sobre la probation, por lo que también está sería aplicable y, de hecho, esta recomendación también señala que tiene que leerse conjuntamente con la Rec (92) 16. Actualmente la Rec (2017) 3 sustituye a la Rec (92) 16.

⁸¹⁷ Rec (2010) 1, párrafos 67 y 70.

⁸¹⁸ Rec (2003) 22, párrafo 32.c.

⁸¹⁹ Rec (2003) 22, párrafo 20.

⁸²⁰ Véase Rec (2003) 22, párrafos 32 y 33; y también el informe explicativo CM (2003)109-Add 3, que, aunque se refiere a la Rec (2003) 23, en su párrafo 50 hace referencia a esta otra Rec (2003) 22. La cuestión de a quién corresponde tomar las decisiones sobre la libertad condicional, si al ejecutivo o a los tribunales, ha sido una cuestión sobre la que el TEDH y también el CPT (en su Informe *Actual/real life sentences*, p. 4), han tenido ocasión de pronunciarse. Volveremos a retomar esta cuestión *infra* apartado II al estudiar la jurisprudencia del TEDH.

⁸²¹ Rec (2003) 22, párrafo 21

con posibilidad de que el juez fije un plazo inferior) y la Rec (2014) 3 sobre delincuentes peligrosos (de 2 años como máximo)⁸²².

Además de lo anterior, según la Rec (2003) 22 y la Rec (2014) 3 en caso de no estar conforme con la decisión sobre la concesión o la revocación de la libertad condicional, o no respetarse las garantías procesales, la persona presa tendrá derecho a recurrir a una instancia superior e independiente⁸²³. En relación con esto, se exige que la decisión alcanzada indique las razones subyacentes y sea notificada por escrito para que pueda interponer un recurso si así lo desea⁸²⁴.

Como se puede apreciar, el procedimiento de revisión de la pena de prisión está rodeado de una serie de garantías procesales que fortalecen el derecho de defensa de la persona privada de libertad. El preso adquiere un protagonismo importante en la revisión, al considerar necesario escucharle antes de tomar una decisión y permitiendo que acceda a su expediente y recurra la decisión en caso de no estar conforme. De esta forma, los citados textos, reconocen que se trata de una valoración que afecta directamente al preso y por ello no puede quedar apartado del mismo⁸²⁵.

B.4. Preparación para la libertad condicional

Una adecuada preparación de la libertad condicional es de suma importancia para conseguir un resultado exitoso en el procedimiento de revisión.

Según la Rec (2003) 23, la puesta en libertad de las personas condenadas a cadena perpetua y penas de prisión de larga duración debe ser preparada con suficiente antelación a la fecha de libertad⁸²⁶. El informe explicativo de la Rec (2003) 22 es más concreta al señalar que debe comenzarse, preferiblemente, tan pronto como sea posible tras el comienzo de la condena⁸²⁷.

⁸²² Las Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto de Roma, art. 224.3; y Rec (2014) 3, párrafo 19.

⁸²³ Rec (2003) 22, párrafo 33; y Rec (2014) 3, párrafo 19. Sin embargo, en el Estatuto de Roma no se contempla ninguna disposición sobre la posibilidad de recurrir dicha decisión (Véase SCHABAS, *Rome Statute*, p. 1106. Así mismo, si se decide conceder la libertad condicional no parece posible imponer unas condiciones de cumplimiento ni tampoco revocar la libertad condicional una vez ha sido otorgada (Véase SCHABAS, *Rome Statute*, p. 1105).

⁸²⁴ Rec (2003) 22, párrafo 32. d y el informe explicativo CM (2003)109-Add 5, párrafo 32.

⁸²⁵ Es importante señalar que la Rec (2003) 22, párrafo 36, advierte de que las garantías que se recogen en ese texto no deben ser interpretadas en el sentido de limitar o derogar los derechos que puedan garantizarse sobre esta cuestión en el CEDH. El art. 5.4 del CEDH es el que garantiza el control de legalidad de la privación de libertad y exige el cumplimiento de una serie de garantías procesales en la revisión que se efectúa para comprobar ese extremo. Para mayor información véase *infra* apartado II.4.D de este capítulo.

⁸²⁶ Rec (2003) 23, párrafo 33 y el informe explicativo CM (2003)109-Add 3, párrafo 122.

⁸²⁷ Informe explicativo CM (2003)109-Add 5, párrafo 12. Como hemos apuntado previamente, esta recomendación señala que la libertad condicional debe aplicarse a todas las personas que cumplen una pena de prisión, incluidos los que cumplen cadena perpetua (párrafo 4.a), por tanto, lo establecido respecto a la preparación de la libertad condicional (así como sobre otras cuestiones a las que nos referiremos más tarde), es aplicable a todas las modalidades de penas de prisión. El párrafo 12 de la Recomendación es menos concreta que el informe explicativo, indicando simplemente que la preparación de la libertad condicional concluirá antes de que finalice el plazo mínimo (en alusión a la cadena perpetua) o concreto fijado por la ley.

En lo referente al contenido material, diversos textos del Consejo de Europa y de la ONU destacan la importancia de la acción conjunta entre las autoridades penitenciarias y los organismos externos a la prisión, entre los que se incluye los servicios sociales y asociaciones de voluntarios que puedan ayudarle a adaptarse a la vida en la comunidad tras su puesta en libertad condicional; el personal que le supervisará una vez se encuentre en la comunidad; así como también la familia y amigos, todo ello con el fin de alcanzar su reinserción social y laboral. Deben fomentarse unas relaciones fluidas sociedad-prisión, porque el aislamiento social como consecuencia de la prisión no puede ser aliviado únicamente con programas de tratamiento dentro de las instituciones penitenciarias⁸²⁸.

Así mismo, según la citada Rec (2003) 22 y su informe explicativo, la preparación debe llevarse a cabo haciendo un mayor uso de las posibilidades para aumentar gradualmente la libertad de movimiento, situando a los presos en semilibertad o en cárceles abiertas, o permitiéndoles participar en programas o tratamiento extramuros y destaca que el uso de estas modalidades es particularmente importante para los presos que cumplen largas condenas. Se aboga también por el uso de los permisos de salida como medio de preparación de la libertad condicional, porque ayudan a mantener el contacto con la familia y también con los servicios sociales y organizaciones de voluntarios. Este informe también afirma que es responsabilidad de la administración penitenciaria asegurar que los presos reciben los medios necesarios para preparar su regreso exitoso a la comunidad. Esto incluye la disponibilidad de programas adecuados de tratamiento psicosocial para abordar el comportamiento delictivo, así como las necesidades criminógenas, como la adicción a las drogas o el alcohol y la agresividad. Además, matiza que al ser poco probable que todas las prisiones ofrezcan una gama completa de programas y cursos adaptados a todos los perfiles individuales, a veces puede ser necesario reasignar a un prisionero a una institución que proporcione los programas de tratamiento más apropiados⁸²⁹.

Por su parte, el informe explicativo de la Rec (2003) 23 sobre la cadena perpetua y las penas de larga duración, recalca que un objetivo principal de la planificación de la condena debe ser organizar el tiempo para que sea ocupado con un propósito. De lo contrario, puede reforzarse la apatía, los ideales criminales y el comportamiento delictivo. Con ese fin, añade, debe proporcionarse una serie de actividades apropiadas que sean interesante y desafiante, porque las tareas poco exigentes y rutinarias pueden aumentar la

⁸²⁸ Rec (2003) 22, párrafos 12-15; Rec (2003) 23, párrafo 33; Rec (2010) 1, párrafo 59; Reglas Penitenciarias Europeas, regla 7; Reglas Mandela, regla 88 (anterior regla 61); y Naciones Unidas, *Life Imprisonment*, 1994, párrafo 43.

⁸²⁹ Rec (2003) 22, párrafos 13 y 14 y el Informe explicativo, CM (2003) 109-Add 5, párrafo 13.

sensación de que el paso del tiempo es insípido. La organización de actividades físicas suficientemente intensas no es menos importante para evitar que la vida en prisión se convierta rápidamente en una vida sedentaria⁸³⁰. En la misma línea, las Reglas Penitenciarias Europeas consideran que el contenido del plan de ejecución debe incluir un trabajo, una enseñanza, otras actividades y la preparación para la libertad condicional⁸³¹.

Para finalizar, es importante volver a recordar que la preparación de la libertad condicional de las personas condenadas a cadena perpetua y a largas penas ha de tener en cuenta lo apuntado previamente (*supra* 3.B) sobre la necesidad de implantar planes adicionales que compensen la larga estancia en prisión y la incertidumbre sobre la puesta en libertad, con un mayor apoyo psicológico y una amplia oferta de actividades.

B.5 Condiciones a cumplir durante la libertad condicional y su incumplimiento

Una vez ha sido concedida la libertad condicional, según la Rec (2003) 22, se podrán imponer una serie de condiciones para reducir el riesgo de reincidencia como, por ejemplo, la prohibición de residir en determinados lugares, obligación de participar en programas de desarrollo personal, iniciar un tratamiento de deshabitación o de otro tipo, o seguir alguna actividad profesional⁸³².

Es importante señalar que expertos como VAN ZYL, SONJA o PADIFELD han puesto de manifiesto que las condiciones muy rígidas pueden ser contraproducentes, al ser más probable su incumplimiento, con el consiguiente reingreso en prisión⁸³³. Por ello, según la citada recomendación, en principio, la liberación condicional también debe ir acompañada de una supervisión consistente en medidas de ayuda y control y debe asegurarse de que el preso haya entendido las condiciones impuestas y las posibles consecuencias del incumplimiento⁸³⁴. En la misma línea, las Reglas Mandela de la ONU indican que la vigilancia no deberá ser confiada a la policía, sino que comprenderá una asistencia social eficaz⁸³⁵. Igualmente, la Rec (2010) 1, sobre la probation indica que la supervisión no debe ser vista como una tarea puramente de control, sino también como un medio de orientación, ayuda y motivación de los infractores y determina que deben tenerse en cuenta las necesidades específicas de los delincuentes, relacionadas con el

⁸³⁰ Informe explicativo CM (2003)109-Add 3, párrafo 50.

⁸³¹ Reglas Penitenciarias Europeas, regla 103.4.

⁸³² Rec (2003) 22, párrafo 8.

⁸³³ VAN ZYL y SNACKEN, *European prison law*, p. 326; y PADFIELD, "Understanding recall", pp. 3 y 44.

⁸³⁴ Rec (2003) 22, párrafos 9 y 26. Véase también la Rec (2017) 3, sobre sanciones y medidas comunitarias regla 62.

⁸³⁵ Reglas Mandela, regla 87 (anterior regla 60.2).

empleo, la vivienda, la educación y garantizar el cumplimiento de las condiciones de liberación a fin de reducir los riesgos de reincidencia y de causar daños graves para una exitosa reintegración en la sociedad⁸³⁶.

Según la Rec (2003) 22, la naturaleza, la duración y la intensidad de la supervisión deben adaptarse a cada caso individual y debe ser posible la modificación de estas condiciones durante todo el período de libertad condicional. En lo que concierne a la duración de las condiciones, se especifica que no deberá ser desproporcionada con respecto a la parte de la pena de prisión que queda por cumplir y, por consiguiente, sólo deberán aplicarse condiciones con duración indeterminada cuando sea absolutamente necesario para la protección de la sociedad⁸³⁷.

En cuanto al incumplimiento de las condiciones, la misma recomendación aconseja que la inobservancia de las limitaciones impuestas de naturaleza menor (*minor failure*) lleve como respuesta el asesoramiento o la advertencia. Igualmente, cuando se trate de un fallo significativo, aunque considera que deberá valorarse la posible revocación, recomienda considerar previamente si un nuevo asesoramiento, una nueva advertencia, la imposición de condiciones más estrictas o una revocación temporal constituirían una sanción suficiente⁸³⁸. Como se puede apreciar, se hace una apuesta por la no revocación, recomendando ésta sólo cuando se estima que ninguna otra opción es adecuada. Esa recomendación hace una remisión⁸³⁹ a la Rec (92) 16 sobre las Reglas Europeas relativas a las sanciones y medidas comunitarias, la cual concreta que cuando se esté considerando una revocación se atienda a la manera y el grado en que las condiciones y obligaciones establecidas han sido cumplidas⁸⁴⁰. Parece que hay una inclinación a favor de centrarse más en los aspectos positivos que en el hecho negativo que supone el incumplimiento.

Por último, debe hacerse alusión a la Rec (2017) 3, relativa a las Reglas europeas sobre sanciones y medidas aplicadas en la comunidad (entre las que se incluye la libertad condicional⁸⁴¹), que prevé un procedimiento de reclamación ante una decisión tomada por

⁸³⁶ Rec (2010) 1, párrafos 54, 55 y 61.

⁸³⁷ Rec (2003) 22, párrafos 9-11. También señala en el párrafo 25 que para poder adoptar la decisión de qué condiciones aplicar y si la supervisión es necesaria, el órgano que toma la decisión debe a su disposición los informes y las declaraciones del personal de prisiones que están familiarizados con el preso y sus circunstancias personales. Los profesionales que se encargan de la supervisión post-penitenciaria y otros que tengan conocimiento de las circunstancias sociales también facilitarán información a dicho órgano.

⁸³⁸ Rec (2003) 22, párrafo 30.

⁸³⁹ Rec (2003) 22, párrafo 31.

⁸⁴⁰ Rec (92) 16, regla 85. Actualmente existe una versión nueva, recientemente aprobada: la Rec (2017) 3, de 22 de marzo de 2017. Véase la actual regla 70.

⁸⁴¹ La Rec (2017) 3 enumera, en el párrafo 2, las sanciones y medidas aplicables, entre las que incluye la libertad condicional. También la Rec (2003) 22, párrafo 2, señala que la libertad condicional es una medida comunitaria, por ello se remite para su complementación a las reglas sobre sanciones y medidas comunitarias, cuya versión actual es la de 2017 (esta última versión sustituye a las anterior Rec (92) 16, relativa a las Reglas europeas sobre las sanciones y

el servicio que supervisa al preso en la comunidad, indicando que debe considerarse cuidadosamente la oportunidad de escuchar al demandante en persona, sobre todo, cuando ha expresado ese deseo⁸⁴². Nuevamente observamos que el derecho de la persona a ser oída recibe una especial atención.

5. Conclusiones

Los diferentes textos normativos existentes sobre los derechos de las personas presas y la interpretación de los mismos realizada por los órganos de protección y monitoreo ha contribuido al desarrollo de unos estándares internacionales que reconocen el derecho de todos los prisioneros, incluyendo los que cumplen penas de cadena perpetua, la posibilidad alcanzar la libertad condicional y volver a la sociedad. Aunque no existen disposiciones universales para prohibir la cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional a los delincuentes adultos⁸⁴³, los diferentes textos legales estudiados proclaman la revisión y la libertad condicional para todas las personas condenadas, sin excluir a ningún grupo por el tipo de pena que cumplen. Aunque la retribución sigue siendo un fin de la prisión, el énfasis se centra en el fin de la rehabilitación, especialmente, hacia el periodo final del cumplimiento de la pena de prisión.

El principio de rehabilitación se encuentra estrechamente vinculado a la libertad condicional: si no existe un horizonte de libertad, mediante la posibilidad de regresar a la comunidad, la reintegración sólo será algo meramente formal. El objetivo de las penas de prisión de larga duración y la cadena perpetua debe ser el regreso progresivo a la sociedad. En este sentido, la libertad condicional adquiere un importante protagonismo en los diferentes textos internacionales mencionados, debiéndose orientar la ejecución de la pena de prisión, en todo momento, hacia la consecución de la liberación del recluso.

Ese protagonismo que se le otorga a la libertad condicional no queda en una mera declaración, sino que se materializa en el reconocimiento de diferentes garantías sustantivas y procesales. Así, recibe una especial atención el sistema de revisión de la pena de prisión, estableciendo tanto los plazos como los criterios que deberían guiar la evaluación de las penas de prisión y también las garantías procesales que esa revisión debería respetar.

medidas aplicadas en la comunidad y Rec (2000) 22, relativa a la mejora de la ejecución de las Reglas europeas sobre las sanciones y medidas aplicadas en la comunidad).

⁸⁴² Rec (2017) 3, reglas 93-95.

⁸⁴³ En el ámbito de los menores, sin embargo, sí existe una norma internacional, la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño de 1989, que prohíbe la cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional cuando se trate de delitos cometidos por personas menores de 18 (art. 37). La convención ha sido aceptada por todos los estados, salvo Somalia y Estados Unidos.

En relación con la fecha de revisión se recalca la importancia de que ésta se prevea en la ley, señalando varios textos una fecha concreta de 25 años, en el caso del Estatuto de Roma o, incluso inferior, de entre 8 y 14 años, en el caso de la Resolución (76)2 sobre el tratamiento de las personas que cumplen penas largas de prisión.

Los criterios que deberían tenerse en cuenta a la hora de valorar si procede o no la libertad condicional, también se concretan en los textos internacionales. Se rechazan expresamente los relacionados con el tipo de pena o a la peligrosidad existente al comienzo de la ejecución, así como también las razones exclusivamente de prevención general. Los criterios rectores deben ser la situación actual y las perspectivas del recluso. Es destacable también el acento que se pone en el carácter factible de los criterios, porque ello evita que la revisión se convierta en algo puramente formal, sin posibilidad real de alcanzar la libertad, en definitiva, en un fraude de ley.

Igualmente, se prescriben una serie de garantías procesales, entre las que destaca el derecho del preso a participar activamente en esa revisión, que incluye la posibilidad de manifestar oralmente lo que considere oportuno. Además, el canon internacional señala expresamente que la carga de la prueba debería corresponder a las autoridades encargadas de realizar la revisión y no al preso. Por tanto, los estándares internacionales ofrecen a la persona privada de libertad unos medios adecuados de defensa frente a la posible prolongación de la pena de prisión.

Cabe subrayar también la atención que recibe la preparación de la libertad. Un protagonismo que está más que justificado, teniendo en cuenta que una adecuada gestión del tiempo transcurrido en prisión es fundamental para obtener un resultado favorable tras la revisión. Los programas de rehabilitación y su disponibilidad se convierten en fundamentales en el caso de las personas que cumplen penas indeterminadas, porque sin ellos difícilmente podrán conseguir la libertad. Así mismo, conscientes del plus de gravedad que suponen estas penas, se recomienda aplicar unos planes adicionales y mayor apoyo psicosocial y tratamental para compensar la extensa duración de las penas y la incertidumbre acerca de la fecha definitiva de la libertad. Los permisos de salida también deben formar parte de la preparación de la libertad condicional, porque ayudan a estrechar los lazos con la familia y la comunidad y ello favorece la rehabilitación. Por esa razón, se defiende su uso lo antes posible y con la mayor frecuencia y se recalca que deben constituir una parte integrante del régimen penitenciario y no un mero complemento que permite suavizar el cumplimiento de la pena.

En la misma línea, se rechaza de forma contundente, a efectos de ejecución, la equiparación de la cadena perpetua con una suerte de presunción *iuris et de iure* de

peligrosidad. Esta asunción y la consiguiente aplicación de medidas más rígidas durante el régimen penitenciario o la segregación de estos reclusos ha sido criticada por el CPT europeo y por el SPT de la ONU. Se afirma que las personas condenadas a esas penas no son necesariamente más peligrosas y que, además, esa peligrosidad no es una condición estable, lo que obliga a efectuar un estudio individualizado y a la realización de revisiones periódicas. En estos términos se pronuncia también la Rec (2014) 3 que trata especialmente sobre los delincuentes peligrosos, limitando la aplicación de la “privación de libertad preventiva” a quien haya cometido un delito grave y se espera que vuelva a cometer otro de igual gravedad y además exista una alta probabilidad de que ello suceda. De esta forma, queda patente que la peligrosidad no debe asociarse a la duración o tipo de pena impuesta. Lo apuntado por el CPT y el SPT, así como la definición que ofrece la citada Recomendación sobre la peligrosidad que permite denegar la libertad condicional, puede ser, sin duda un referente importante a la hora de interpretar el art. 92 CP español que prevé un sistema de revisión de la PPR condicionado a la existencia de un informe favorable de reinserción.

Con todo lo anterior, se puede afirmar que los estándares internacionales además de remarcar la necesidad de una especial intervención y atención durante la ejecución de las penas largas de prisión y cadena perpetua, a su vez, apoyan el establecimiento de un sistema de revisión dotado de un conjunto de garantías concretas. Todo ello, con la finalidad de hacer real la consecución de la vuelta a la sociedad de las personas condenadas a esas penas.

II. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

1. Introducción

En Europa, los órganos internacionales de vigilancia y protección más importantes para los reclusos son el CPT (que se ha estudiado *supra* apartado I) y el TEDH, ambas instituciones dimanantes del Consejo de Europa. Mientras que el Tribunal actúa como un mecanismo reactivo que se activa tras la presentación de una demanda alegando la vulneración del CEDH, el CPT, sin embargo, es un mecanismo preventivo⁸⁴⁴. En este apartado nos centraremos en la jurisprudencia que ha desarrollado el Tribunal de Estrasburgo, en relación con las penas de prisión indeterminadas y de larga duración para conocer qué límites y garantías establece respecto a esas penas, porque, como último órgano que controla el respeto de los derechos humanos, sus decisiones son irrecurribles y deben ser acatadas por los Estados miembros⁸⁴⁵.

Por esa razón, se han estudiado aquellas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que analizan el cumplimiento de los artículos del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) que guardan relación con las penas de prisión indeterminadas y de larga duración, es decir, el art. 3 sobre prohibición de las penas inhumanas y degradantes; el art. 5.1.a) sobre la privación de libertad en ejecución de una sentencia, el art. 5.4 sobre el control de legalidad de la privación de libertad y; el art. 7 sobre el principio de legalidad y prohibición de la irretroactividad de las penas desfavorables. Por ello, cada apartado del trabajo abarca el estudio de uno de esos preceptos en el que se explica qué exige el Tribunal para que una privación de libertad sea conforme a los mismos.

2. Artículo 3 CEDH: Prohibición de penas inhumanas o degradantes

A. Consideraciones generales

El art. 3 del Convenio protege la integridad física y mental de las personas como parte inherente a la dignidad del ser humano⁸⁴⁶. Para ello, establece una prohibición absoluta e inderogable, ya que rige en todo momento, incluso en las más difíciles

⁸⁴⁴ DRENKHAHN, “European Committee”, pp. 45 y 48.

⁸⁴⁵ Recordemos que un Estado contratante que incumpla el CEDH tiene el deber, según la ley internacional, de acatar la sentencia definitiva del TEDH (art. 46 del CEDH) y de conceder una justa indemnización a la víctima (art. 41 del CEDH). Además, de acuerdo con el artículo 8 del Estatuto del Consejo de Europa, el Comité de Ministros podría expulsar al Estado que viole seriamente su obligación de aceptar los principios del Estado de derecho y los derechos humanos. LETSAS, *European Convention*, p. 82.

⁸⁴⁶ La redacción del texto es la siguiente: “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

circunstancias, sea en tiempos de guerra, sea en cualquier otra situación de emergencia pública, como resulta del art. 15.2 del Convenio.

Tradicionalmente, en la mayoría de los casos, este artículo ha sido invocado para alegar tratos físicos o morales inhumanos o degradantes como consecuencia de las condiciones materiales de detención o modalidades de ejecución (privaciones, aislamientos, acosos, cacheos, asistencia médica, alimentación, higiene...) ⁸⁴⁷, pero no por el mero hecho de aplicar un tipo de pena concreta. Sin embargo, aunque menos, también existen algunos casos en los que se ha cuestionado la compatibilidad con el art. 3 de algunas penas de prisión ⁸⁴⁸. De hecho, el propio art. 3 habla de "...penas inhumanas o degradantes" y no sólo de los tratos físicos o mentales. Este trabajo se centrará concretamente en este segundo elemento de la prohibición del art. 3, con el objetivo de conocer qué garantías han de cumplir las penas de prisión indeterminadas y de larga duración para que sean compatibles con el CEDH.

Como se verá a lo largo de este apartado, según jurisprudencia reiterada de este Tribunal, la aplicación de las penas de cadena perpetua no está, por sí sola, prohibida y el art. 3 tampoco impone un límite temporal máximo, a partir del cual la pena se consideraría inhumana o degradante. Sin embargo, existen dos vías o mecanismos a través de los cuales el Tribunal garantiza que una pena de prisión, bien indeterminada o determinada, no sea una pena inhumana o degradante. La primera vía consiste en el control de las penas "muy desproporcionadas" (*grossly disproportionate*) y, la segunda, de las penas irreductibles, es decir, aquellas que no permiten al preso alcanzar la libertad.

Este apartado, dedicado al art. 3, centrará la atención en estas dos vías de control de las penas de prisión y, sobre todo, en el segundo mecanismo, la prohibición de la irreductibilidad de las penas de prisión. Finalmente, expondré las conclusiones extraídas del estudio de la jurisprudencia de este Tribunal en lo relativo a la prohibición de penas inhumanas o degradantes.

⁸⁴⁷ Los malos tratos deben alcanzar un nivel mínimo de gravedad para que puedan incluirse dentro del art. 3. La valoración de este mínimo es relativa; depende de las circunstancias del caso, como la duración del trato, sus efectos físicos o mentales y, en algunos casos, el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima. Véase entre otros, TEDH, *Irlanda c. Reino Unido*, párrafo 162. Se trata de una demanda interestatal, cuya interposición también es posible por disposición del art. 33 CEDH; aunque la casi totalidad de las demandas presentadas lo son por particulares (conforme al art. 34).

⁸⁴⁸ A modo de ejemplo, TEDH, *V c. Reino Unido*; TEDH, *Curley c. Reino Unido*; TEDH, *Nivette c. Francia* y TEDH, *Einhorn c. Francia*. Lo destacable de estas sentencias es que, aunque el Tribunal entendió que no se había vulnerado el art. 3, apuntó que la privación de libertad sin ninguna perspectiva de liberación podía vulnerar ese precepto (Véase *Einhorn* párrafo 27: "*the Court does not rule out the possibility that the imposition of an irreducible life sentence may raise an issue under Article 3 of the Convention*"). Tanto en el caso *Nivette*, como en el caso *Einhorn*, el objeto a debate también fue la compatibilidad de las penas impuestas con el art. 3, aunque ambas demandas fueron inadmitidas. Los demandantes alegaban que su extradición (en el primer caso a California y en el Segundo a Pensilvania), violaría el art. 3, porque serían condenados a la cadena perpetua sin posibilidad de revisión. El Tribunal entendió que esas afirmaciones no eran ciertas, en el primer caso, simplemente por el hecho de que el Fiscal había manifestado que no se le aplicaría la pena mencionada y, en el segundo, porque el Gobernador podía conmutar la pena y, por tanto, podría salir en libertad condicional.

B. Características de las penas de prisión que vulneran el art. 3 CEDH

Como se ha adelantado, existen dos características de las penas de prisión que atentan contra el art. 3, la desproporcionalidad y la irreductibilidad. Dentro de este apartado explicaremos, en primer lugar, cuándo considera el Tribunal que una pena es muy desproporcionada y, en segundo lugar, nos centremos, de forma más extensa, en la prohibición de la irreductibilidad de las penas de prisión, detallando cuáles son los principios o garantías que han de respetar las penas de prisión indeterminadas para que puedan ser consideradas compatibles con el Convenio.

Las garantías y principios relativos a las cadenas perpetuas y las conclusiones que pueden extraerse de ellas, se exponen en detalle en el caso *Vinter c. Reino Unido* (2013)⁸⁴⁹ y han sido recientemente resumidos en *Murray c. Países Bajos* (2016)⁸⁵⁰ y *Hutchinson c. Reino Unido* (2017)⁸⁵¹. Por ello, a lo largo de los siguientes apartados, nos referiremos a éstas y también a otras sentencias que ha dictado el Tribunal, a través de las cuales se han ido configurando una serie de garantías o estándares internacionales ante posibles vulneraciones del art. 3.

B.1. La pena muy desproporcionada (*grossly disproportionate*)

Aunque no cabe duda alguna de que el tipo de pena a imponer o la duración de la misma es una cuestión que queda dentro del margen de discreción de los tribunales nacionales, la Gran Cámara ha afirmado que una pena muy desproporcionada (*grossly disproportionate sentence*), cuya severidad no guarda relación con el delito, violaría el art. 3; sin embargo, añade que esto sólo sucederá en ocasiones raras y únicas⁸⁵².

El Tribunal de Estrasburgo ha afirmado que una cadena perpetua por un robo de poco valor podría constituir una pena desproporcionada, lo que equivaldría a una pena inhumana. Por tanto, el principio de proporcionalidad podría conllevar la declaración de infracción del art. 3 cuando, por ejemplo, se impone una cadena perpetua a una persona de 17 años por robar 35 peniques. Sin embargo, es posible que incluso en circunstancias como las descritas, el Tribunal considere que la aplicación de una pena como la cadena perpetua está justificada. Es lo que ocurrió en el caso *Weeks c. Reino Unido* (1987)⁸⁵³, en el que el Tribunal expresó que podrían haberse planteado dudas sobre la compatibilidad con el art. 3, de no ser por las circunstancias especiales del caso, principalmente, la

⁸⁴⁹ TEDH, *Vinter c. Reino Unido*, párrafos 103-122 y 110.

⁸⁵⁰ TEDH, *Murray c. Países Bajos*, párrafos 99 y 100.

⁸⁵¹ TEDH (Gran Cámara), *Hutchinson c. Reino Unido*, párrafos 42-45.

⁸⁵² Así lo afirmó el TEDH en *Vinter c. Reino Unido*, párrafo 102. En ese caso los recurrentes no argumentaron que sus cadenas perpetuas sin posibilidad de libertad condicional (*whole life sentences*) eran muy desproporcionadas, por lo que el Tribunal tomó la decisión en base a la irreductibilidad de esas penas. Analizaremos esta sentencia más adelante.

⁸⁵³ Analizaremos en profundidad este caso al hablar del art. 5.1 y, más tarde, también al hablar del art. 5.4

especial peligrosidad que presentaba el condenado⁸⁵⁴. Por tanto, aunque la cadena perpetua ha de guardar una relación de proporcionalidad con la gravedad del delito cometido, las razones de índole preventiva, en ocasiones, han llevado al Tribunal a considerar que la aplicación de la cadena perpetua es conforme al Convenio en casos no especialmente graves⁸⁵⁵.

Como se ha podido comprobar, el Tribunal no establece límites temporales objetivos para la tipificación interna de penas privativas de libertad. En lo relativo a la duración, la atención se desplaza al momento de su aplicación y es ahí, donde a la vista de las circunstancias del caso, pueden jugar un papel protector principios como el de la proporcionalidad⁸⁵⁶. Sin embargo, también hemos observado que las razones de peligrosidad futura pueden llevar a considerar que la cadena perpetua impuesta no es desproporcionada, aunque el delito cometido no sea muy grave.

Para finalizar, debe señalarse que el art. 3 puede ser invocado de forma individual o conjuntamente con el art. 5 (que prohíbe la privación de libertad, salvo en los casos previstos por la ley⁸⁵⁷), para descartar una sentencia desproporcionada⁸⁵⁸. El principio de proporcionalidad también podría dar lugar a la declaración de vulneración del art. 5.1 si la privación de libertad en una pena indeterminada se prolonga de forma excesiva y sin justificación más allá del cumplimiento del periodo punitivo (o tarifa). En ese caso, la “relación de causalidad” (*causal connection*) que debe existir entre la sentencia original y la prolongación de la privación de libertad que exige el art. 5.1 habría dejado de existir y, por consiguiente, se produciría la infracción de esa disposición. La diferencia entre ambos artículos se encuentra en que, mientras la vulneración del art. 3 se produciría desde el momento en que se impone la pena irreducible, para la declaración de vulneración del art. 5 será necesario que la “relación de causalidad” haya dejado de existir, lo que puede suceder una vez se haya cumplido con el plazo punitivo establecido. Dos ejemplos en los que el art. 3 y el 5 pueden ser invocados conjuntamente lo constituyen los citados casos

⁸⁵⁴ TEDH, *Weeks c. Reino Unido*, párrafo 47: “*Having regard to Mr. Weeks’ age at the time and to the particular facts of the offence he committed, if it had not been for the specific reasons advanced for the sentence imposed, one could have serious doubts as to its compatibility with Article 3 of the Convention, which prohibits, inter alia, inhuman punishment*”.

⁸⁵⁵ En el Reino Unido la línea mantenida por el TEDH ha sido seguida en el caso de la cadena perpetua automática por el segundo delito, argumentando que la apreciación de la peligrosidad puede justificar la aplicación de una cadena perpetua y que, al contrario, la no existencia de esa circunstancia podría suponer la constatación de que esa pena es desproporcionada. El Tribunal de Apelación en el caso *EWCA, Offen* (2000), al que nos hemos referido en el capítulo primero, apartado II, basándose en el CEDH, consideró que la aplicación automática de una cadena perpetua por el segundo delito podría infringir el Convenio Europeo, ya que el segundo delito cometido que daba lugar a esa pena podía no ser lo suficientemente grave como para justificar una pena de esa severidad. Por el contrario, la constatación de la peligrosidad podía actuar como elemento que permitía aplicar la cadena perpetua automática. Sin embargo, esta línea argumental ha sido rechazada por los tribunales ingleses en el caso de otras penas indeterminadas. Para mayor información, véase *supra* capítulo primero, apartado II.4.B.2.2.3.

⁸⁵⁶ SANTAMARÍA y BOLAÑO, “Artículo 3”, pp. 62-63, párrafo 15.

⁸⁵⁷ Precepto que estudiaremos en profundidad, *infra* apartado 3.

⁸⁵⁸ ASHWORTH, *Sentencing*, 2015, p. 72.

Weeks y el caso *Offen*. En el primero, el Tribunal de Estrasburgo puso de manifiesto que una cadena perpetua por un delito de poca gravedad podría ser desproporcionada y arbitraria, aunque no llegó a tal conclusión por las circunstancias particulares del caso (especial peligrosidad del condenado). En el segundo caso, el Tribunal de Apelación del Reino Unido entendió que la aplicación de una cadena perpetua automática podría vulnerar los arts. 3 y el 5 (por ser desproporcionada y arbitraria), si dicha pena era aplicada en casos en los que el segundo delito cometido no era suficientemente grave y no se apreciaba peligrosidad criminal.

Como se observa, la peligrosidad criminal puede llegar a justificar la imposición de la cadena perpetua, a pesar de que esa pena no sea proporcional a la gravedad del delito cometido. Ello significa que, a la inversa, de no existir riesgo de reincidencia, el Tribunal podría considerar que estamos ante una pena arbitraria y desproporcionada.

B.2 La pena irreductible. Cinco principios que garantizan la reductibilidad de la pena

Diferente de la “desproporcionalidad excesiva” es la irreductibilidad de la pena, pero también ésta supone la vulneración del art. 3. Para que la pena sea compatible con el art. 3 del Convenio, el Tribunal exige que sea reductible de *iure* y de *facto*, lo que significa que debe existir una perspectiva o esperanza de liberación y la posibilidad de revisar la condena⁸⁵⁹. En otras palabras, debe existir la posibilidad legal y real de alcanzar la libertad condicional y, por ello, el Tribunal exige que la pena sea revisada en aras a tomar una decisión sobre la concesión o no de la libertad. Partiendo de este principio básico del derecho a la esperanza (tal y como ha sido catalogado⁸⁶⁰), el tribunal ha desarrollado cinco garantías o estándares que deben existir para que cualquier privación de libertad se ajuste al art. 3. Los estados miembros deberán tener en cuenta esos estándares, a la hora de legislar sobre las penas de prisión, en especial, sobre las penas cuya duración es indeterminada.

Mediante estas garantías se ha ido concretado el contenido exacto de lo que implica la reductibilidad de la pena. En diversas sentencias, el Tribunal ha analizado si se

⁸⁵⁹ El tribunal emplea los siguientes términos: *Prospect of release for the prisoner and a possibility of review*. Véase entre otros, TEDH, *Kafkaris c. Chipre*, párrafos 97 y 98 y TEDH, *Vinter c. Reino Unido*, párrafos 107, 110, 127.

⁸⁶⁰ Entre otros, LANDA, “Prisión perpetua”, pp. 1-42; y VANNIER, “A Right to Hope?”, pp. 189-214. Esta última autora en la p. 1 señala que: ‘*In France reference to “hope” was first used by a group of inmates sentenced to life imprisonment and held in Clairveaux prison, one of the high-security facilities in France. In their 2006 letter entitled “We the Walled Up Alive”, they called for the “effective reintroduction of the death penalty” in France*’. Así mismo, VANNIER afirma que en Francia se observan trazos de la actual comprensión del derecho a la esperanza en los debates parlamentarios sobre la abolición de la pena de muerte.

ha producido una vulneración del art. 3, desde la perspectiva de si la pena impuesta es reductible o no. El referente principal en esta materia, lo constituye la sentencia *Vinter*, ya que asienta los principios o garantías que han de cumplir las penas indeterminadas para que sean compatibles con el art. 3. A continuación, se detallan esos cinco principios.

B.2.1. El principio de legalidad o calidad de la ley. Derecho a conocer desde el inicio las condiciones a cumplir para alcanzar la libertad condicional.

El primer principio que deben respetar las penas indeterminadas es el principio de legalidad⁸⁶¹. El Tribunal exige que las reglas sobre la posibilidad de revisión y de obtener la libertad sean lo suficientemente claras y que las condiciones que la persona presa deba cumplir para alcanzar esa meta estén previstas en la ley (las cuales tienen que reflejar lo establecido por la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, lo que nos lleva al siguiente principio, el de las razones penológicas que se explicaré en el siguiente apartado). Según se estableció en el caso *Vinter*, la persona que está cumpliendo una pena indeterminada o cadena perpetua debe conocer desde el principio qué debe hacer para que su caso pueda ser valorado para la libertad condicional y cuándo tendrá lugar tal revisión o cuándo puede ser reclamada dicha revisión⁸⁶². Por esa razón, el TEDH apuntó que en caso de que el derecho interno de un Estado no prevea ningún mecanismo o posibilidad para la revisión del cumplimiento de una pena de prisión (a lo que llama pena irreductible *de iure*) la violación del art. 3 se produciría desde el mismo momento de la imposición de esa pena⁸⁶³.

En relación con esta última cuestión, sobre si la vulneración del art. 3 se produce desde el momento en que se impone una cadena perpetua sin posibilidad de libertad

⁸⁶¹ El principio de legalidad o calidad de la ley (tal y como se refiere el TEDH), es uno de los requisitos necesarios que exige el Convenio para que la privación de libertad no sea arbitraria. Se trata de un requisito inherente en todos los preceptos del CEDH. Nos centraremos en mayor profundidad en este requisito en el apartado dedicado al estudio del art. 5.

⁸⁶² “A whole life prisoner is entitled to know, at the outset of his sentence, what he must do to be considered for release and under what conditions, including when a review of his sentence will take place or may be sought”. TEDH, *Vinter* c. *Reino Unido*, párrafo 122.

⁸⁶³ TEDH, *Vinter* c. *Reino Unido*, párrafo 122. En esa sentencia se hace referencia a dos sentencias emitidas por el Tribunal de Apelación y la Cámara de los Lores (EWCA, *Bieber*, 2009 y otra sentencia anterior, UKHL, *Wellington*, 2008), para justificar la compatibilidad de la pena *whole life sentence* con el art. 3. Entre otras cuestiones, se afirmó, en esas sentencias, que la violación del art. 3 no se producía en el mismo momento de imponer una pena de esa modalidad. En el primer caso, en *Bieber*, párrafo 49, el Tribunal de Apelación afirmó que cualquier alegación de violación del art. 3 se debe hacer no en el momento de la imposición de la pena, sino una vez transcurrido un tiempo. Literalmente se dice que “la declaración de violación del art. 3 debe valorarse no en el momento de imposición de la pena, sino cuando el condenado alega, teniendo en cuenta todas las circunstancias materiales –incluidas el tiempo que ha cumplido en prisión y los progresos realizados en la cárcel– que toda prolongación de la privación de libertad constituiría un trato degradante o inhumano”. En la misma línea, en el segundo caso, en *Wellington*, la Cámara de los Lores, en concreto el Juez Brown, señaló que ese Tribunal no consideraría ni siquiera una pena irreductible como una violación del art. 3, a menos que hubiese transcurrido un tiempo en el que ya no se pudiese justificar la prolongación de la privación de libertad en base a ninguna razón –sean de índole retributiva, de disuasión o protección de la sociedad.

condicional o si ha de transcurrir un plazo para poder declarar tal vulneración, se observa un cambio en la jurisprudencia del este Tribunal. En el caso *Iorgov c. Bulgaria* (2010), el Tribunal entendió que, aunque desde que el preso había empezado a cumplir su condena (en 1989), hasta el momento en que el preso interpuso el recurso ante este tribunal (en 2002), ningún condenado a una pena de cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional había sido puesto en libertad por concesión del perdón presidencial o la conmutación de la pena⁸⁶⁴, no podía concluirse que se había violado el art. 3, porque había transcurrido poco tiempo desde que se le había conmutado su condena a pena de muerte por la cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional (en 1999⁸⁶⁵), es decir, sólo habían pasado tres años. Así mismo, tomando como referencia el tiempo transcurrido desde 1999 hasta que el caso fue admitido a trámite y estudiado por el Tribunal de Estrasburgo en 2009 (periodo en el cual tampoco se concedió ningún indulto⁸⁶⁶), sólo habían transcurrido 13 años y, según la legislación búlgara, incluso los condenados a penas de cadena perpetua que sí tenían posibilidad de libertad condicional, ésta no se podía alcanzar hasta haber cumplido 20 años. Por todo lo anterior, el Tribunal consideró que no podía concluirse que se había vulnerado el art. 3. En opinión del TEDH, el hecho de que hasta el momento ninguna persona condenada a la cadena perpetua sin libertad condicional, hubiese recibido el indulto o la conmutación de la pena por parte del presidente, no significaba que la pena era irreducible *de facto*, ya que, dado el poco tiempo que había transcurrido, era poco probable que ninguno pudiera recibir el perdón del presidente.

Sin embargo, en un caso posterior, *Harakchiev c. Bulgaria* (2014), similar al anterior, en el que también el Tribunal tuvo que decidir si una cadena perpetua sin tarifa era contraria al art. 3, concluyó en sentido favorable al condenado. El Tribunal señaló que, a la luz de la sentencia *Vinter*, emitida años más tarde que la de *Iorgov*, ya no podía sostenerse la línea argumental mantenida en esa última. El razonamiento adoptado en *Iorgov* se basaba en que la falta de una posibilidad real de obtener la libertad, sólo era susceptible de infringir el art. 3 cuando se llegaba a un punto en que el preso ya ha cumplido un período suficientemente largo y había progresado de forma positiva y suficiente como para persuadir a la autoridad competente para que conmutara su

⁸⁶⁴ Las personas que recibían una cadena perpetua de esa modalidad (*life sentence without commutation*), no tenían derecho a optar a la libertad condicional (reservada solo para las personas que cumplían una pena determinada), ni tampoco a que su condena fuese conmutada por una pena determinada; sin embargo, el presidente podía otorgar el indulto o conmutar la pena. Véase TEDH, *Iorgov c. Bulgaria*, párrafos 31-35.

⁸⁶⁵ Lo que se produjo como consecuencia de la abolición de la pena de muerte en 1998.

⁸⁶⁶ Los datos aportados, tanto por el Director General de prisiones, como por la oficina del Vice-presidente, avalan esta situación. Véase, TEDH, *Iorgov c. Bulgaria*, párrafo 36.

condena⁸⁶⁷. Sin embargo, esa línea de razonamiento fue explícitamente rechazada por la Gran Cámara en *Vinter*⁸⁶⁸. Como consecuencia de ese pronunciamiento, el Tribunal en el caso *Harakchiev* consideró que lo que debía verificar era si el derecho Búlgaro preveía la posibilidad de una revisión en el momento en que la condena a cadena perpetua del recurrente se convirtió firme, es decir, en 2004 y a partir de entonces⁸⁶⁹.

De esta forma, señaló que aunque, a partir de 2006 estaba claro que esa condena era *de iure* reductible (ya que el poder del presidente para otorgar el indulto se había ampliado también a esas penas), no estaba claro si antes de esa modificación, es decir cuando el preso fue condenado, en 2004, podía afirmarse lo mismo, porque a pesar de no excluirse expresamente esa posibilidad, la ley sólo contemplaba el indulto para los condenados a pena de muerte⁸⁷⁰. Además, tampoco existía una interpretación de autoridad (*authoritative interpretation*) de esa ley, ni existían ejemplos en los que se hubiera ejercido ese poder en relación a esas penas, por lo que no podía afirmarse que una persona condena a una *whole life sentence* podía recibir el indulto del presidente. Ante estas circunstancias, el Tribunal determinó que no estaba claro que en el momento en que se impuso la condena al recurrente, se podía considerar que fuera *de iure* reductible, ni tampoco *de facto*. Por todo ello, concluyó que *Harakchiev* no pudo conocer en el momento de imponerse la pena, ni durante su ejecución, si existía un mecanismo que le permitía ser considerado para la libertad, declarando así que se había vulnerado el art. 3⁸⁷¹. Como se observa en esta sentencia, al contrario que en *Iorgov*, el Tribunal centra su atención en el momento en el que la condena del recurrente fue firme, para analizar si en ese momento el condenado podía conocer qué condiciones debía cumplir para optar a la libertad condicional y, por consiguiente, la pena podía considerarse reductible *de iure*⁸⁷².

Como hemos adelantado previamente, en el caso *Vinter* quedó patente que la imposibilidad de conocer *ab initio* del cumplimiento de la pena de prisión qué condiciones se deben cumplir para optar a la libertad supone que esa pena es *per se* contraria al art. 3, sin necesidad de que transcurra un tiempo, por ser la pena irreductible *de iure*⁸⁷³. El

⁸⁶⁷ TEDH, *Harakchiev c. Bulgaria*, párrafos 253 y 254.

⁸⁶⁸ TEDH, *Vinter c. Reino Unido*, párrafo 122.

⁸⁶⁹ TEDH, *Harakchiev c. Bulgaria*, párrafos 253 y 254.

⁸⁷⁰ Art. 74 del Código Penal Búlgaro (Véase TEDH, *Harakchiev c. Bulgaria*, párrafos 73 y 74).

⁸⁷¹ TEDH, *Harakchiev c. Bulgaria*, párrafos 255, 256 y 262.

⁸⁷² Sin embargo, sorprende observar que en un caso decidido unos pocos días más tarde que *Harakchiev*, en *Cacko c. Eslovaquia*, el Tribunal, aun reconociendo que en el momento de recibir la pena el condenado (en 2008), en Eslovaquia la libertad condicional estaba excluida para las personas que cumplían una cadena perpetua, concluyó que no se había infringido el art. 3 por dos motivos. El primero, porque tan solo dos años más tarde, en el 2010, se introdujo un mecanismo de revisión para esas penas y, el segunda, porque durante una parte sustancial de ese periodo, el condenado interpuso varios recursos ante los tribunales nacionales. Esta segunda razón utilizada es la que quizá permita comprender la decisión de no violación alcanzada por el Tribunal, ya que la sentencia impuesta aún no era firme y, por tanto, el recurrente tuvo la posibilidad de conseguir una rebaja de su pena. Véase TEDH, *Cacko c. Eslovaquia*, párrafos 79 y 80.

⁸⁷³ TEDH, *Vinter c. Reino Unido*, párrafo 122.

Tribunal entendió que las personas condenadas a una cadena perpetua sin tarifa (*whole life sentence*)⁸⁷⁴ no podían conocer qué debían hacer para alcanzar la libertad condicional, debido a una falta de calidad de la ley⁸⁷⁵ relativa a la posibilidad de liberación de los condenados a esas penas. Así, concluyó que tales penas vulneraban los derechos humanos. A continuación, nos centraremos en las particularidades de ese caso para entender por qué se llegó a esa conclusión.

La Gran Cámara consideró que no se podía determinar con certeza si la Secretaría de Estado (que ostentaba el poder para conceder la libertad a la persona presa) aplicaría su política restrictiva, tal y como se recoge en la normativa penitenciaria⁸⁷⁶ (y que deriva del art. 30 de la Ley sobre el crimen de 1997⁸⁷⁷), o si aplicaría la interpretación que hizo el Tribunal de Apelación en el caso *Bieber* (2009). La primera sólo permitía liberar a un preso en casos muy excepcionales (por razones humanitarias), mientras que la sentencia emitida en *Bieber* señalaba que el Secretario de Estado debía actuar de forma compatible con el art. 3 del Convenio, lo que le obligaba a conceder la libertad condicional no sólo en esos casos excepcionales que recogía el derecho nacional, sino también en aquellos en los que el Tribunal de Estrasburgo había establecido, es decir, cuando habían dejado de existir las razones penológicas que justifican la imposición de una pena⁸⁷⁸. Esta argumentación nos lleva al tercer principio, el de las razones penológicas, que explicaremos *infra* apartado B.2.3.

Como se puede apreciar, el pronunciamiento del Tribunal de Estrasburgo en el caso *Vinter* viene fundamentado en el principio de legalidad o calidad de la ley. Los 16 jueces (sólo hay un voto disidente) que emitieron esta sentencia consideran que el principio de legalidad y de certeza requieren que el sistema se conozca desde el principio, es decir, que se sepa desde el principio qué debe hacerse para poder optar a la libertad condicional y cuándo tendrá lugar la revisión. En definitiva, que la norma sea accesible, clara y previsible.

⁸⁷⁴ Como se ha explicado en el primer capítulo, apartado I, en la cadena perpetua discrecional y también en la preceptiva se establece una tarifa o periodo mínimo de cumplimiento en prisión tras la cual el preso puede optar a la libertad condicional, pero en la *whole life sentence* no hay ninguna tarifa. Por tanto, una condena de esa modalidad elimina toda posibilidad de someter el caso a la jurisdicción de la Junta de Libertad Condicional.

⁸⁷⁵ Haremos referencia, nuevamente, a este principio al estudiar la jurisprudencia relativa al art. 7, *infra*, apartado 5.

⁸⁷⁶ PSO 4700, capítulo 12, 2010, al que nos hemos referido *supra* capítulo primero, apartado II.

⁸⁷⁷ El señalado precepto dispone que: “*The Secretary of State may at any time release a life prisoner on licence if he is satisfied that exceptional circumstances exist which justify the prisoner's release on compassionate grounds*”.

⁸⁷⁸ La sentencia *Vinter* desencadenó una tormenta política en el Reino Unido. Varios miembros del Gobierno, incluyendo el Secretario de Estado Chris Grayling, la Ministra de Interior, Theresa May (actual Primera Ministra), y el Primer Ministro, David Cameron, criticaron duramente la decisión del TEDH por impedir a un juez “...decirle a un delincuente que es realmente malo: “usted pasará el resto de su vida tras las rejas” (<http://www.bbc.com/news/uk-23245254>. Último acceso 27.4.2019). El Gobierno llegó incluso a plantearse abandonar el CEDH. En un plan presentado por Grayling, se propuso que las decisiones del Tribunal ya no sean vinculantes y que se convierta en un órgano consultivo (<http://www.theguardian.com/politics/interactive/2014/oct/03/conservatives-human-rights-act-full-document>. Último acceso 5.11.2015).

Sin embargo, recientemente, la Gran Cámara ha concluido en el caso *Hutchinson c. Reino Unido* que la *whole life sentence* no es contraria al art. 3, porque considera que ha dejado de existir la falta de calidad de la ley que detectó en el anterior caso y se respeta lo dictado por la jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos en relación con las razones penológicas. Dado que la falta de calidad de la ley está estrechamente relacionada con el principio de las razones penológicas, expondré *infra* apartado B.2.3 y no aquí, la argumentación del Tribunal emitida en este caso.

B.2.2 El plazo de revisión

En segundo lugar, tenemos el principio de la evaluación dentro de un plazo razonable y preestablecido, que se deriva de lo estipulado por el Tribunal en el caso *Vinter*, al señalar que la persona presa debe conocer desde el inicio de su condena qué debe hacer para que su caso pueda ser valorado para la libertad condicional y cuándo tendrá lugar tal revisión o cuándo puede ser reclamada dicha revisión⁸⁷⁹.

Aunque la Gran Cámara consideró que la fijación del plazo concreto quedaba dentro del margen de discrecionalidad de los Estados, sí apuntó que, según el derecho comparado y el derecho internacional⁸⁸⁰, existe un claro apoyo para que la revisión se lleve a cabo, como tarde, a los 25 años y, posteriormente, se realicen revisiones periódicas⁸⁸¹. En un caso bastante anterior (*V c. Reino Unido*, 1999), se había señalado que el retraso “injustificado y persistente” en fijar el periodo punitivo o la tarifa, dejando al preso en una situación de incertidumbre respecto a su futuro también podría llevar al Tribunal a concluir que se ha vulnerado el art. 3⁸⁸².

Por tanto, aunque el preso debe conocer el plazo en el que se podrá realizar la revisión, el plazo de 25 años al que hace referencia el Tribunal es orientativo. De hecho, un plazo superior a ese periodo fue considerado ajustado al Convenio en el caso *Bodein c. Francia* (2014). Según el Código Procesal Penal francés, la revisión se realiza a los 30 y el Tribunal entendió que ese plazo no era excesivo, ya que el sistema francés deduce la cantidad de años transcurridos en prisión preventiva de la cantidad total de la condena.

⁸⁷⁹ TEDH, *Vinter c. Reino Unido*, párrafo 122.

⁸⁸⁰ Esta posición está en línea, entre otros, con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (art.s 110.3 y 5); la Resolución (76) 2 sobre el tratamiento de los reclusos condenados a penas de prisión de larga duración (párrafos 9 y 12); o la Recomendación 2003 (22) sobre la libertad condicional (párrafo 21). Para mayor información, véase *supra* apartado I que hemos dedicado al estudio de los estándares internacionales sobre la ejecución de las penas de prisión.

⁸⁸¹ TEDH, *Vinter c. Reino Unido*, párrafos 45, 117 y 120. De hecho, como se explicará posteriormente, también en el Reino Unido esa era la práctica, pues la declaración de política de la Secretaría de Estado realizada en 1997 (*policy statement*) señaló que se revisarían las penas *whole life sentence* tras 25 años de cumplimiento. Véase Acta oficial del debate de la Cámara de los Comunes, 10 de noviembre de 1997, respuesta por escrito, columnas 419-420.

⁸⁸² TEDH, *V. c. Reino Unido*, párrafo 100. Sin embargo, no se declaró la violación del art. 3, porque el periodo de tiempo que había transcurrido sin fijar la tarifa había sido relativamente breve.

Bodein había pasado 4 años en prisión preventiva y, por tanto, su condena habría sido revisada después de pasar 26 años en prisión. Por ello, a pesar de que el plazo de 30 años superaba la tendencia internacional de programar una revisión, a más tardar, a los 25 años, al deducirse el tiempo transcurrido en prisión preventiva, el recurrente podía solicitar la revisión transcurridos 26 años del cumplimiento de la cadena perpetua⁸⁸³.

Sin embargo, un plazo muy superior a los 25 años sí puede atentar contra el art. 3. El Tribunal ha considerado que un plazo de revisión a los 40 años es excesivo y no es compatible con el art. 3. Según ha clarificado, aunque la fijación de un plazo concreto de revisión entra dentro del margen de apreciación de los estados, y los 25 años sugeridos en *Vinter* son un plazo general y no constituye un estándar consolidado, el margen de apreciación de los estados no es ilimitado⁸⁸⁴.

En relación con la obligación de que el plazo de revisión esté prefijado en la ley, el recurrente en el caso *Hutchinson* -al que hemos hecho referencia en el apartado precedente-, alegaba que, a pesar de que el Tribunal señaló en *Vinter* la necesidad de que se conozca ese plazo desde el comienzo de la condena, la legislación inglesa no había estipulado ninguno. Sin embargo, la Gran Cámara en respuesta a esa argumentación contestó que, de acuerdo con el art. 30 de la Ley sobre Crimen de 1997, la Secretaría de Estado podía conceder la libertad en cualquier momento, lo que significaba que el condenado podía solicitar la revisión en el momento en que lo considerase⁸⁸⁵.

En este punto es importante destacar que el plazo concreto de 25 años plantea una cuestión práctica. Es habitual que en Inglaterra y Gales los periodos punitivos de las cadenas perpetuas preceptivas sean superiores a ese periodo, por ejemplo, cuando el asesinato ha sido cometido mediante disparo, correspondiendo en ese caso, el punto de partida (*starting point*) más alto, 30 años⁸⁸⁶. Esto significa que la revisión de los condenados a cadena perpetua con una tarifa de 37 o 40 años, se producirá más tarde que cuando se impone una cadena perpetua sin tarifa. Esto generaría una anomalía aparente, ya que, la imposición de una tarifa determinada presupone la comisión de unos delitos

⁸⁸³ TEDH, *Bodein c. Francia*, párrafo 61.

⁸⁸⁴ TEDH, *T.P. y A.T. c. Hungría*, párrafos 44 y 45 y 17 y 50. Unos 5 años antes de que el Tribunal emitiera esta sentencia, en otro caso también contra Hungría (TEDH, *Törköly c. Hungría*) en el que el recurrente alegaba que la revisión prevista para a los 40 años vulneraba el art. 3, el Tribunal ni siquiera llegó a estudiar el caso, ya que inadmitió por entender que la pena sí era reductible, debido a que podía solicitar el indulto en cualquier momento, aunque el éxito de conseguirlo fuera muy escaso. Como se puede observar, se ha producido una evolución jurisprudencial hacia un mayor control de los plazos de revisión en aras a garantizar que éstos no sean excesivamente largos. Muy probablemente este cambio se haya debido a *Vinter*, en el que se fija un plazo de 25 años (aunque sea orientativo y no obligatorio).

⁸⁸⁵ TEDH (Gran Cámara), *Hutchinson c. Reino Unido*, párrafos 30 y 69. Sin embargo, el juez Albuquerque en su voto disidente, párrafo 18, critica que el plazo de revisión siga sin estar claramente determinado. En la misma línea, VAN ZYL y APPLETON, "Life imprisonment in England and Wales", p. 229, critican que a pesar de la sentencia *Vinter*, no se haya recogido un plazo concreto.

⁸⁸⁶ Aunque como ya dijimos en el capítulo primero, apartado II, esa duración puede aumentar o disminuir, dependiendo de las circunstancias agravantes y atenuantes, dando como resultado la tarifa a imponer.

menos graves que los que reciben una cadena perpetua sin posibilidad de libertad de libertad condicional⁸⁸⁷.

Sin embargo, debe matizarse que una revisión *Vinter* es diferente de una revisión post-tarifa, a la que obliga el art. 5.4 CEDH. Por tanto, la solución adecuada sería que aquellas personas que han recibido una tarifa muy larga sean sometidas, primero, a una revisión *Vinter* a los 25 años y, más tarde, cuando hayan finalizado la tarifa impuesta, a una “revisión post-tarifa”⁸⁸⁸. Del mismo modo, para impedir que las penas de prisión determinadas superiores a 25 años se utilicen para eludir la revisión de la legalidad de la continuación de la privación de libertad que se realiza en las cadenas perpetuas, esas penas determinadas también deberían estar sujetas a una revisión *Vinter*⁸⁸⁹. Nos referiremos en mayor profundidad a las revisiones post-tarifa y a sus diferencias con la revisión *Vinter*, al hablar del art. 5.4 *infra* apartado 4.

B.2.3. El principio de las razones penológicas que justifican la continuación de la privación de libertad

En tercer lugar, se encuentra el principio de la revisión de los motivos penológicos que avalan la continuación de la privación de libertad. La revisión debe abarcar el análisis de las razones penológicas que incluyen la resocialización (prevención especial), la disuasión (prevención general) y la retribución⁸⁹⁰.

La posibilidad de conseguir la libertad condicional o el indulto únicamente por razones humanitarias, tales como la liberación de enfermos terminales o incapacitados físicamente, no se corresponde con la noción de “perspectiva de la liberación” (*prospect of release* o reductibilidad *de iure*)⁸⁹¹. Según argumentó el Tribunal en *Vinter*, son condiciones tan restrictivas que no pueden considerarse en realidad como requisitos para optar a la libertad condicional⁸⁹². La revisión que exige el art. 3 para que una pena se considere reductible debe permitir a las autoridades nacionales valorar si, en el transcurso de la condena, los cambios producidos en el interno prisionero y el progreso hacia la rehabilitación llevado a cabo por él, son de tal importancia que la continuación de la

⁸⁸⁷ VAN ZYL y otros, “Whole Life Sentences”, pp. 20 y 21.

⁸⁸⁸ VAN ZYL y otros, “Whole Life Sentences”, p. 21.

⁸⁸⁹ VAN ZYL y otros, “Whole Life Sentences”, p. 21. Esto se hace en Sudáfrica, donde el art. 73.6 de la Ley de Servicios Correccionales 111 de 1998 establece que los presos con condenas a cadena perpetua y los que tienen condenas determinadas muy largas, incluyendo penas acumulativas, deben ser considerados para la libertad condicional después de haber cumplido 25 años.

⁸⁹⁰ TEDH, *Vinter c. Reino Unido*, párrafo 111 y TEDH, *Murray c. Países Bajos*, párrafo 100. También VAN ZYL y otros, “Whole life sentences”, p. 16, en referencia a esta revisión señalan que ésta exige un análisis completo de todos los factores incluyendo la naturaleza y gravedad del delito original, la rehabilitación del prisionero y, en relación con esto, la peligrosidad que, en su caso, puede suponer para la sociedad.

⁸⁹¹ Véase TEDH, *Vinter c. Reino Unido*, párrafo 127; y TEDH, *Öcalan c. Turquía*, párrafo 203.

⁸⁹² TEDH, *Vinter c. Reino Unido*, párrafo 90.

privación de libertad ya no se justifica por razones legítimas penológicas.⁸⁹³ Estoy de acuerdo con LANDA cuando afirma que, yendo más allá de lo que el tribunal afirma literal y expresamente, existe una lógica subyacente de primar el criterio de rehabilitación, en detrimento de razones puramente retributivas o preventivo generales⁸⁹⁴.

En un caso anterior, *Hussain c. Reino Unido* (1996), el Tribunal ya había afirmado que, si no se tenía debidamente en cuenta la evolución de la persona presa cuando se valoraba la continuación de la privación de libertad más allá del periodo punitivo para la posible concesión de la libertad condicional, podría plantearse la vulneración del art. 3⁸⁹⁵.

El Tribunal ha afirmado que es axiomático que una persona no puede ser privada de libertad si no existe un fundamento penológico legítimo para ello. Sin embargo, aunque muchas de esas razones estén presentes en el momento en que se impone una cadena perpetua, el equilibrio entre esas justificaciones no es necesariamente estático y puede variar a lo largo de la ejecución de la pena. Así, lo que constituyó la principal justificación para la privación de libertad al comienzo de la ejecución de la pena, puede que no lo sea tras el cumplimiento de un largo período de tiempo. Por esa razón, sólo mediante la realización de una revisión sobre la justificación de la continuación de la privación de libertad en un momento concreto del cumplimiento de la pena, es cuando realmente se puede evaluar de forma correcta estos cambios⁸⁹⁶.

Como se observa, el Tribunal no sólo afirma que el preso tiene derecho a saber qué debe hacer para conseguir la libertad condicional desde el momento en que empieza a cumplir la pena de prisión (como he señalado al explicar el primer principio), sino que da un paso más y matiza cuáles pueden ser las razones que pueden dar lugar a la concesión de la libertad condicional, concluyendo que la contemplación en la ley únicamente de razones compasivas o humanitarias no son suficientes para impedir la declaración de la violación del art. 3⁸⁹⁷. No es suficiente que la concesión de la libertad condicional sólo esté prevista para esos casos tan restrictivos. La liberación compasiva no puede equiparse con la libertad condicional, si todo lo que viene a significar es que el preso muera en casa o en un centro sanitario en lugar de en prisión⁸⁹⁸. Por tanto, de acuerdo con la Gran

⁸⁹³ TEDH, *Vinter c. Reino Unido*, párrafo 119.

⁸⁹⁴ LANDA, “PPR”, p. 47. Este autor señala en las pp. 44 y 46 que el estándar de control que establece el Tribunal en *Vinter* determina, aunque de forma inconcreta, los criterios materiales de la revisión, cuando alude a la existencia de algún “motivo legítimo de policita criminal”. Por ello, considera que el estándar de control que se constituye no es puramente formalista, aunque tampoco está totalmente cerrado y detallado”. El motivo de esa inconcreción se debe, según explica, al margen de maniobra que debe reconocerse a los Estados a la hora de conformar la configuración concreta de dicho mecanismo.

⁸⁹⁵ TEDH, *Hussain, c. Reino Unido*, párrafo 53. Se trataba de un menor de 16 años que mató a su hermano de 2, recibiendo una cadena perpetua (*During Her Majesty's Pleasure*).

⁸⁹⁶ TEDH, *Vinter c. Reino Unido*, párrafo 111.

⁸⁹⁷ TEDH, *Vinter c. Reino Unido*, párrafos 127 y 129.

⁸⁹⁸ TEDH, *Vinter c. Reino Unido*, párrafo 90.

Cámara, los criterios de evaluación de la libertad condicional no quedan dentro de la discreción de los estados miembros y además el mecanismo de revisión debe basarse en criterios objetivos y preestablecidos, es decir, en motivos penológicos legítimos. En conclusión, el Tribunal sostiene que los motivos penológicos no equivalen a -y no deben confundirse con- razones humanitarias.

En la jurisprudencia del tribunal existen ejemplos en los que se recogen los factores que diversos estados miembros valoran al realizar la revisión de la ejecución de la pena. Así, por ejemplo, en *Harakchiev* el Tribunal señaló que las circunstancias que se tenían en cuenta el sistema búlgaro incluían la equidad, la humanidad, la compasión, la misericordia, la salud y la situación familiar del condenado, y cualquier cambio positivo en su personalidad⁸⁹⁹. En Eslovaquia, el propio Código Penal recoge los factores que se valoran, entre los que se encuentran el hecho de si el preso ha demostrado que ha mejorado cumpliendo sus obligaciones y por su buen comportamiento, y si se espera que el preso se comportará de manera adecuada en el futuro⁹⁰⁰. Como último ejemplo, en Francia se valoran la peligrosidad, su comportamiento y la evolución de su personalidad⁹⁰¹. Estos factores han sido considerados por el Tribunal suficientes para cumplir con las condiciones que exige el art. 3.

El hecho de ejercer un control también sobre las propias condiciones que se pueden exigir para optar a la libertad condicional es, a mi juicio, un aspecto a valorar de forma positiva, ya que de esa manera se está impidiendo que la simple formalización de cualquier tipo de condiciones para la libertad condicional sea utilizada por los estados para argumentar que existe la posibilidad de alcanzar la libertad condicional y, por consiguiente, que se respeta el art. 3. Por tanto, las condiciones para optar a la libertad deben ser unas condiciones que *a priori* puedan ser alcanzables por todos, es decir, no puede tratarse de condiciones que sólo un número muy reducido de presos podría cumplir y, por tanto, beneficiarse de la libertad condicional. Esto, a su vez, se relaciona con la dimensión *de facto* de la reductibilidad de la pena. Si la pena ha de ser *de iure* y *de facto* reductible, las condiciones para optar a la libertad condicional deben también ser alcanzables *de facto* y no sólo *de iure*.

La cuestión de las razones que permiten alcanzar la libertad condicional fue el motivo que llevó al Tribunal, en el caso *Vinter*, a declarar que la cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional era contraria al art. 3. Como se ha adelantado en el apartado anterior, el razonamiento del Tribunal se basó en la falta de calidad de la ley

⁸⁹⁹ TEDH, *Harakchiev c. Bulgaria*, párrafo 258.

⁹⁰⁰ TEDH, *Cacko c. Eslovaquia*, párrafo 43.

⁹⁰¹ TEDH, *Bodein c. Francia*, párrafo 60.

sobre el régimen jurídico aplicable en el caso de estas penas, ya que mientras la jurisprudencia nacional permitía poner en libertad a una persona que cumplía una pena *whole life sentence* tras valorar las razones penológicas, la normativa penitenciaria únicamente permitía conceder la libertad por razones humanitarias, lo que no se ajustaba a la jurisprudencia del TEDH. Ante esta situación, no quedaba claro si el Secretario de Estado seguiría lo señalado en la normativa penitenciaria o respetaría lo dictado por el Tribunal de Apelación. A continuación, explicaremos en mayor detalle cuál era el sistema previsto en el Reino Unido y por qué el Tribunal consideró que no se ajustaba al principio de las razones penológicas.

El art. 30 de la ley sobre el Crimen de 1997 otorgaba a la Secretaría de Estado el poder de poner en libertad a la persona que cumplía una cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional, cuando existían “razones humanitarias” (*compassionate grounds*). En una declaración política realizada por la Secretaría de Estado en 1997, éste señaló que revisaría las penas *whole life sentence* transcurridos 25 años de cumplimiento y que estaría abierta a la posibilidad de que, en circunstancias excepcionales como, por ejemplo, el progreso excepcional del prisionero, se realizara un examen y una reducción de la tarifa⁹⁰². Sin embargo, tras la reforma de la Ley de Justicia Penal de 2003 se eliminó la posibilidad de revisar esas penas después de cumplir 25 años de prisión.

Como resultado de ello, las personas condenadas a este tipo de penas ya no estaban sujetas a ninguna revisión general en ningún momento de su condena, con la excepción limitada de la libertad condicional por razones compasivas o humanitarias –un poder que nunca ha sido ejercido⁹⁰³–, siguiendo lo establecido en la Ley de 1997. Este criterio se definió en la normativa penitenciaria⁹⁰⁴, en términos muy restrictivos⁹⁰⁵. La persona que podría beneficiarse de esa excepción es aquella que sufre una enfermedad terminal y es muy probable que la muerte ocurra a corto plazo⁹⁰⁶ o la persona que está postrada en la cama o incapacitada de una forma similar, por ejemplo, los parálíticos o los que sufren un derrame cerebral severo. Sin embargo, la verificación de una de esas situaciones no es suficiente para otorgar la libertad condicional, sino que además es necesario que el riesgo de reincidencia sea mínimo, que la prolongación en prisión reduzca la esperanza de vida del preso, que existan mecanismos adecuados para el cuidado y el tratamiento del preso

⁹⁰² Acta oficial del debate de la Cámara de los Comunes, 10 de noviembre de 1997, respuesta por escrito, columnas 419-420.

⁹⁰³ VAN ZYL y otros, “Whole Life Sentences”, p. 6.

⁹⁰⁴ Véase *PSO 4700*, capítulo 12, 2010, párrafo 12.2.1.

⁹⁰⁵ Tal como ha sido catalogada por el propio Tribunal de Apelación del Reino Unido (*Highly restrictive criteria*); véase *EWCA, Newell y McLoughlin*, párrafo 11, sentencia a la que nos volveremos a referir próximamente.

⁹⁰⁶ No se especifican periodos concretos, pero 3 meses pueden ser considerado un periodo adecuado para solicitar la liberación.

fuera de la cárcel; y que la libertad condicional suponga algún beneficio significativo para el preso o su familia.

El Tribunal de Derechos Humanos también analizó la jurisprudencia nacional relevante en el caso y observó que existen varias sentencias en las que se interpreta cómo debe ejercer la Secretaría de Estado su poder para que sea compatible con el art. 3, tras la entrada en vigor de la reforma de 2003. En el caso *Bieber* (2009)⁹⁰⁷ el Tribunal de Apelación señaló que, aunque la Secretaría de Estado sólo puede liberar a una persona presa por razones humanitarias y, de hecho, se reconoce que esa es la práctica⁹⁰⁸, “si se llega a un punto en el que la privación de libertad equivale a un trato inhumano o degradante, entonces no vemos por qué no pude conceder la libertad condicional, teniendo en cuenta la obligación que tiene de ejercer su poder respetando las obligaciones del CEDH”⁹⁰⁹. Un ejemplo de ello sería cuando la prolongación de la privación de libertad ya no se puede justificar por razones penológicas⁹¹⁰, lo que se ajustaría a lo establecido por el Tribunal de Estrasburgo. Por ello, el Tribunal de Apelación concluyó que la cadena perpetua sin tarifa no es, *a priori*, irreductible y, por consiguiente, tampoco contraria al art. 3.

Sin embargo, el Tribunal de Estrasburgo, aunque reconoce que, en caso de ejercer el poder según se interpreta en *Bieber*, la cadena perpetua sin tarifa sería compatible con el art. 3⁹¹¹, pone de manifiesto que no se puede determinar con certeza si la Secretaría de Estado aplicará su política restrictiva (tal y como se recoge en la normativa penitenciaria), o si aplicará la interpretación que se hace en *Bieber*. Esto se debe a dos razones, por un lado, porque a pesar de la interpretación jurisprudencial dada en *Bieber*, la Ley de Justicia Penal de 2003 no ha introducido una revisión a los 25 años de cumplimiento que se hacía antes de su entrada en vigor y, por otro lado, porque la normativa penitenciaria prevé unas condiciones muy restrictivas para optar a la libertad condicional y no ha incluido la interpretación que se hace en *Bieber*. Ante esta situación, el TEDH considera que existe una falta de calidad de la ley, concluyendo que se ha producido una vulneración del art. 3⁹¹².

⁹⁰⁷ En EWCA, *Bieber* el Tribunal de Apelación consideró la compatibilidad de la Ley de Justicia Penal de 2003 con el art. 3, a la luz del caso *Kafkaris*.

⁹⁰⁸ EWCA, *Bieber*, párrafo 48 y también en TEDH, *Vinter c. Reino Unido*, párrafo 49.

⁹⁰⁹ EWCA, *Bieber*, párrafo 48. El art. 6.1 de la Ley de Derechos Humanos de 1998 aprobada por el RU obliga a las autoridades públicas a actuar de forma compatible con el CEDH. Según señala ese precepto: “*It is unlawful for a public authority to act in a way which is incompatible with a Convention right*”.

⁹¹⁰ Esta fue la interpretación dada en *Bieber* y el Gobierno también reconoció que ese podría ser uno de los casos que daría lugar a la concesión de la libertad condicional. Sin embargo, la Secretaría de Estado no había seguido esa interpretación. TEDH, *Vinter c. Reino Unido*, párrafo 125.

⁹¹¹ TEDH, *Vinter c. Reino Unido*, párrafo 125.

⁹¹² En la misma línea, KANDELIA, “Life meaning life”, p. 71, antes de que saliera a la luz la sentencia *Vinter*, destacaba que la posibilidad de alcanzar la libertad condicional de una persona condenada a una *whole life sentence* era extremadamente limitada, añadiendo que era incluso más limitada que en el caso chipriota y, por ello, considera estas

Sin embargo, recientemente, la Gran Cámara ha concluido en el caso *Hutchinson c. Reino Unido* (2017) que la *whole life sentence* no es contraria al art. 3, porque considera que ha dejado de existir la falta de calidad de la ley que resaltó en *Vinter*. Allí, no quedaba claro si la Secretaría de Estado ejercería su poder para poner en libertad a las personas condenadas a estas penas sólo en casos excepcionales relacionados con razones humanitarias (lo que iría en contra del Convenio) o si lo haría cuando se apreciase un progreso hacia la rehabilitación (lo que se ajustaría al Convenio).

Lo que ha llevado al TEDH a dar este cambio de timón ha sido lo apuntado por una composición especial del Tribunal de Apelación⁹¹³ que se constituyó como consecuencia de la sentencia *Vinter*, precisamente para evaluar varias cuestiones relacionadas con lo dictaminado en ese caso, dando lugar a la sentencia *Newell y McLoughlin* (2014)⁹¹⁴.

El Tribunal de Apelación apuntó que, tal y como se afirmó en el caso *Bieber* (posteriormente reafirmada en *Oakes*⁹¹⁵), la Secretaría de Estado está obligado a ejercer su poder de forma compatible con el art. 3 CEDH⁹¹⁶, porque así lo establece el art. 6.1 de la Ley de Derechos Humanos de 1998. Así mismo, afirmó que, aunque la Gran Cámara del TEDH en el caso *Vinter* entendió que el hecho de que la política establecida en la normativa penitenciaria no hubiese sido modificada para introducir la interpretación realizada en el caso *Bieber*, tiene una consecuencia trascendental (porque impedía saber con certeza si la Secretaría de Estado aplicaría lo previsto en ese Manual o lo que se dice en el caso *Bieber*), para el Tribunal de Apelación, sin embargo, ese hecho no tenía mayor importancia⁹¹⁷.

El Tribunal de Apelación explicó que la normativa penitenciaria no puede restringir el poder de la Secretaría de Estado de conceder la libertad, únicamente a la

penas contrarias al art. 3. Esta autora señala también que, al depender la libertad condicional de la Secretaría de Estado y no de un órgano judicial, podría infringir el art. 5.4.

⁹¹³ El Presidente del Tribunal Supremo de Inglaterra y Gales, el Presidente de la *Queen's Bench Division*, el Vice-Presidente del Tribunal de Apelaciones de la Sala de lo Penal, otro Juez de Apelación y un senior *High Court judge*. Por una parte, el tribunal analizó tres recursos presentados por tres demandantes (*Bridger*, *Thomas* y *Newell*) que cumplían una pena *whole life sentence*. Por otra parte, se evaluó una alegación del Fiscal General (*Attorney General's Reference*), sobre un caso (*McLoughlin*). En ese último, el juez de primera instancia, después de concluir que la decisión en *Vinter* impedía la imposición de una *whole life sentence*, impuso una tarifa de 40 años. Ante ello, el Fiscal argumentó que el juez de primera instancia se había confundido al interpretar que la Sentencia de *Vinter* impedía la imposición de esa pena y, consideraba que, como consecuencia de ese error de derecho respecto a los poderes que tenía ese juez, se había impuesto una sentencia excesivamente indulgente. Antes de la audiencia, el primero de los recurrentes, *Bridger*, retiró su recurso. Con respecto al segundo recurrente, *Thomas*, el Tribunal de Apelación afirmó que estaba claro que no había recibido una pena *whole life sentence*. Como consecuencia de lo anterior, la audiencia se desarrolló como un recurso presentado por *Newell*, la tercera parte recurrente, y la referencia realizada por parte del Fiscal General respecto al caso *McLoughlin*.

⁹¹⁴ EWCA, *Newell y McLoughlin*, 2014.

⁹¹⁵ EWCA, *Oakes y otros*, 2012.

⁹¹⁶ EWCA, *Newell y McLoughlin*, párrafo 29.

⁹¹⁷ EWCA, *Newell y McLoughlin*, párrafo 30: “*The Court of Appeal held that it was of no consequence that the Lifer Manual had not been revised, Regardless of the policy set out in the Lifer Manual, the Secretary of State had to consider all the relevant circumstances, in a manner compatible with Article 3*”.

existencia de razones de compasión, porque el término “razones de compasión” debe ser interpretada, tal y como se dejó claro en *Biber*, de forma compatible con el art. 3. Así, considera que la Secretaría de Estado no está limitada a lo que se dice en la normativa penitenciaria⁹¹⁸, concluyendo que la legislación nacional sí ofrece al preso la esperanza o la posibilidad de alcanzar la libertad condicional cuando existan circunstancias excepcionales, lo que ha de interpretarse en el sentido de que las razones que llevaron a imponer la sentencia ya no se justifican más⁹¹⁹. Por tanto, si no existen razones penológicas que justifiquen la prolongación de la privación de libertad, la Secretaría de Estado estará obligado a ordenar la libertad condicional de la persona sujeta a una cadena perpetua sin tarifa. El Tribunal de Apelación argumentó que no es necesario detallar qué circunstancias pueden dar lugar a la concesión de la libertad condicional o especificar los criterios a tener en cuenta, porque el término “circunstancias excepcionales” es, en sí mismo, suficientemente claro⁹²⁰. Más adelante añade que “es difícil precisar de antemano cuáles son esas circunstancias excepcionales”⁹²¹, por lo que considera que deben valorarse en cada caso concreto.

A raíz de esta sentencia, cuando el Tribunal de Estrasburgo se encuentra con otro recurso, posterior a *Vinter*, en el que el recurrente, *Hutchinson*, alega que su cadena perpetua sin tarifa es contraria al art. 3, esta vez declara que no se ha vulnerado el Convenio⁹²². La base de la argumentación de esta sentencia lo constituyó precisamente la sentencia del Tribunal de Apelación del Reino Unido, *Newell y McLoughlin*, que acabamos de explicar.

El Tribunal de Estrasburgo considera que el Tribunal de Apelación del Reino Unido, a través de la citada sentencia, ha respondido específicamente a las dudas detalladas en *Vinter*, estableciendo así una inequívoca declaración de la posición legal y, por consiguiente, debe aceptarse esa interpretación, ya que corresponde a los tribunales nacionales resolver los problemas de interpretación de la legislación nacional⁹²³. De esta manera, el Tribunal da por aclarada la duda que planteaba en *Vinter*, es decir, si la Secretaría de Estado ejercería su poder de conformidad con la normativa penitenciaria -

⁹¹⁸ EWCA, *Newell y McLoughlin*, párrafos 32 y 33.

⁹¹⁹ EWCA, *Newell y McLoughlin*, párrafo 35.

⁹²⁰ EWCA, *Newell y McLoughlin*, párrafo 31.

⁹²¹ EWCA, *Newell y McLoughlin*, párrafo 36

⁹²² La decisión sobre la no vulneración del art. 3 es compartida tanto por la Sala del TEDH que emite la primera decisión en el 2015, como la Gran Cámara, cuando se pronuncia al respecto en 2017. Los periódicos se hacen eco de la nueva sentencia del TEDH, y escriben titulares en los que utilizan términos como el Tribunal “se retracta” de su anterior sentencia o “anula” una sentencia del 2013 (Véase <http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/law-and-order/11386190/Strasbourg-judges-back-track-on-whole-life-tariff-human-rights-ruling.html> y otra noticia en el siguiente link: <http://www.theguardian.com/law/2015/feb/03/european-human-rights-whole-life-tariff-hutchinson>. Últimos acceso a ambas referencias 4.5.2019).

⁹²³ TEDH (Sala), *Hutchinson c. Reino Unido*, párrafos 23-25; y TEDH (Gran Cámara), *Hutchinson c. Reino Unido*, párrafos 39 y 40.

que sólo permite conceder la libertad condicional por razones humanitarias- o, por el contrario, ejercería su poder tal y como se interpreta en el caso *Bieber* -de forma compatible con el artículo 3 CEDH. De hecho, la Sala del TEDH añade que la Gran Cámara ya adelantó en *Vinter* que, si el poder de la Secretaría de Estado (art. 30 de la *Crime Sentences Act 1997*) se ejercía de la manera especificada en *Bieber* y *Oakes*, y ahora también en *Newell* y *McLoughlin*, es decir, de forma compatible con el art. 3 (valorando la apreciación de las razones penológicas y no únicamente la existencia de razones humanitarias) era suficiente para cumplir con los requisitos del art. 3⁹²⁴.

Por tanto, según el TEDH ahora ya queda claro que la legislación nacional sí ofrece a la persona condenada a una *whole life sentence* la esperanza y la posibilidad de obtener la libertad condicional, ya que el Tribunal de Apelación ha confirmado que la revisión no sólo puede, sino que debe considerar si, a la luz de cambios significativos de la persona condena a una cadena perpetua sin tarifa y el progreso hacia la rehabilitación, su privación de libertad sigue estando justificada⁹²⁵. Así, tanto la Sala, como la Gran Cámara, concluyen que las penas *whole life sentence* pueden ahora considerarse reductibles, descartando la vulneración del art. 3⁹²⁶. No obstante, el Tribunal considera que sería deseable la modificación de la normativa penitenciaria con el objetivo de que se refleje la ley, tal como ha sido aclarada por el Tribunal de Apelación, y también para que incluya la jurisprudencia relativa al art. 3 del TEDH⁹²⁷, de modo que la ley aplicable sea fácilmente accesible.

La verdad es que resulta difícil comprender este cambio de apreciación, teniendo en cuenta que dos de las sentencias en las que se basa el Tribunal de Estrasburgo para concluir que no se ha producido ninguna violación del art. 3 (*Bieber* y *Oakes*) son exactamente las mismas que el Tribunal citó en el caso *Vinter* y, sin embargo, en aquella ocasión, con base en esas mismas sentencias, concluyó que se había violado el art. 3. La tercera sentencia en la que se basa el TEDH es la de *Newells* y *McLoughlin*, pero la clarificación que se hace en esa sentencia es idéntica a las dos anteriores. La única diferencia es que en esta última resolución se explica que el hecho de que la normativa penitenciaria no haya introducido la interpretación que se hace en *Bieber* no tiene relevancia. Parece que ese argumento convence al Tribunal Europeo, porque entiende que ha dejado de existir la falta de claridad en la ley, considerando que ya puede afirmarse, sin ningún género de dudas, que la Secretaría de Estado sí está obligada a ejercer su poder

⁹²⁴ TEDH (Sala), *Hutchinson c. Reino Unido*, párrafo 25.

⁹²⁵ TEDH (Gran Cámara), *Hutchinson c. Reino Unido*, párrafo 57.

⁹²⁶ TEDH (Sala) *Hutchinson c. Reino Unido*, párrafo 26 y TEDH (Gran Cámara), *Hutchinson c. Reino Unido*, párrafo 72.

⁹²⁷ TEDH (Gran Cámara), *Hutchinson c. Reino Unido*, párrafo 65.

de forma compatible con el art. 3, es decir, de acuerdo con la interpretación que se hizo en *Bieber*. No parece que la anulación de la sentencia *Vinter* en el caso *Hutchinson* tenga suficiente consistencia, ya que se apoya en un razonamiento legal –a mi entender- poco sólido⁹²⁸.

En efecto, aunque no podemos negar que tras esta última sentencia del Tribunal de Apelación la duda que planteaba el Tribunal de Estrasburgo en el caso *Vinter* sobre la norma aplicable o calidad de la ley parece que queda resuelta, hay extremos que siguen sin estar claros. En ambas sentencias (la emitida por la sala y la emitida por la Gran Cámara) hay varios votos disidentes. En la primera, únicamente la juez Kalaydjieva considera que se ha vulnerado el art. 3. En la segunda, hay 3 votos disidentes, uno de ellos es el del juez Albuquerque, que explicaremos en detalle (y a quien también se une otro juez). Los dos primeros motivos que se exponen a continuación y que comparto, vienen de la mano de la juez Kalaydjieva.

La primera está relacionada con el plazo de revisión. El Tribunal estableció en *Vinter* que el preso tiene derecho a saber, desde el principio de su condena, cuándo tendrá lugar la revisión o cuándo la puede solicitar; extremo sobre el cual nada aclara el Tribunal de Apelación. Como se ha indicado previamente, tras la reforma de 2003, se eliminó la política llevada a cabo por la Secretaría de Estado, consistente en realizar la revisión de las penas *whole life sentence* a los 25 años⁹²⁹ y, a partir de entonces, ese plazo no se ha recogido en ninguna ley ni tampoco es la práctica que sigue la Secretaría de Estado. Por tanto, sigue sin existir ninguna fecha concreta para la revisión de la condena.

La segunda crítica expresada por Kalaydjieva, está también estrechamente relacionada con la anterior. Según esta juez debe determinarse si el recurrente sabía desde el inicio de su condena, en 2008, cuándo iba a ser revisado su caso o podía solicitar la revisión y qué tenía que hacer para poder optar a la libertad. Sin embargo, señala que no se considera competente para resolver esta cuestión relativa a si la sentencia del Tribunal de Apelación tiene efecto *ex tunc* o *ex nunc*, es decir, no puede afirmar si a pesar de que hasta la fecha la Secretaría de Estado no haya modificado el contenido de la normativa penitenciaria, siempre estuvo, está y siempre estará obligado a ejercer su poder de una manera compatible con el art. 3. En mi opinión, aunque se determinase que esa sentencia tiene efecto *ex tunc*, si el propio TEDH tuvo dudas acerca de cómo ejercería su poder la Secretaría de Estado, llevándole a concluir, por esa falta de calidad de la ley, que se había

⁹²⁸ Para un análisis sobre el giro jurisprudencial que supone la sentencia *Hutchinson*, véase GRAHAM, “From *Vinter*”, *passim*, quien considera que se trata de un ejemplo aislado y no de una decisión que marca un cambio de tendencia de la doctrina del TEDH.

⁹²⁹ TEDH, *Vinter c. Reino Unido*, párrafo 46.

producido la violación del art. 3, no parece que razonable pensar que el preso tuviera conocimiento sobre la manera en que actuaría el ejecutivo.

En cuanto a los argumentos⁹³⁰ expuestos por el juez Albuquerque, los cuales también suscribo, se pueden resumir en dos.

Como primera crítica destaca que no puede afirmarse que ha dejado de existir la falta de calidad de la ley expresada en *Vinter*, porque la interpretación del derecho interno realizada por el Tribunal de Apelación plantea cuestiones lingüísticas, lógicas y jurídicas bastante graves. En cuanto a la primera, pone de relieve que las razones humanitarias no concuerdan desde el punto de vista lingüístico con las razones penológicas. En cuanto a la segunda, recalca la incoherencia que supone exigir que los criterios restrictivos que recoge la normativa penitenciaria sean interpretados de forma amplia. Por último, en términos legales, resalta que no hay nada más incierto y, por consiguiente, impredecible, que un poder discrecional del Secretario de Estado para otorgar la libertad en circunstancias excepcionales convertido en una obligación de conceder la libertad con un significado amplio de acuerdo con los principios establecidos por el TEDH⁹³¹. Así mismo, recalca que la propia página web del gobierno, al definir estas penas señala que “el preso nunca será considerado para una posible libertad”⁹³² y, en la misma línea, la página web del Consejo para la determinación de la pena⁹³³, señala “que nunca serán liberados”⁹³⁴. De hecho, como pone de manifiesto Albuquerque, la práctica de los tribunales sigue siendo fiel a la estricta política punitiva del Gobierno y del Consejo para la determinación de la pena, pues no ha prestado atención a la interpretación del Tribunal de Apelación, como lo demuestran varias sentencias recientes del año 2016 en las que se utilizan expresiones como “morirá en prisión”⁹³⁵. Además de lo anterior, añade que todavía no hay criterios de revisión publicados y, sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo da ejemplos de los factores que se tienen en cuenta a la hora de revisar la ejecución de la pena⁹³⁶ –como se ha señalado más arriba.

La segunda crítica que pone de manifiesto el juez Albuquerque está relacionada con la falta de un mecanismo de revisión. En el caso *Vinter*, otra de las razones por las que el Tribunal entendió que se había producido una violación del art. 3 fue la ausencia

⁹³⁰ Se trata de un voto disidente muy extenso y muy detallado en los argumentos, que abarca tantas páginas como la propia deliberación tomada por la Gran Cámara.

⁹³¹ TEDH, (Gran Cámara), *Hutchinson c. Reino Unido*, voto disidente de Albuquerque, párrafos 13-15.

⁹³² <https://www.gov.uk/types-of-prison-sentence/life-sentences> (último acceso 8.12.2018). TEDH (Gran Cámara), *Hutchinson c. Reino Unido*, voto disidente de Albuquerque, párrafo 32.

⁹³³ Para mayor información sobre este órgano, véase supra capítulo 1, apartado I.

⁹³⁴ <https://www.sentencingcouncil.org.uk/about-sentencing/types-of-sentence/life-sentences/> (último acceso 8.12.2018).

⁹³⁵ TEDH, (Gran Cámara), *Hutchinson c. Reino Unido*, voto disidente de Albuquerque, párrafo 32.

⁹³⁶ TEDH, (Gran Cámara), *Hutchinson c. Reino Unido*, voto disidente de Albuquerque, párrafo 29.

de un sistema de revisión destinado a evaluar las penas *whole life sentence*⁹³⁷. No se ha producido ninguna modificación en la legislación para introducir este mecanismo específico desde que así se determinó en *Vinter*; ni tampoco el Tribunal de Apelación aclara nada al respecto. Por tanto, esa carencia sigue existiendo en el caso *Hutchinson*. Como recuerda ese juez, la violación en *Vinter* estuvo fundamentada en dos motivos: en la falta de calidad de la ley y en la ausencia de un mecanismo de revisión específico⁹³⁸; ambos permanecen intactos después de *Vinter*⁹³⁹.

También VAN ZYL y APPLETON consideran insatisfactoria la decisión alcanzada por el TEDH, ya que no aborda las preocupaciones sustantivas del procedimiento expresadas por la Gran Cámara en *Vinter*, como la obligación de revisar la pena tras un periodo prefijado, la obligación de que esa revisión se sujete a unos criterios concretos publicados y que esa revisión esté regida por unos estándares procedimentales justos y comunicados al preso desde el comienzo de la condena. Como ponen de relieve esos autores, ninguna de esas exigencias se refleja en el art. 30 de la Ley de 1997, ni en la normativa penitenciaria. Así mismo, apuntan que existe la cuestión sobre si la revisión por parte de un actor político es suficientemente independiente para cumplir con los estándares modernos de derechos humanos. En definitiva, que la mera existencia del poder para otorgar la libertad no es suficiente para cumplir con las obligaciones derivadas del art. 3. Por todo lo anterior, consideran que la decisión en *Hutchinson* va en contra de las normas del derecho internacional consuetudinario que están emergiendo y que prohíben el uso de la cadena perpetua cuando no hay posibilidad o perspectiva real de conseguir la libertad⁹⁴⁰.

En la misma línea, ROIG afirma que el Tribunal se aparta del presupuesto fijado en el caso *Vinter* como ineludible, ya que no ofrece al penado la debida certeza en cuanto a la fecha de revisión y, por consiguiente, no existe una verdadera expectativa de libertad⁹⁴¹.

A pesar de estas críticas, cabe destacar como aspecto positivo de la sentencia *Hutchinson*, que ésta sigue manteniendo la misma postura respecto al principio de las razones penológicas. La revisión no puede limitarse a la verificación de la existencia de aspectos de la persona condenada tan reducidos como su estado de salud, sino que debe abarcar otros como el progreso realizado hacia la rehabilitación. De esta forma, se confirma la importancia de la reinserción como elemento que permite alcanzar la libertad.

⁹³⁷ TEDH, *Vinter c. Reino Unido*, párrafo 130.

⁹³⁸ TEDH, *Vinter c. Reino Unido*, párrafos 129 y 130.

⁹³⁹ TEDH, (Gran Cámara), *Hutchinson c. Reino Unido*, voto disidente del juez Albuquerque, párrafo 16.

⁹⁴⁰ VAN ZYL y APPLETON, "Life imprisonment in England and Wales", pp. 229-230.

⁹⁴¹ ROIG, "Prisión indefinida", pp. 424-425.

Como afirma LANDA, esa sentencia reitera la doctrina *Vinter* y, más concretamente la sentencia *Murray*, la amplia y enriquece, al otorgarle un mayor protagonismo a la reinserción como canon de control de legalidad de la ejecución de las penas indeterminadas, imponiendo al estado la obligación positiva de ofrecer programas de tratamiento que posibiliten la reinserción⁹⁴². Esto enlaza con el siguiente principio que pasaré a explicar en el siguiente apartado, con especial mención a la sentencia *Murray*.

B.2.4 La rehabilitación como obligación positiva

El anterior principio de las razones penológicas nos lleva a este otro principio de la rehabilitación como obligación positiva. Como hemos indicado, en el caso *Vinter*, el Tribunal recalcó su adhesión a los ideales de rehabilitación y reinserción. Ya había apuntado en ese y también en otros casos anteriores⁹⁴³ que el énfasis en la política penal europea se centra ahora en el fin de la rehabilitación, especialmente, hacia el fin del cumplimiento de la pena de prisión⁹⁴⁴. Sin embargo, recientemente, en el caso *Murray c. Países Bajos* (2016) ha declarado de forma explícita que los estados tienen la obligación positiva de asegurar la rehabilitación⁹⁴⁵. Desde esa sentencia ya no hay dudas de que la rehabilitación constituye una obligación positiva que alcanza a toda persona penada⁹⁴⁶. Expresamente se señala que a pesar de que la Convención no garantiza, como tal, el derecho a la rehabilitación, la jurisprudencia del Tribunal presupone que las personas condenadas, incluidas las que cumplen una cadena perpetua, deben tener la oportunidad

⁹⁴² LANDA “Fines de la pena”, pp. 112-114. Este autor reconoce, sin embargo, que a pesar de que Hutchinson confirma, en lo esencial, la doctrina *Vinter*, existen claros oscuros, a los que hemos hecho referencia previamente.

⁹⁴³ Véase entre otros, TEDH, *Dickson c. Reino Unido*, párrafo 75; y TEDH, *Harakchiev c. Bulgaria*, párrafo 245.

⁹⁴⁴ Este énfasis en la rehabilitación se refleja en la práctica de los estados miembros, en las normas adoptadas por el Consejo de Europa y en la normativa internacional. Véase TEDH, *Vinter c. Reino Unido*, párrafos 59-81 y también el apartado I de este capítulo dedicado a los estándares internacionales sobre las penas largas de prisión y la cadena perpetua en el que se observa que la rehabilitación constituye uno de los principios que guían la ejecución penitenciaria, según los textos de derechos humanos internacionales.

⁹⁴⁵ La idea de que los Estados tienen la obligación positiva de tutelar los derechos consagrados en el CEDH ya había sido reconocida muchos años atrás por el TEDH (desde el año 1985 en el caso *X e Y c. Países Bajos*) y actualmente, la jurisprudencia de ese Tribunal en relación con las obligaciones positivas es vastísima. Sin embargo, la obligación positiva nunca había sido afirmada en relación con la rehabilitación. En cuanto a la fundamentación de esas obligaciones o de dónde nace ese reconocimiento, señala VIGANÒ, “Obligaciones de tutela penal”, *passim*, que el Tribunal de Estrasburgo (y también la Corte Interamericana) han desarrollado la idea según la cual del deber estatal de “respetar” los derechos reconocido en el art. 1 del CEDH, derivaría una obligación de tutelar *penalmente*, cuanto menos los más fundamentales de tales derechos, debiendo garantizar *efectividad* en esa tutela. Esto suponen que además de *incriminar* las conductas lesivas de los derechos a la vida, a no ser sometido a tortura, a la libertad personal y sexual, también tiene el deber de *investigar* las conductas agresivas de tales derechos ejecutadas por funcionarios públicos o por particulares, de *perseguir* penalmente a los sujetos individualizados como responsables y de *sancionarlos* con penas proporcionales a la gravedad de los hechos cometidos. Como hemos indicado, el primer caso en que el Tribunal reconoció una violación a las obligaciones positivas de tutela fue *X e Y c. Países Bajos* 1985. La declaración de violación del art. 8 se fundamentó en el hecho de que el Estado no había previsto en su ordenamiento interno una norma *incriminatoria* que protegiese a una víctima de 16 años y que padecía una discapacidad mental de una violación ejecutada mientras aquella se encontraba en una casa privada para niños con discapacidades mentales. El Tribunal afirmó textualmente, en relación al derecho a la vida privada y familiar consagrada en el art. 8: “las *obligaciones positivas a cargo del Estado* son inherentes al derecho al respeto efectivo de la vida privada sancionado en el art. 8”.

⁹⁴⁶ MEIJER, “Rehabilitation”, pp. 145 y 159. Esta obligación se construye sobre la base del respeto de la dignidad humana, que está en el centro del sistema del Convenio de Derechos Humanos.

de rehabilitarse⁹⁴⁷. De esta forma, la reinserción se configura como derecho humano de todo preso y como obligación positiva del Estado⁹⁴⁸.

En el citado caso *Murray*, el Tribunal consideró que, a pesar de que la ley preveía un mecanismo de revisión (el indulto y las revisiones periódica realizadas por un tribunal⁹⁴⁹) para los condenados a cadena perpetua (reductibilidad *de iure*), el preso, que había sido diagnosticado con una enfermedad mental (psicopatía), no recibió ningún tratamiento adecuado para ese diagnóstico (sino sólo el básico)⁹⁵⁰, lo que le impidió *de facto*, alcanzar la libertad condicional, ya que en todas las revisiones se concluyó en contra de su puesta en libertad debido al riesgo de reincidencia existente⁹⁵¹. Al no tener acceso a un tratamiento adecuado para hacer frente a la peligrosidad, ésta no disminuyó. De hecho, en una de las revisiones periódicas realizadas, el tribunal señaló que la finalidad de la continuación de la privación de libertad había dejado de ser la retribución, siendo el único objetivo la protección de la sociedad ante la posible reincidencia⁹⁵². Por todo ello, el tribunal declaró que se había vulnerado el art. 3, porque la pena era irreductible *de facto*⁹⁵³.

En un contexto ligeramente distinto, el Tribunal ha declarado que, en los casos en que la continuación de la privación de libertad se sustente únicamente en el peligro para la sociedad que supone el preso, debe tenerse en cuenta la necesidad de fomentar la rehabilitación⁹⁵⁴. Se trata de las personas condenadas a una pena indeterminada que han cumplido la parte punitiva de la pena que se distingue por el establecimiento de una tarifa, por lo que su privación de libertad se fundamenta sólo en base a la probabilidad de reincidir. Así, en el caso *James, Wells y Lee c. Reino Unido* (2013), el Tribunal señaló que cuando se trate de personas que cumplen una pena de prisión indeterminada debe proporcionarse una oportunidad real de rehabilitación, lo que significa que deben tener una oportunidad razonable de acceder a programas de rehabilitación para hacer frente a

⁹⁴⁷ TEDH, *Murray c. Países Bajos*, párrafos 103 y 104.

⁹⁴⁸ LANDA, “PPR”, p. 62.

⁹⁴⁹ TEDH, *Murray c. Países Bajos* párrafos 49-56.

⁹⁵⁰ Debe señalarse que el tribunal nacional que impuso la condena consideró que Murray debía ser internado en una “*custodial clinic for psychopaths*”. Sin embargo, en la región donde iba a cumplir la pena (isla de Curaçao) sólo existía la opción entre la prisión y el hospital psiquiátrico nacional y teniendo en cuenta que el riesgo de recurrencia era muy alto y el hecho que el acusado no debía considerarse criminalmente insano en el sentido de la ley, la admisión al hospital psiquiátrico nacional estaba totalmente contraindicada, quedando como única opción el internamiento en prisión.

⁹⁵¹ TEDH, *Murray c. Países Bajos*, párrafo 116.

⁹⁵² TEDH, *Murray c. Países Bajos*, párrafo 104.

⁹⁵³ TEDH, *Murray c. Países Bajos*, párrafos 118-127.

⁹⁵⁴ La importancia de la rehabilitación también es reconocida por el art. 5.1 que protege el derecho a la libertad y seguridad de las personas. Toda privación de libertad debe mantener una “relación de causalidad” con la sentencia original desde el inicio de la ejecución de la pena hasta el final de la misma, lo que en determinados casos supondrá la obligación del Estado de ofrecer programas de rehabilitación. Por tanto, la rehabilitación juega como un elemento legitimador de la privación de libertad a efectos del art. 5.1.a. Nos centraremos en esta y otras cuestiones al estudiar ese precepto, *infra* apartado 3.

esa peligrosidad⁹⁵⁵. De lo contrario, nuevamente nos podríamos encontrar ante un caso de irreductibilidad *de facto* de la pena, tal y como recordó el Tribunal en el caso *Hussain*, al que hemos hecho alusión en el apartado anterior. El Tribunal apuntó que no tener en cuenta la evolución del preso una vez cumplida la tarifa, podría vulnerar el art. 3⁹⁵⁶.

La obligación positiva que tiene el estado de ofrecer la oportunidad de rehabilitación, matiza el Tribunal de Estrasburgo, es una obligación de medios, no de resultados⁹⁵⁷. Las personas condenadas a una cadena perpetua deben tener la oportunidad de rehabilitarse y, por ello, se les debe dar un tratamiento adecuado⁹⁵⁸ para que, de esa forma, tengan una oportunidad realista o adecuada de rehabilitarse⁹⁵⁹ y puedan así tener la esperanza de ser puestos en libertad algún día⁹⁶⁰. La ausencia de esa oportunidad realista puede resultar en la irreductibilidad de la pena *de facto*. Sin embargo, los estados no son responsables de conseguir esa rehabilitación⁹⁶¹ y a la hora de elegir las instalaciones, las medidas o los tratamientos necesarios para hacer posible la rehabilitación, gozan de un amplio margen de apreciación. La obligación establecida en el art. 3 debe interpretarse de manera que no imponga una carga excesiva a las autoridades nacionales⁹⁶². A pesar de ello, como se ha apuntado, los estados sí tienen la obligación de hacer posible esa rehabilitación. Han de asegurar que los regímenes penitenciarios sean compatibles con el objetivo de la rehabilitación y permitir que progresen hacia su rehabilitación.

Como señala LANDA, el tribunal no llega a afirmar que la rehabilitación sea un derecho subjetivo, pero sí exige que se garantice la oportunidad de conseguir ese objetivo de forma real y factible, es decir, la oportunidad ha de ser real. Así, concluye este autor que es menos que un derecho a la reinserción, pero algo más que una mera obligación pasiva de constatación del proceso de reinserción al estilo de un “notario”, debiendo asumir un rol más proactivo en cumplimiento de las obligaciones positivas⁹⁶³. En este sentido, tal y como afirma MEJER, la importancia del reconocimiento de esta obligación

⁹⁵⁵ TEDH, *James, Wells y Lee c. Reino Unido*, párrafos 209 y 218.

⁹⁵⁶ Véase TEDH, *Hussain c. Reino Unido*, párrafo 53, citado *supra*, apartado B.2.3. Volveremos a referirnos a este caso *infra* apartado 3, al estudiar el art. 5.1 del Convenio.

⁹⁵⁷ TEDH, *Murray c. Países Bajos*, párrafo 104

⁹⁵⁸ TEDH, *Murray c. Países Bajos*, párrafo 106. En relación con el tratamiento FANEGA, “Jurisprudencia del TEDH”, p. 4, pone de relieve que el Tribunal no hace alusión a la calidad del mismo, sino solo una referencia genérica a “cualquier tratamiento”, lo que supone que el estado está solamente obligado proveer “algún” tratamiento, convirtiendo en la práctica el tratamiento penitenciario en un derecho laxo y difícilmente medible.

⁹⁵⁹ TEDH, *Murray c. Países Bajos*, párrafo 112; y TEDH, *Harakchiev c. Bulgaria*, párrafo 264. Lo que implica una oportunidad realista o adecuada para la rehabilitación depende de las circunstancias específicas del caso.

⁹⁶⁰ TEDH, *Harakchiev c. Bulgaria*, párrafo 264.

⁹⁶¹ TEDH, *Harakchiev c. Bulgaria*, párrafo 264.

⁹⁶² TEDH, *Murray c. Países Bajos*, párrafo 110.

⁹⁶³ LANDA “Fines de la pena”, p. 117.

radica en que se pueda exigir legalmente su cumplimiento, lo que permite a los tribunales intervenir en caso de reticencia administrativa⁹⁶⁴.

B.2.5. Garantías procesales

En quinto lugar, se sitúa el principio de las garantías procesales justas, que incluyen, al menos, la obligación de motivar las decisiones de no liberar a un preso o la revocación de la libertad condicional y la posibilidad de recurrir judicialmente esa decisión. En cuanto a la primera, en la medida en que es necesario para la persona que cumple una cadena perpetua conocer qué debe hacer para ser considerada para la liberación y bajo qué condiciones (principio de legalidad, explicado *supra* B.2.1), deben ofrecerse las razones que han llevado a tomar esa decisión. En cuanto a la segunda, encuentra su fundamento en el principio de que la decisión tomada acerca de la libertad condicional debe estar protegida por el acceso a una revisión judicial.

La falta de garantías procesales, como la no obligación del presidente de dar a conocer las razones sobre la denegación del indulto y la imposibilidad de recurrir judicialmente esa decisión, unida a que las condiciones carcelarias no eran propicias para la rehabilitación ha llevado al Tribunal, recientemente, en *Matiošaitis c. Lituania* (2017), a concluir que se ha vulnerado el art. 3. Mediante un decreto presidencial de 1993 se habían estipulado los criterios a tener en cuenta por parte de la comisión del indulto a la hora de realizar la revisión, como, por ejemplo, la naturaleza del delito cometido, el peligro que supone ese delito para la sociedad, la personalidad del preso o su comportamiento y actitud hacia el trabajo; una lista que corresponde con lo sostenido constantemente por el Tribunal de Estrasburgo de que el derecho a la revisión implica una revisión de las razones penológicas⁹⁶⁵. Sin embargo, al no publicarse esos criterios, ni darse a conocer las razones sobre la decisión del indulto, el preso no podía saber qué debía hacer para ser puesto en libertad (principio de legalidad) y, por consiguiente, el Tribunal determinó que la pena era *de facto* irreductible⁹⁶⁶.

Por razones similares, el TEDH llegó a la misma conclusión en el caso *Harakchiev*, declarando que la pena impuesta era irreductible *de iure* y también *de facto*. Sin entrar de nuevo en la dimensión *de iure* (ya explicada *supra* apartado B.2.1 al estudiar el principio de legalidad), y centrándonos en la dimensión *de facto*, ésta tiene relación con las garantías procesales. La ausencia absoluta de garantías que rodeaban el ejercicio del poder de indultar del presidente, junto con la inexistencia de ejemplo alguno sobre la concesión del indulto a un condenado a cadena perpetua sin tarifa, llevó al tribunal a

⁹⁶⁴ MEIJER, “Rehabilitation”, p. 161.

⁹⁶⁵ TEDH, *Matiošaitis c. Lituania*, párrafos 74, 78 y 168.

⁹⁶⁶ TEDH, *Matiošaitis c. Lituania*, párrafos 174, 177 y 181-183.

declarar que entre el año 2004, cuando la condena del recurrente se convirtió en firme, y el 2012, fecha en que se establecieron una serie de garantías, la pena no podía ser considerada reductible *de facto*⁹⁶⁷. Si no existen suficientes garantías procesales que hagan factible la consecución de la libertad condicional, no podrá afirmarse que la pena es reductible *de facto*.

Hasta 2012, la forma en que se utilizaba el indulto presidencial era opaca. No se había hecho pública la política que seguía el presidente y éste no tenía la obligación de dar a conocer las razones por las que decidía otorgar un indulto⁹⁶⁸. Fue a partir de esa fecha cuando se estableció una comisión del indulto y se desarrollaron una serie de normas y garantías procedimentales. Mensualmente se publicaban unos informes explicando las razones alegadas por quienes solicitaban un indulto, así como los criterios que guían el examen de esas solicitudes y las razones de las recomendaciones a favor de la libertad. La comisión tenía en cuenta todas las circunstancias del preso, como por ejemplo, la gravedad del delito cometido, los antecedentes penales, el grado en que se alcanzaron los objetivos del castigo; las perspectivas de desarrollo personal del recluso, incluido el riesgo de reincidencia; el éxito del proceso correccional; la disponibilidad de personas o instituciones que pudieran resocializar al preso; el estado de salud del recluso; la situación familiar del recluso etc. Además de lo anterior, el indulto era recurrible ante un tribunal⁹⁶⁹.

En relación con esta última garantía, el derecho a un recurso o revisión judicial, que permite al preso apelar la decisión sobre la concesión o no de la libertad condicional, el Tribunal de Derechos Humanos ha reiterado en diferentes ocasiones que no es su tarea prescribir la forma que ha de tener esa revisión, si judicial o ejecutiva, ya que queda dentro del margen de apreciación de los estados miembros. Por tanto, el indulto (*presidential clemency*) puede ser compatible con las exigencias derivadas de su jurisprudencia⁹⁷⁰. Sin embargo, esa decisión debe estar sujeta a una revisión judicial; debe existir la posibilidad de recurrirla y revisarla⁹⁷¹. En resumen, la forma de la revisión puede ser o bien ejecutiva

⁹⁶⁷ TEDH, *Harakchiev c. Bulgaria*, párrafo 262. En una resolución dictada unos meses antes, TEDH, *Laszlo c. Hungría*, párrafos 57 y 58, también se concluyó que se había vulnerado el art. 3 debido a la falta de garantías suficientes. El presidente no estaba obligado a valorar si la privación de libertad estaba justificada en base a las razones penológicas, ni la ley preveía ninguna guía específica sobre los criterios que debían tenerse en cuenta en la revisión y tampoco existía la obligación de motivar la decisión sobre la libertad. Como consecuencia de ello, el Tribunal entendió que el condenado no podía conocer qué debía hacer para alcanzar la libertad condicional.

⁹⁶⁸ TEDH, *Harakchiev c. Bulgaria*, párrafos 77 y 262.

⁹⁶⁹ TEDH, *Harakchiev c. Bulgaria*, párrafos 92-97 y 258-259.

⁹⁷⁰ Véase TEDH, *Kafkaris c. Chipre*, párrafo 102; TEDH, *Iorgov c. Bulgaria*, párrafo 52; TEDH, *Vinter c. Reino Unido*, párrafo 120, TEDH, *Harakchiev c. Bulgaria*, párrafo 251; y TEDH (Gran Cámara), *Hutchinson c. Reino Unido*, párrafo 45. Sin embargo, como veremos al analizar el art. 5.4 (*infra* apartado 4), la revisión prevista en ese precepto sí exige que la autoridad encargada de esa labor tenga las funciones que corresponden a un tribunal (*a court-like body*).

⁹⁷¹ TEDH, *Vinter c. Reino Unido*, párrafos 94 y 129; y TEDH, *Harakchiev c. Bulgaria*, párrafo 258

con inclusión de las razones de la decisión tomada, o bien una revisión judicial, de modo que se elimine incluso la apariencia de arbitrariedad⁹⁷².

Ya desde *Kafkaris c. Chipre* (2008) -que analizaremos más detenidamente en el apartado 5 al estudiar la jurisprudencia relativa al art. 7-, la Gran Cámara apuntó, ante la queja del recurrente relativa a la ausencia de un sistema de revisión llevado a cabo por una Junta de Libertad Condicional, que la forma de la revisión es una cuestión que entra dentro del margen de apreciación del estado y añadió que se observa que “en la actualidad todavía no existe una norma clara y comúnmente aceptada entre los Estados miembros del Consejo de Europa sobre la cadena perpetua y, en particular, sobre su revisión”⁹⁷³. Actualmente, el Tribunal sigue manteniendo la compatibilidad de la revisión ejecutiva con el art. 3⁹⁷⁴.

También en *Hutchinson* el recurrente criticó que el poder de revisar las cadenas perpetuas sin tarifa recayera en manos de la Secretaría de Estado, porque dejaba poca esperanza para creer en una revisión justa, exhaustiva y consistente con los motivos que permiten otorgar la libertad, y porque era una función que debería confiarse a los tribunales, no a los políticos. Sin embargo, el Tribunal nuevamente confirmó que su jurisprudencia permite el carácter ejecutivo de la revisión (esa característica por sí sola no es contraria al art. 3), y señala que esa revisión está sujeta a recurso judicial ante los tribunales, recurso que no se limitará a estudiar razones formales o de procedimiento, sino que también implicará un examen del fondo⁹⁷⁵.

Volviendo a *Kafkaris*, la ausencia de otras garantías procedimentales tampoco hizo que el Tribunal se pronunciase a favor de la vulneración del art. 3. Como se ha señalado, el demandante, que había sido condenado a tres cadenas perpetuas obligatorias por cada uno de los tres asesinatos premeditados, alegaba que en Chipre no existía un sistema de Junta de libertad condicional (*Parole Board*), ya que el procedimiento en ese momento en vigor concedía una discrecionalidad sin restricciones al Presidente y era arbitraria en su naturaleza. Además de ello, tal y como admitió el Tribunal de Estrasburgo, las posibilidades de obtener la libertad condicional eran limitadas, ya que dependía de la

⁹⁷² TEDH, *Matiošaitis c. Lituania*, párrafo 181.

⁹⁷³ TEDH, *Kafkaris c. Chipre*, párrafo 103.

⁹⁷⁴ Entre otros, TEDH, *Vinter c. Reino Unido*, párrafo 120, TEDH, *Harakchiev*, párrafo 246 b o, más recientemente, TEDH, *Matiošaitis c. Lituania*, párrafo 181. En relación con el caso *Vinter*, VAN ZYL y otros, “Whole life sentences”, p. 13, explican que la alusión al margen de apreciación del estado refleja que la Gran Cámara era consciente de que sus conclusiones eran controvertidas. La referencia a esa discrecionalidad interna de los estados, además de buscar ser políticamente lo más complaciente posible con el gobierno del Reino Unido, era una afirmación que el TEDH hace regularmente. “*The Grand Chamber knew that its conclusions were controversial. An appeal to the margin of appreciation that states are allowed was not just politic—being as accommodating to the UK government as possible—it was an assertion the ECtHR regularly makes*”.

⁹⁷⁵ TEDH, *Harakchiev c. Bulgaria*, párrafos 28, 46 y 52.

voluntad del Presidente⁹⁷⁶, quien no tenía la obligación de motivar la denegación de una solicitud sobre libertad condicional, ni era esa la práctica seguida, y tampoco se podía recurrir la decisión ante los tribunales⁹⁷⁷. A pesar de todas esas carencias, la Gran Cámara consideró que sí era posible obtener dicha libertad *de facto* y *de iure* haciendo alusión a que 9 personas condenadas a cadena perpetua fueron liberadas en 1993 y otras dos entre 1997 y 2005⁹⁷⁸. Los datos estadísticos de un país sobre el uso previo del mecanismo de revisión, incluido el número de personas que han sido puestas en libertad es una información que el Tribunal considera útil para determinar la reductibilidad *de facto* de una pena⁹⁷⁹.

Como se puede observar, en *Kafkaris*, a pesar de la falta total de garantías procedimentales sobre la revisión de la condena, al existir casos concretos de personas que habían recibido el indulto, no se consideró que se había infringido el art. 3. Sin embargo, hay que añadir que fue una votación muy reñida, 10 votos a favor de la no violación del art. 3 contra 7 votos en sentido opuesto. En uno de los votos particulares que agrupa a 5 jueces⁹⁸⁰ se reconoce que el mero hecho de que la posibilidad de alcanzar la libertad condicional sea limitada no es suficiente para la constatación de una violación del art. 3, pero entienden que la palabra *de facto* significa una posibilidad genuina de libertad condicional y eso, afirman, no se produce en el presente caso. Así mismo, también señalaron que, aunque la libertad condicional puede depender de la discrecionalidad del presidente, deben existir una serie de garantías para evitar la arbitrariedad, que tampoco existían en el caso objeto de estudio. Consideraron que el procedimiento de revisión presentaba una serie de deficiencias, como, por ejemplo, la no obligación del presidente de motivar la denegación de una solicitud (no siendo ésta la práctica), o la inexistencia de control jurisdiccional para revisar tal denegación. Por todo ello, concluyeron que no pueden aceptar que, según el procedimiento actualmente en vigor en Chipre, el demandante tenía una perspectiva real y tangible de alcanzar la libertad⁹⁸¹.

VAN ZYL considera que en la constatación de la no violación no se agotó la importancia de esa sentencia por una razón: La Gran Cámara incluyó una lista exhaustiva

⁹⁷⁶ La libertad condicional podía ser alcanzada por dos vías: 1) el art. 53.4 de la Constitución otorgaba al presidente el poder para suspender, remitir o conmutar la pena de cadena perpetua y 2) el art. 14 de la Ley de Prisiones de 1996 le otorgaba también al presidente el poder de conceder la libertad condicional por decreto en cualquier momento.

⁹⁷⁷ TEDH, *Kafkaris c. Chipre*, párrafo 91.

⁹⁷⁸ TEDH, *Kafkaris c. Chipre*, párrafo 103.

⁹⁷⁹ Véase TEDH, *Kafkaris c. Chipre*, párrafo 103; TEDH, *Iorgov c. Bulgaria*, párrafos 55-58, TEDH, *Harakchiev c. Bulgaria*, párrafos 252 y 262; TEDH, *Bodein c. Francia*, párrafo 59; y TEDH, *Murray c. Países Bajos*, párrafo 100. Véase también supra apartado B.2.1

⁹⁸⁰ TEDH, *Kafkaris c. Chipre*, voto particular de los jueces Tulkens, Cabral, Fura-Sandström, Spielmann y Jebens.

⁹⁸¹ TEDH, *Kafkaris c. Chipre*, voto particular de los jueces Tulkens, Cabral barrero, Fura-Sandström, Spielmann y Jebens, párrafo 6.

de instrumentos legales del Consejo de Europa y la Unión Europea que se ocupan de la rehabilitación como objetivo de la prisión y relacionaron estas normas explícitamente con la necesidad de procedimientos claros sobre la libertad condicional que permitan a los presos regresar a la vida en sociedad⁹⁸².

Con una argumentación similar a la de *Kafkaris*, el Tribunal declaró en un caso posterior, en *Iorgov* (2011), que no se había vulnerado el art. 3. A pesar de reconocer que se podían detectar deficiencias en el procedimiento de indulto, entre otras, la ausencia de razones sobre la denegación del indulto⁹⁸³ o que la negativa a utilizar ese poder no era susceptible de ser recurrida⁹⁸⁴, entendió que, al haber sido la solicitud del recurrente examinada y rechazada sobre la base de su expediente personal y la opinión negativa formulada por las autoridades penitenciarias y además al no haber transcurrido suficiente tiempo para que la valoración de su solicitud de indulto tuviese posibilidades de éxito⁹⁸⁵, no se podía afirmar que si *Iorgov* presentase a su debido tiempo la solicitud de indulto, no sería debidamente considerada con referencia a una amplia gama de criterios, como por ejemplo, el comportamiento en prisión, el arrepentimiento expresado o la valoración de las autoridades sobre su capacidad de adaptarse fuera de prisión. Por todo ello, el Tribunal concluyó que el recurrente no había probado, más allá de la duda razonable, que en la práctica no existió base alguna sobre la que fundamentar la esperanza de ser puesto en libertad⁹⁸⁶.

La referencia que se hizo en *Iorgov* a un conjunto de criterios enlaza con el principio de las razones penológicas. Como se observa, el estudio de diferentes aspectos de la persona y del delito, hace posible que exista una perspectiva real de poder alcanzar la libertad condicional, ya que la revisión de la condena no se limita al estudio de aspectos limitados, como la salud o la enfermedad del preso, circunstancias que a pocos presos permitiría alcanzar la libertad *de facto*.

La compatibilidad con el art. 3 de la cadena perpetua sin tarifa que prevé la ley francesa también ha dado lugar a dos recursos ante el Tribunal de Derechos Humanos. En ambos casos se determinó que no se había vulnerado el art. 3, porque, a pesar de la ausencia de una tarifa, existía un sistema de revisión y estaba protegida por diferentes garantías procesales.

⁹⁸² VAN ZYL, “Outlawing Irreducible Life”, p. 43

⁹⁸³ TEDH, *Kafkaris c. Chipre*, párrafos 91 y 105.

⁹⁸⁴ TEDH, *Iorgov c. Bulgaria*, párrafo 53.

⁹⁸⁵ TEDH, *Iorgov c. Bulgaria*, párrafo 47.

⁹⁸⁶ TEDH, *Iorgov c. Bulgaria*, párrafos 55-59.

En *Léger c. Francia* (2006)⁹⁸⁷, aunque el preso había pasado 40 años en prisión, el TEDH dio una respuesta negativa, por entender que el interesado tuvo la posibilidad (transcurrido un periodo de seguridad) de solicitar la libertad condicional a intervalos regulares ante un tribunal⁹⁸⁸ –tal y como lo hizo, aunque todas fueron denegadas- y dispuso de todas las garantías procesales⁹⁸⁹, de tal manera que no puede considerar, ni *de iure* ni *de facto*, que su privación de libertad fuera irremediabilmente perpetua. Así, se concluyó que no se le privó de la esperanza de poder obtener la libertad y, por tanto, la angustia moral provocada en el sujeto no excedía del sufrimiento inherente a la pena privativa de libertad⁹⁹⁰. De hecho, finalmente, el 3 de octubre de 2005, cuando había purgado más de cuarenta años de prisión y justo unos meses después de haber tenido lugar la audiencia pública ante el Tribunal de Estrasburgo, fue liberado condicionalmente⁹⁹¹. De igual modo, en un caso posterior, *Bodein c. Francia*⁹⁹², el TEDH concluyó que la cadena perpetua en ese país era reductible⁹⁹³, porque se podía revisar a los 30 años y, por consiguiente, existía una perspectiva de liberación.

Sin embargo, en opinión de VANNIER, en *Bodein*⁹⁹⁴ (y también en *Vinter*⁹⁹⁵), el TEDH ofrece una interpretación limitada del derecho a la esperanza, ya que sólo tiene en cuenta la reductibilidad desde el punto de vista procesal⁹⁹⁶. Por ello, aunque admite que en Francia existe un mecanismo de revisión, considera que esa revisión presenta una serie de carencias que impiden *de facto* hacer reductible la condena. Esta autora pone de manifiesto que una cosa es asegurarse de que la ley prevé mecanismos de revisión y otra es la implementación real de tales mecanismos, es decir, si éstos pueden y son de hecho implementados. Haciendo alusión a los investigadores LECHON y HERZOG-EVANS,

⁹⁸⁷ Fue un suceso muy mediatizado en el país vecino en el que el acusado había secuestrado y matado a un niño de once años.

⁹⁸⁸ *Tribunal de l'application des peines*

⁹⁸⁹ TEDH, *Léger c. Francia*, párrafo 38: “*The post-sentencing court gives judgment after obtaining the opinion of a Prison Service representative, following adversarial proceedings in which it hears the public prosecutor’s submissions and the observations of the convicted person and, where appropriate, his or her lawyer*”.

⁹⁹⁰ TEDH, *Léger c. Francia*, párrafo 93.

⁹⁹¹ La sentencia de la Sala fue aprobada por cinco votos contra dos y, después del reenvío a la Gran Cámara, finalmente fue archivada por muerte del demandante y fue condenado a cadena perpetua sin especificar ningún plazo mínimo.

⁹⁹² TEDH, *Bodein c. Francia*. El recurrente fue condenado en 2008 a cadena perpetua por tres asesinatos, incluyendo dos cometidos contra menores de quince años, precedidos o acompañados de violación. Anteriormente había sido condenado en varias ocasiones. La primera vez que recibió una condena fue en 1969 por robo agravado y agresión sexual. En 1980 fue liberado y detenido por segunda vez en 1989 por robo a mano armada. Se hizo pasar por un enfermo mental e ingresó en una dependencia psiquiátrica del que escapó en 1992. Durante su evasión, tomó dos rehenes, una a quien violó y durante la evasión disparó a un policía. *Bodein* fue condenado en 1994 a 30 años de prisión y en 2004 fue puesto en libertad por buen comportamiento. Unos meses más tarde, violó y mató a dos mujeres menores de edad y una mujer adulta. Finalmente, fue condenado en 2008 a cadena perpetua sin tarifa.

⁹⁹³ TEDH, *Bodein c. Francia*, párrafo 61.

⁹⁹⁴ TEDH, *Bodein c. Francia*, párrafo 54.

⁹⁹⁵ TEDH, *Vinter c. Reino Unido*, párrafo 87.

⁹⁹⁶ VANNIER, “A Right to Hope?”, p. 204.

señala que éstos afirman que las revisiones ofrecen, en la práctica, escasas posibilidades de libertad condicional⁹⁹⁷.

Las razones que llevan a defender que la cadena perpetua en Francia no es reductible son resumidas por VANNIER de la siguiente manera. Por una parte, la concesión de la libertad condicional está construida en términos de “peligrosidad”, sin embargo, este término no está definido ni detallado⁹⁹⁸. Por otra parte, se espera que el condenado demuestre que ha realizado cursos de formación o educativos o se haya asegurado un empleo o unas prácticas; sin embargo, los condenados a cadena perpetua son considerados, generalmente, los más peligrosos, por lo que suelen cumplir la pena en centros concretos donde esos cursos son muy escasos y decadentes⁹⁹⁹. Otra de las razones que destaca esta autora es el hecho de que la decisión de otorgar la libertad condicional depende de la comisión pluridisciplinar, cuyos miembros no están cualificados para valorar la peligrosidad. Además, como pone de relieve, tampoco existen estudios científicos que hayan evaluado el nivel de riesgo que presentan las personas condenadas a una cadena perpetua los cuales pudiera utilizar la comisión y tampoco existen herramientas para poder medir esa peligrosidad. Por todo ello, considera que la perspectiva de liberación es ilusoria¹⁰⁰⁰.

Por último, esta autora se muestra de acuerdo con el voto disidente de Nussberg cuando la juez apunta la importancia de tener en cuenta la posibilidad “real” y no “teórica” de la liberación. En particular, la juez llama la atención sobre la necesidad de considerar la esperanza de vida y la edad en la que se ha recibido la condena. Siguiendo lo apuntado por la magistrada, VANNIER considera que para determinar hasta qué punto la cadena perpetua es reducible *de facto*, se deben tener en cuenta esos dos factores. En alusión al caso concreto objeto de estudio por el TEDH, señala que *Bodein* fue condenado cuando tenía 66 años, por lo que cuando se valore su caso para la posible libertad condicional rondará los 95. Si a esto se le añade la esperanza de vida para los hombres franceses de su edad, se podría afirmar que el recurrente está cumpliendo una pena irreductible y, muy probablemente, morirá en prisión¹⁰⁰¹.

Con todo ello, VANNIER concluye que el Tribunal ha limitado su análisis sobre el derecho a la esperanza a la dimensión de *iure* y afirma que las posibilidades de ser puesto en libertad según lo dispuesto en la legislación francesa, son escasas.

⁹⁹⁷ VANNIER, “A Right to Hope?”, p. 205.

⁹⁹⁸ VANNIER, “A Right to Hope?”, p. 202.

⁹⁹⁹ VANNIER, “A Right to Hope?”, p. 202

¹⁰⁰⁰ VANNIER, “A Right to Hope?”, pp. 205-207.

¹⁰⁰¹ VANNIER, “A Right to Hope?”, p. 208.

B.2.6. Consideraciones finales

Tras el análisis de los cinco principios fundamentales que han de respetar las penas indeterminadas para que se consideren reductibles (y con ello, conformes al art. 3), es importante recordar que la reductibilidad *de iure* y *de facto* de la pena, es decir, el derecho que reconoce el Tribunal a una revisión y la posibilidad real de obtener la libertad, no significa que toda persona en cumplimiento de una pena de prisión debe ser obligatoriamente liberada en un momento determinado, pero sí que el Estado está obligado a revisar su caso y darle la posibilidad de alcanzar la libertad condicional si cumple con los requisitos exigidos para ello¹⁰⁰². En otras palabras, que la pena sea *de iure* y *de facto* reductible, tal y como se estableció en *Kafkaris*. El Tribunal puntualiza, que el hecho de que en la práctica no se otorgue la libertad condicional a una persona concreta no viola el señalado precepto, siempre y cuando tal denegación venga motivada por el no cumplimiento de unos requisitos previamente establecidos¹⁰⁰³.

Además, como apunta el Tribunal en el caso *Vinter*, no se producirá ninguna vulneración del art. 3 si se deniega la libertad condicional a una persona cuando se considera que puede ser peligrosa para la sociedad. La razón de ello, de acuerdo con la Gran Cámara, es que los estados tienen el deber, según el Convenio, de proteger a la sociedad de los delitos violentos. El Convenio no prohíbe a los Estados someter a una persona condenada por un delito grave a una pena indeterminada, permitiéndose así la continuación de la privación de libertad cuando sea necesaria para garantizar la seguridad de la ciudadanía¹⁰⁰⁴.

C. Recapitulación y valoración crítica

El análisis de la jurisprudencia del TEDH en relación con el art. 3 permite afirmar que la aplicación de las penas de prisión de duración indeterminada o de larga duración sí es, *a priori*, compatible con el CEDH. Por tanto, la imposición de una cadena perpetua por un delito grave, como puede ser un asesinato, en principio, no podría considerarse pena inhumana. Sin embargo, existen dos requisitos o características indispensables que esas penas han de cumplir para que sean conformes al Convenio: que no sean

¹⁰⁰² Con ocasión de la Sentencia del TEDH, *Vinter c. Reino Unido*, PADFIELD afirma, en *Law in Focus*, una colección de videos cortos de académicos de la Facultad de Derecho de la universidad de Cambridge, lo siguiente: “*Saying that these persons have a right to have their sentences reviewed is a million miles from saying that they should or would ever be released*”. Puede verse todo el video en la siguiente dirección electrónica: <https://www.youtube.com/watch?v=4pWX5RDsfec>.

¹⁰⁰³ TEDH, *Vinter c. Reino Unido*, párrafo 108.

¹⁰⁰⁴ TEDH, *Vinter c. Reino Unido*, párrafo 108. También TEDH, *Murray c. Países Bajos*, párrafo 111, recoge literalmente esa afirmación y hace remisión a ese párrafo del caso *Vinter*.

desproporcionadas ni irreductibles. Por tanto, el CEDH ofrece dos vías o mecanismos de control para examinar la compatibilidad de las penas de prisión con el art. 3.

En cuanto a la prohibición de las penas muy desproporcionadas, éste debe analizarse caso por caso, ya que el Tribunal no establece un límite temporal infranqueable, tras el cual la pena dejaría de ser proporcional. Es cierto que ha ofrecido alguna orientación sobre cuándo una pena de cadena perpetua sería desproporcionada, al señalar que su aplicación ante un delito leve sería contraria al art. 3. Sin embargo, al mismo tiempo, ha considerado compatible con dicho precepto la aplicación de una cadena perpetua en delitos no especialmente graves por razones preventivas relacionadas con la peligrosidad (caso *Weeks c. Reino Unido*). Por tanto, aunque la cadena perpetua debe guardar una relación de proporcionalidad con la gravedad del delito cometido, la lógica de la peligrosidad ha permitido justificar la imposición de aquellas penas en delitos no graves, a pesar de que resultan claramente desproporcionadas en atención a la gravedad del delito cometido.

En cuanto a la irreductibilidad *de iure y de facto*, el Tribunal considera que una cadena perpetua que no prevea un mecanismo de revisión que se activa transcurrido un tiempo previamente determinado, con el objetivo de comprobar la legalidad de la continuación de la privación de libertad, valorando para ello si sigue existiendo algún fundamento penológico que motivó la privación de libertad, también será contraria al Convenio. Por tanto, no se trata de una revisión extraordinaria que se realiza sólo en casos excepcionales para otorgar la libertad condicional cuando, por ejemplo, existen razones de índole humanitaria, lo que fue expresamente descartado en el caso *Vinter*. Se trata de una revisión más amplia que abarca el estudio de las bases penológicas que fundamentan la privación de libertad.

La relevancia de esa sentencia reside, no solo en que garantiza una revisión de legalidad de la privación de libertad, sino y, sobre todo, porque otorga a la rehabilitación un papel legitimador superior al resto de razones penológicas, al destacar expresamente que un cambio fundamental en el progreso hacia la rehabilitación debe considerarse de forma adecuada. Esta inclinación hacia la rehabilitación resulta totalmente coherente desde dos puntos de vistas. En primer lugar, porque de valorarse todas las razones penológicas de forma equitativa, la revisión podría convertirse en algo meramente formal, ya que los estados podrían denegar la libertad condicional alegando una y otra vez que existen razones de índole retributiva o preventivo general, lo que dejaría al preso en una situación de indefensión. En segundo lugar, porque, tal y como señaló el Tribunal en *Vinter*, los diferentes fines que cumple la pena no están presentes de igual forma en el

momento de aplicación de la pena y a lo largo del cumplimiento de la misma, de manera que, con el transcurso de los años, las finalidades de carácter retributivo y de prevención general deben ir perdiendo peso.

Haciendo una comparación entre el caso *Kafkaris y Vinter*, aunque es cierto que en el primer caso el Tribunal también manifestó que debía existir una posibilidad real de alcanzar la libertad condicional y de la revisión de la pena, es en el caso *Vinter* donde el Tribunal da un paso cualitativo al exigir que además se debe indicar una fecha de revisión y deben estar definidas cuáles son las condiciones a cumplir para poder obtener la libertad condicional. Por tanto, no sólo se exige que exista la posibilidad de alcanzar la libertad condicional y el derecho a una revisión, sino que además el preso tiene derecho a saber, desde el inicio de la condena, cuándo se va a producir esa revisión (o cuándo puede solicitarla) y qué debe hacer para conseguir la libertad condicional. Es también importante resaltar que en el caso *Vinter* el Tribunal consideró que la vulneración del art. 3 se producirá desde el momento de la imposición de una pena de prisión sin posibilidad de libertad, porque el preso debe conocer desde el inicio de su condena la fecha de revisión.

La vulneración del art. 3 también puede producirse por la ausencia de las garantías procesales. La mera previsión de un mecanismo de revisión, sin que exista la obligación de motivar la decisión de no liberar o no haya posibilidad de recurrirla judicialmente, no evitará la vulneración del art. 3 por convertir la pena en irreductible *de facto*, ya que el preso no podrá conocer qué debe hacer para ser considerado para la liberación. El TEDH permite que la revisión se lleve a cabo por el ejecutivo (lo que podría suponer una injerencia ilegítima de aquél sobre una función judicial y, por ello, criticable), sin embargo, en ese caso exige que se pueda recurrir judicialmente. Por tanto, el ejercicio opaco del indulto por parte del ejecutivo será contrario al art. 3. También pueden resultar relevantes para determinar si la pena es reductible *de facto*, los datos sobre el uso previo del mecanismo de revisión y el número de personas que han sido puestas en libertad.

Aunque el reconocimiento del derecho a la revisión se produce a raíz de la discusión suscitada acerca de la cadena perpetua sin libertad condicional del Reino Unido (*whole life sentence*), se ha defendido, siguiendo a VAN ZYL y otros, que el derecho a una revisión *Vinter* debería ser extensible a toda persona que cumple una pena indeterminada y también una pena determinada, siempre que la tarifa (en el primer caso) o la duración de la condena (en el segundo caso), supere los 25 años de prisión, por razones de coherencia y justicia. En el caso de una pena indeterminada cuya tarifa se establece, por ejemplo, en 35 años o una pena determinadas de esa duración, debería

realizarse una revisión *Vinter* como una garantía de mínimos. Ambas modalidades de penas deberían estar protegidas con las mismas garantías.

La idea que se esconde detrás del pronunciamiento del TEDH en el caso *Vinter* es que toda persona condenada a una pena de prisión tenga derecho a optar a la libertad condicional transcurrido un tiempo considerable, de ahí la importancia de la revisión. Por tanto, se podría afirmar que el Tribunal reconoce y garantiza el derecho universal a la revisión y a optar a la libertad condicional de toda persona que está cumpliendo una pena de prisión, sea una pena determinada o indeterminada, es decir, con independencia del tipo o modalidad de cadena perpetua que se imponga y de la gravedad del delito o delitos cometidos. Esto no quiere decir que el Tribunal obligue a conceder la libertad condicional en todos los casos, pero sí a que todo el mundo tenga derecho a una revisión para saber si procede o no conceder la libertad condicional. Esto se encuentra en la línea con la normativa internacional (estudiada *supra*, apartado I de este capítulo), que reconoce y apoya el derecho de toda persona condenada a una pena de prisión a alcanzar la libertad condicional.

Para finalizar, se puede afirmar que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha adoptado la idea de que los presos condenados a cadena perpetua deben conservar, como una cuestión de derechos humanos, un derecho a la esperanza, lo que significa que debe existir la posibilidad jurídica y real de alcanzar la libertad algún día, siempre que, tras una evaluación del caso, se considere que ya no existen razones penológicas que justifiquen la privación de libertad. El fundamento penal para proporcionar esperanza a los reclusos se basa en el concepto de reinserción y dignidad y en la creencia de que los delincuentes cambian y se merecen una segunda oportunidad para reintegrarse a la sociedad. Negar a los reclusos toda perspectiva de liberación violaría el Convenio, ya que niega cualquier posibilidad de cambio, haga lo que haga el preso en la cárcel o por excepcional que sea su progreso hacia la rehabilitación, ya que su castigo permanecerá fijo y no será revisable.

3. Artículo 5.1.a CEDH: La privación de libertad para el cumplimiento de una pena de prisión

A. Consideraciones generales

El art. 5 CEDH garantiza el derecho fundamental a la libertad y a la seguridad. Este precepto tiene un papel principal en la protección de la legalidad de la privación de libertad, ya que su objetivo es garantizar que nadie sea privado de su libertad de manera arbitraria¹⁰⁰⁵; evitar el abuso de poder¹⁰⁰⁶.

El Tribunal ha subrayado, con frecuencia, la importancia fundamental de las garantías contenidas en el señalado precepto para proteger el derecho de los individuos a estar libres de la privación de libertad arbitraria por parte de las autoridades, derecho de importancia fundamental en una sociedad democrática¹⁰⁰⁷. Sin embargo, el Convenio permite que este derecho a la libertad pueda ser sacrificado en ciertos casos. Así, el art. 5 enumera de manera exhaustiva todos los supuestos que legitiman la privación de libertad. Esos supuestos o razones son las siguientes.

En primer lugar, es posible privar de libertad a una persona cuando el objetivo sea hacer cumplir o ejecutar una condena a prisión (art.5.1.a). En segundo lugar, se permite la detención preventiva en varios casos: por una parte, cuando se ha producido una desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley (art.5.1.b); y por otra, cuando existen indicios racionales de que se ha cometido una infracción, para evitar que se cometa (predelictual) o que huya después de haberla cometido (art. 5.1.c). En estos dos últimos supuestos, el Tribunal exige que el objetivo de la privación de libertad sea la de hacer comparecer al detenido ante el juez (tal como señala el citado precepto)¹⁰⁰⁸. En tercer lugar, también se podrá privar de libertad a un menor si el objetivo del internamiento es el de vigilar su educación o para hacerle comparecer ante la autoridad competente. En cuarto lugar, el internamiento de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa o de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo (predelictual) también está permitido

¹⁰⁰⁵ Véase entre otros, TEDH, *Engel y otros c. Países Bajos*, párrafo 58; TEDH, *Saadi c. Reino Unido*, párrafo 67; TEDH, *Winterwerp c. Países Bajos*, párrafo 37; TEDH, *Amuur c. Francia*, párrafo 50; TEDH, *Chahal c. Reino Unido*, párrafo 118, y TEDH, *Witold Litwa c. Polonia*, párrafo 78.

¹⁰⁰⁶ HARRIS y otros, *European Convention*, 2014, p. 204.

¹⁰⁰⁷ TEDH, *De Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica*, párrafo 65; TEDH, *Winterwerp c. Países Bajos*, párrafo 37; TEDH, *Assanidze, c. Georgia*, párrafo 169; TEDH, *Diril c. Turquía*, párrafo 64; TEDH, *Ladent c. Polonia*, párrafo 45.

¹⁰⁰⁸ Como regla general la prevención de un delito no justifica la re-detención o continuación de la detención. Por tanto, aunque el art.5.1.c) pudiera ser interpretado en el sentido de que autoriza un poder general para la detención preventiva, esa interpretación fue rechazada en TEDH, *Lawless c. Irlanda*, por considerar que ello llevaría a situaciones incompatibles con los principios fundamentales del Convenio. En TEDH, *Irlanda c. Reino Unido* (demanda interestatal) el Tribunal también rechazó la detención preventiva de una persona sospechosa de ser activista del IRA, porque la detención no se efectuó con el objetivo de iniciar un procedimiento criminal contra un estado.

(art.5.1.e). Por último, encontramos otro de los supuestos en los que se permite la detención preventiva de una persona para evitar que entre ilegalmente en el territorio o contra la que está en curso un procedimiento de expulsión o extradición (art. 5.1.f)¹⁰⁰⁹.

De las diferentes situaciones que acabamos de mencionar, se aprecia que el art. 5 permite la injerencia en la libertad ambulatoria para proteger, tanto a la sociedad como a la propia persona afectada. Por tanto, la privación de libertad no se justifica única y exclusivamente respecto de personas sometidas a causas criminales. Sin embargo, la interpretación debe ser estricta¹⁰¹⁰ en todas las situaciones, incluso en la lucha contra el crimen organizado¹⁰¹¹; aunque este principio no siempre ha prevalecido¹⁰¹².

Para que la privación de libertad que se produce en alguno de los casos previstos por el Convenio sea compatible con el art. 5.1, es necesario, tal y como recoge ese precepto, que se lleve a cabo “con arreglo al procedimiento establecido por la ley” y, además, sea “legal”¹⁰¹³. Ambos requisitos se superponen y en la práctica el Tribunal viene a definir la legalidad como el cumplimiento tanto del derecho procesal, como del derecho sustantivo. Sobre las implicaciones que se derivan de esta exigencia de la legalidad, nos pronunciaremos en profundidad en el siguiente apartado B.

El presente trabajo se centra exclusivamente en el primer supuesto, es decir, en el art.5.1.a, puesto que es el que define las bases de legalidad de una pena de prisión. Como se ha adelantado, este primer supuesto permite privar de libertad a una persona en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente. Por tanto, el objetivo de la privación de libertad debe ser la ejecución de la condena de prisión¹⁰¹⁴.

Es importante destacar que el derecho a la libertad reconocido en el art. 5.1.a se extiende también a las personas condenadas, incluso si lo están a cadena perpetua. El Tribunal ha apuntado que, en términos del derecho inglés, la persona condenada a una cadena perpetua nunca recupera (*regain*) su derecho a la libertad, ni siquiera cuando disfruta de la libertad condicional, porque aunque esté fuera de prisión sigue cumpliendo su pena. Sin embargo, en términos del art. 5 del Convenio, no se puede decir que la

¹⁰⁰⁹ A diferencia del CEDH, el del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 9.1 no prevé una lista equivalente, simplemente señala: “Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”.

¹⁰¹⁰ TEDH, *Winterwerp c. Países Bajos*, párrafo 37.

¹⁰¹¹ TEDH, *Amuur c. Francia*, párrafo 42.

¹⁰¹² Véase TEDH, *Monnell y Morris c. Reino Unido*; y TEDH, *Witold Litwa c. Polonia*.

¹⁰¹³ También ha sido traducido como regular (véase CASADEVALL, *Convenio Europeo*, p. 240). El término en inglés empleado en el CEDH es *lawful*.

¹⁰¹⁴ La redacción literal del art. 5.1a es la siguiente: “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y de acuerdo al procedimiento establecido por la ley: a) Si ha sido privado de libertad legalmente en virtud de una sentencia dictada por un Tribunal competente”. La versión en inglés es la siguiente: “Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law: a) the lawful detention of a person after conviction by a competent court”.

persona condenada a una cadena perpetua pierde su derecho a la libertad y seguridad en el momento en que es condenada. La protección de esa disposición se aplica, tal y como señala el propio precepto, a “toda persona”, esté en libertad o privada de ella, pues el art. 5.1.a ha de ser entendido como derecho a no ser privado de libertad o a no continuar en esa situación. Por tanto, aunque una persona esté en prisión sigue siendo beneficiaria de ciertas salvaguardias, por lo que se deberán respetar las garantías que se derivan del art. 5.1.a, a las que me referiré en el siguiente apartado¹⁰¹⁵.

El término sentencia que utiliza el art. 5.1.a tiene un significado autónomo, que equivale a la declaración de culpabilidad por la comisión de un delito. Por tanto, no cubriría la privación de libertad que se realice de forma preventiva en anticipación a la comisión de un delito¹⁰¹⁶, en cuyo caso se aplicaría el art.5.1.c. Sin embargo, una sentencia dictada por el juez de primera instancia que no es definitiva, es decir, que ha sido recurrida ante otra instancia, sí estaría justificada por el art. 5.1.a, y no el art. 5.1.c¹⁰¹⁷.

El art. 5.1.a se aplica a cualquier condena que ocasione la privación de libertad, con independencia de que la infracción esté clasificada por el derecho nacional como criminal o disciplinaria¹⁰¹⁸. Ese precepto cubre los supuestos en los que una persona ha sido considerada culpable de cometer un delito y, en lugar de ser condenada a una pena de prisión, se ordena su detención en una institución mental para el tratamiento de su trastorno mental. En este caso, los supuestos a) y e) se superponen. Sin embargo, si la persona es absuelta de un delito y se ordena su ingreso en una intuición mental, solo se aplicaría el art. 5.1.e.

Otro supuesto a analizar, desde la óptica del art. 5.1.a y 5.1.e, es el de las personas que debido al desarrollo limitado de sus facultades mentales son condenadas por la comisión de un delito a una pena que combina la prisión y la custodia clínica. Las dudas sobre la legalidad de la privación de libertad se plantean cuando la puesta a disposición de la clínica se produce con retraso, permaneciendo mientras tanto en un centro ordinario.

¹⁰¹⁵ Véase TEDH, *Weeks c. Reino Unido*, párrafo 40. El Tribunal también afirmó que una vez la persona condenada ha sido puesta en libertad condicional, aunque esa libertad fuera restringida y, por consiguiente, diferente a la situación de libertad que vive un ciudadano ordinario, no significa que no esté protegida por el art. 5.1.a. El Gobierno argumentó sin éxito que no se podía alegar quebrantamiento de ese precepto, porque para ello era necesario que el preso se encontrara en libertad y, dado que se trataba de un condenado a cadena perpetua, éste nunca volvía a adquirir la condición de libre. En este sentido, cabe destacar también lo apuntado por LAZARUS, “Liberty Deprivation”, pp. 742,752 y 761, quien establece una distinción entre la libertad personal y la libertad “residual”, señalando que todos los condenados siguen manteniendo la libertad residual y los derechos humanos después de la condena. Esta autora hace hincapié en la necesidad de aplicar una concepción dual de la libertad que permita una articulación jurídica nítidamente diferenciada ente el momento de implosión de la pena (determinación de la pena en la sentencia) y la administración penitenciaria de ese castigo (ejecución). Refiriéndose al Reino Unido, señala que en el derecho inglés los principios legales que determinan el ámbito de la libertad “residual” de los reclusos siguen siendo opacos e inestables. La ley no define cuál o cuáles son los objetivos de la ejecución penitenciaria y por ello es difícil saber si una restricción de un derecho es proporcional al objetivo.

¹⁰¹⁶ TEDH, *Guzzardi c. Italia*, párrafo 100.

¹⁰¹⁷ TEDH, *Wemhoff c. FRG*, párrafo 9.

¹⁰¹⁸ TEDH, *Engel y otros c. Países Bajos*, párrafo 68.

Para determinar si se produce una vulneración del Convenio se ha de llevar a cabo una ponderación de los intereses en juego. Por una parte, el Tribunal admite que es poco realista y en extremo rígido pretender que se pueda asegurar inmediatamente una plaza en una clínica. Por otra, una tardanza significativa en la admisión en una clínica supone retrasar el inicio del tratamiento médico, lo cual redundaría también en las expectativas de su éxito y aumenta la posibilidad de que se prolongue la duración de la custodia clínica. Si las autoridades internas, amparándose en que la falta de capacidad en clínicas es un problema estructural, no se enfrentaran a la situación concreta que se les presenta, se consideraría que no han ponderado los intereses en juego y, por consiguiente, el retraso en el internamiento en la clínica vulneraría el art. 5.1. No entenderlo así supondría una seria debilidad del derecho fundamental a la libertad y atacaría a la esencia misma del derecho¹⁰¹⁹.

Por último, debe subrayarse que el art. 5 se refiere a la forma más extrema de restringir la libertad de movimiento, pero también hay otro precepto, el art. 2 del protocolo 4º del Convenio, que protege ese derecho. Como consecuencia de esa “doble” protección, el tribunal se ha visto forzado a establecer una línea diferencial. El clásico caso de privación de libertad en el sentido del art. 5.1.a es la prisión. Sin embargo, ese artículo no se limita únicamente a ese tipo de privación de libertad. Lo que realmente cuenta a efectos del art. 5.1.a no es tanto si se trata de un régimen cerrado (*locked conditions*), sino a qué grado, régimen o condiciones de control y privación de libertad está sometida la persona. Por tanto, una restricción de libertad (sin que sea constitutiva de una privación de libertad en sentido estricto) puede quedar cubierta por las garantías de esa disposición, en función de la situación concreta en la que se encuentra el interesado, es decir, teniendo en cuenta la duración, el lugar, los efectos y las modalidades de ejecución de la medida restrictiva¹⁰²⁰. En el caso *Guzzardi c. Italia*, el Tribunal dio algunas orientaciones generales que deben seguirse a la hora de establecer los parámetros del art. 5, señalando que la distinción entre restricción de la libertad de movimiento suficientemente grave que da lugar a la aplicación de ese artículo y no del art. 2 del Protocolo 4º es simplemente de “grado o intensidad y no de naturaleza o contenido”¹⁰²¹.

¹⁰¹⁹ TEDH, *Morsink c. Países Bajos*, párrafos 67-70 y TEDH, *Brand c. Países Bajos*, párrafos 61-66.

¹⁰²⁰ CASADEVALL, *Convenio Europeo*, p. 240.

¹⁰²¹ TEDH, *Guzzardi c. Italia*, párrafo 93. El demandante fue obligado por una orden de residencia a vivir durante dieciséis meses en una isla remota por sospechas de actividades ilegales de la mafia. Su espacio se limitaba a una aldea en una zona de la isla de unos 2,5 kilómetros cuadrados que estaba ocupado únicamente por personas sujetas a tales órdenes, aunque la esposa del solicitante y el hijo podían vivir con él. Aunque que el demandante podía moverse dentro de la zona y no había cerco perimetral, no podía visitar otras partes de la isla y tenía que informar a los funcionarios dos veces al día. El Tribunal de Justicia declaró, por once votos a siete, que las condiciones del recurrente eran de un grado suficiente para que tal privación de libertad pudiese entrar dentro del artículo 5.

B. Garantías que ha de respetar la privación de libertad

En el apartado 2 *supra*, al estudiar la prohibición de las penas inhumanas y degradantes prevista en el art. 3, se ha señalado que si la pena de prisión no es muy desproporcionada a la gravedad del delito cometido y es a su vez reductible *de iure y de facto*, esa pena es compatible con el indicado precepto. Sin embargo, además de cumplir con esas condiciones, las penas de prisión deben respetar las garantías que exige el art. 5.1.a, porque de lo contrario, esa privación de libertad, que al inicio fue legal, puede convertirse en ilegal. A lo largo de los siguientes dos apartados (*infra* B.1 y B.2), se explicarán en detalle esas garantías.

El propio art. 5.1.a señala que se puede privar de libertad a una persona, siempre que esa privación sea legal en términos del Convenio. Este requisito de la legalidad tiene una doble dimensión: Por un lado, se exige que la privación de libertad tenga base en el derecho interno nacional y, por otro, el cumplimiento de las garantías que se derivan de ese precepto.

En relación con esta segunda dimensión, una de esas garantías fundamentales que deben respetarse para cumplir con el requisito de la legalidad es la existencia de una “relación de causalidad”¹⁰²² entre la sentencia que legitima la condena y la privación de libertad, que es su consecuencia. El Tribunal ha reiterado que la privación de libertad no debe ser meramente posterior o cronológica a la sentencia, sino que ha de fundamentarse en aquélla. Lo que se viene a garantizar mediante la exigencia de esta relación es que la base de legalidad de la pena se mantenga durante todo su cumplimiento. Por consiguiente, si la privación de libertad se extiende en el tiempo de forma injustificada, esa privación de libertad que fue legal al principio, se convertirá en arbitraria. En consecuencia, la privación de libertad de duración indefinida no respetará el art. 5 en la medida en que no se pueda apreciar una “relación de causalidad” entre la condena inicial y la continuación de la privación de libertad.

El cumplimiento de esta garantía de la “relación de causalidad” se divide o concreta en otras dos garantías: Por una parte, debe existir una identidad de causa o fundamentación entre la razón que motivó la privación de libertad y la razón que motiva, en la actualidad, la continuación de tal privación y; por otra parte, debe haber una relación entre el motivo de esa privación de libertad y el lugar y las condiciones de esa privación.

¹⁰²² La expresión utilizada por el Tribunal en inglés es *causal connection*, (véase, entre otros, TEDH, *James, Wells y Lee c. Reino Unido*, párrafo 189; TEDH *Weeks c. Reino Unido*, párrafo 42; TEDH, *Stafford c. Reino Unido*, párrafo 64; TEDH, *Kafkaris c. Chipre*, párrafo 117; y TEDH, *M. c. Alemania*, párrafo 88). Este término ha sido traducido al español como relación de causalidad o nexo causal (entre otros, CASADEVALL, *Convenio Europeo*, p. 242; y ARRESE, “Artículo 5”, 2015, p. 129). Esta garantía se deriva de la expresión utilizada en el art. 5.1.a cuando señala que la privación de libertad debe efectuarse “en virtud de una sentencia”. En inglés se dice “*after conviction*”.

En otras palabras, la garantía de la “relación de causalidad” supone que la privación de libertad ha de estar relacionada con la condena recibida tanto en lo que respecta al fundamento como a las condiciones materiales de encarcelamiento.

En los siguientes dos apartados, entraremos a analizar qué implicaciones tiene el requisito de la legalidad a la que hace referencia el art. 5.1.a. En primer lugar, haré referencia a la doble dimensión del concepto legalidad (apartado B.1) y, posteriormente, detallaré cómo se concreta esa exigencia en relación con las penas de prisión, profundizando así en las dos garantías que se derivan o son consecuencia de la exigencia del nexo causal (apartado B.2).

B.1 La legalidad desde una doble perspectiva: el derecho doméstico y el Convenio.

Como he adelantado en el apartado anterior, el requisito de la legalidad implica que toda privación de libertad mediante la pena de prisión debe cumplir unos estándares que se pueden resumir de la siguiente manera. La privación de libertad ha de tener base en el derecho nacional, lo que obliga a ajustarse a las normas tanto sustantivas, como procesales del derecho interno¹⁰²³. Sin embargo, el cumplimiento de la ley nacional no es suficiente para que la privación de libertad se considere legal a efectos del Convenio. Para ello, también es necesario que el derecho nacional sea conforme a aquél, pues el Tribunal ha afirmado que, como último órgano supervisor, debe tener el máximo poder para interpretar y aplicar el derecho nacional¹⁰²⁴.

Ello significa que, una vez el TEDH comprueba que la privación de libertad se ha llevado a cabo respetando el derecho nacional, debe verificar que ese derecho respeta el principio de la calidad de la ley¹⁰²⁵. El cumplimiento de este estándar obliga a que la ley nacional (que abarca tanto la legislación, como la jurisprudencia) sea suficientemente clara, accesible y previsible para poder conocer el sistema desde el principio, y consecuentemente, la privación de libertad sea compatible con el principio de legalidad y seguridad jurídica¹⁰²⁶.

Además del respeto de ese principio o estándar, dado que el fin del art. 5.1 es garantizar que nadie sea privado de su libertad de manera arbitraria, es necesario cumplir

¹⁰²³ Véase TEDH, *Saadi c. Reino Unido*, párrafo 67.

¹⁰²⁴ Véase, entre otros, TEDH, *Winterwerp c. Países Bajos*, párrafo 46 y TEDH, *Weeks c. Reino Unido*, párrafo 42: “*It was not contested that Mr. Weeks’ re-detention as from 30 June 1977 was in accordance with... English law... That, however, is not necessarily decisive. The “lawfulness” required by the Convention presupposes not only conformity with domestic law but also... conformity with the purposes of the deprivation of liberty permitted by ...art. 5.1.a”*.

¹⁰²⁵ Me he referido a este principio al hablar de la prohibición del art. 3 de penas inhumana *supra* apartado 2 y volveré a hacer referencia al hablar del art. 7, *infra* apartado 5, ya que se trata de un concepto inherente a todos los artículos del Convenio.

¹⁰²⁶ Entre otros, TEDH, *Del Río c. España*, párrafo 125 y TEDH, *Stafford c. Reino Unido*, párrafo 63.

una serie de condiciones o garantías, porque una privación de libertad que es legal según el derecho nacional puede ser arbitraria y consecuentemente contraria al Convenio¹⁰²⁷.

Aunque el Tribunal no ha dado una definición concreta de la arbitrariedad a efectos del art. 5, hay ciertos principios clave que han emergido de la jurisprudencia. Así, podemos señalar que la ausencia de tacha de arbitrariedad implica 4 elementos.

En primer lugar, tanto la privación de libertad como la ejecución de la pena deben tener como finalidad el cumplimiento de alguno de los motivos previstos en los apartados a-f, que en el caso del art. 5.1.a, sería la privación de libertad para hacer cumplir una condena de prisión¹⁰²⁸.

En segundo lugar, no debe haber mala fe o engaño, es decir, aunque se cumpla con el derecho nacional, si se da una de esas dos circunstancias por parte de las autoridades, la privación de libertad será arbitraria¹⁰²⁹.

En tercer lugar, debe existir una identidad de causa o fundamentación entre la razón que motivó la privación de libertad y la propia privación de libertad. Aunque es cierto que, como he adelantado antes, el Tribunal ha apuntado que la duración de las penas es una cuestión que corresponde a las autoridades nacionales, en el caso de la persona que está cumpliendo una pena de prisión como consecuencia de una condena, cuando la denegación de la libertad condicional o la revocación de la misma se han basado en motivos diferentes a los que se basó la sentencia, esa privación que fue legal al comienzo, se convierte en arbitraria¹⁰³⁰.

En cuarto lugar, debe existir una relación entre el motivo de la privación de libertad y el lugar y las condiciones de la privación. El art. 5, generalmente, se refiere sólo al hecho de la privación de libertad, no a las condiciones de cumplimiento en que una persona está privada de libertad, que son cuestiones que corresponde analizar desde la óptica del artículo 3. Sin embargo, sí se exige una cierta relación entre la privación de libertad y el lugar y las condiciones de la privación. Por esa razón, una persona que haya cumplido el plazo punitivo establecido en la sentencia y siga privada de libertad en base a la probabilidad de reincidencia, deberá tener acceso a programas de rehabilitación

¹⁰²⁷ TEDH, *Mooren c. Alemania*, párrafo 77; TEDH, *Saadi c. Reino Unido*, párrafos 67 y 68; TEDH, *Creanga c. Rumania*, párrafo 84; TEDH, *A. y otros c. Reino Unido*, párrafo 164.

¹⁰²⁸ Véase entre otros, TEDH, *Saadi c. Reino Unido*, párrafo 69; y TEDH, *James, Wells y Lee c. Reino Unido*, párrafo 193.

¹⁰²⁹ Véase entre otros, TEDH, *Saadi c. Reino Unido*, párrafo 69; y TEDH, *James, Wells y Lee, c. Reino Unido*, párrafo 192.

¹⁰³⁰ Véase entre otros, TEDH, *James, Wells y Lee c. Reino Unido*, párrafo 195; y TEDH, *Weeks c. Reino Unido*, párrafo 49; y TEDH, *Grosskopf c. Alemania*, párrafos 44 y 48.

destinados a reducir el peligro que presenta la persona condenada, para limitar de esta forma la duración de la situación de privación a lo estrictamente necesario¹⁰³¹.

Dentro del siguiente apartado, me centraré específicamente en estos dos últimos estándares para así concretar cuál es su alcance y relevancia en relación con las penas de prisión. Ambas garantías se han agrupado dentro del título “Mantenimiento de la base legal de la privación de libertad durante toda la ejecución de la pena de prisión: Relación de causalidad”, porque el objetivo en los dos casos es el mismo: controlar y asegurar que la estancia en prisión es legal desde el principio hasta el final de su cumplimiento.

B.2. Mantenimiento de la base legal de la privación de libertad durante toda la ejecución de la pena de prisión: “Relación de causalidad”

Para que la privación de libertad sea legal a la luz del Convenio, es fundamental que se mantenga la base de legalidad durante toda la ejecución de la pena, ya que, como se ha señalado *supra* apartado 3.A, el art. 5 ha de ser entendido no sólo como el derecho a no ser privado de libertad, sino también como el derecho a no continuar en esa situación cuando la relación entre la sentencia y la privación de libertad ha dejado de existir.

En los siguientes dos subapartados (B.1.1 y B.1.2), me centraré con mayor detalle en las dos garantías que se derivan de la exigencia o estándar de la “relación de causalidad” que, como hemos señalado, tienen como finalidad garantizar que la privación de libertad encuentra justificación a lo largo de todo el periodo durante el cual se extiende¹⁰³².

B.2.1. Identidad de causa o fundamentación¹⁰³³ entre la privación de libertad inicial y su continuación: La peligrosidad como base para la continuación de la privación de libertad

El art. 5.1.a no habla de que la condena sea legal, sino de que la privación de libertad lo sea¹⁰³⁴. Ello significa que no se revisará la legalidad de la sentencia o condena, lo que implica que el art. 5.1.a no puede ser invocado para cuestionar, desde el prisma de

¹⁰³¹ TEDH, *James, Wells y Lee c. Reino Unido*, párrafos 194, 209, 218 y 220. En la misma línea, en principio, un enfermo mental debe ingresar en una institución apropiada, no en una prisión (véase TEDH, *Aerts c. Bélgica*, párrafo 46; y TEDH, *Ashingdane c. Reino Unido*, párrafo 44). Sin embargo, en *Ashingdane* el Tribunal determinó que no se había producido una violación del art. 5.1.e, porque, a pesar de que hubo un retraso de 9 meses para trasladar al recurrente de un hospital psiquiátrico especial a uno ordinario, el lugar y las condiciones de privación cumplieron en todo momento con los requisitos exigidos por el art.5); Del mismo modo, permanecer más de una semana en prisión preventiva cuando existe una orden judicial de traslado para cumplir con el arresto domiciliario vulnera el art. 5.1 (TEDH, *Mancini c. Italia*, párrafo 19).

¹⁰³² CASADEVALL, *Convenio Europeo*, p. 241.

¹⁰³³ Ambos términos se utilizan indistintamente junto con la expresión relación de fundamentación.

¹⁰³⁴ En inglés se señala que mediante el art. 5.1.a se controla que la privación de libertad sea legal, pero no que la condena sea legal (*lawful detention, not lawful conviction*). Véase HARRIS y otros, *European Convention*, 2009, p. 138.

este precepto, la duración de la condena o la idoneidad de la pena de prisión¹⁰³⁵ ya que, generalmente, las condiciones de la detención son irrelevantes. En otras palabras, el art 5.1.a no puede ser invocado para cuestionar la longitud o legalidad de la condena impuesta, porque el TEDH no tiene competencia para analizar la legalidad de la sentencia, sino de la detención o privación de libertad¹⁰³⁶. Así, por ejemplo, El Tribunal no analizará, desde el art. 5.1.a, si la imposición de una pena de 35 años de duración (en lugar de 15), por varios robos con violencia es una condena legal o no a efectos del Convenio (salvo que fuera muy desproporcionada, en cuyo caso entraría en juego el art. 3).

Sin embargo, el Tribunal ha reiterado que, con el paso del tiempo, la relación entre la sentencia original y la posterior privación de libertad, gradualmente se debilita, pudiendo llegar a romperse¹⁰³⁷. Por esa razón, ha establecido que debe existir una congruencia o relación entre el motivo que persiguió la privación de libertad y la prolongación en el tiempo de la misma, es decir, la continuación de la privación de libertad debe perseguir el mismo objetivo que buscaba la condena original. Si no se respeta esta garantía de la relación, una privación de libertad que fue legal al comienzo, se convertirá en arbitraria y, por consiguiente, contraria al art. 5.1.a. Por tanto, el requisito de la identidad de causa es otro límite más al poder del Estado para imponer penas indeterminadas.

Antes de especificar qué tiene en cuenta el Tribunal a la hora de analizar la existencia o no de esa relación, es necesario determinar cuándo o en qué momento valora esta cuestión. El TEDH ha indicado que ese momento sería tras el cumplimiento del plazo punitivo. Como se ha señalado en el capítulo primero, apartado II, en el sistema británico se establece una tarifa concreta que delimita el cumplimiento de las razones punitivas y marca el momento en el que se puede optar a la libertad condicional¹⁰³⁸. A partir de ese momento, el Tribunal ha declarado que la continuación en prisión sólo puede fundamentarse en la peligrosidad del delincuente y, ello, con independencia de que la

¹⁰³⁵ TEDH, *Weeks c. Reino Unido*, párrafo 47 y 50 (el Tribunal se refirió al art. 3 y no al art. 5 cuando habló de la dureza de la cadena perpetua); TEDH, *V c. Reino Unido*, párrafo 118; TEDH, *Hussain c. Reino Unido*, párrafo 53 (el Tribunal indicó que la cadena perpetua de un menor podría plantear problemas respecto al art.3); y TEDH, *Vinter c. Reino Unido*, párrafos 119-122. HARRIS y otros, *European Convention*, 2009, p. 138, nota al pie 149, opinan que quizá la mejor aproximación sería que el Tribunal reclamase el poder de revisar la legalidad de una condena o sentencia bajo el derecho nacional, pero reconociendo, como es la práctica habitual, que sólo será ejercido en los casos claros de ilegalidad.

¹⁰³⁶ HARRIS y otros, *European Convention*, 2014, p. 306.

¹⁰³⁷ Véase entre otros, TEDH, *Van Droogenbreck*, párrafo 40; TEDH, *Eriksen c. Noruega*, párrafo 78; TEDH, *M c. Reino Unido*, párrafo 88 y TEDH, *James, Lee y Wells c. Reino Unido*, párrafo 189.

¹⁰³⁸ En cuanto al sistema español, en el caso de la prisión permanente revisable, los arts. 78 bis y 92 del Código Penal prevén los periodos a partir de los cuales se puede optar a la libertad condicional. Nos referiremos a esos plazos y cuándo debería realizarse la revisión a la que alude el art. 5.4, en el capítulo tercero, apartado II.

pena hubiera sido impuesta por motivos diferentes a esa peligrosidad, es decir, aunque se hubiera impuesto únicamente en base a la culpabilidad de la persona¹⁰³⁹.

El establecimiento de este punto diferencial que constituye el plazo punitivo es un mecanismo emergente de protección que tiene como objetivo proporcionar una garantía contra las penas indeterminadas indebidamente severas. De esta manera, se pretende limitar el tiempo transcurrido en prisión más allá de ese periodo mínimo (tarifa)¹⁰⁴⁰, lo que supone un límite al poder para privar de libertad a un preso más allá de ese plazo. Esta jurisprudencia del control que se ha construido en torno a la tarifa¹⁰⁴¹, está sugiriendo una filosofía que va más allá del propio Reino Unido y apunta a un control de legitimidad dinámico en el que el paso del tiempo genera un filtro más atento a razones de prevención especial positiva, sobre cuya base además se construye la obligación del Estado de garantizar una oportunidad real de reinserción¹⁰⁴².

La garantía de la identidad de causa o fundamentación entra en juego cuando, trascurrido el plazo punitivo, se deniega la concesión de la libertad condicional o, cuando tras ser concedida, ésta se revoca. En esos casos, la mencionada garantía exige que la razón que justifica la decisión de no conceder la libertad condicional o de revocarla sea la misma que la que fundamentó la sentencia original. En otras palabras, la decisión de no conceder la libertad condicional o de revocarla debe estar basada y guardar relación con la razón que llevó a imponer una pena de prisión. Por tanto, si se llega a una posición en la que esas decisiones se basan en motivos que son incompatibles con el objetivo de la sentencia o si se basan en una valoración que no es razonable en términos de esos objetivos¹⁰⁴³, se habrá roto el nexo y, por consiguiente, esa privación de libertad será contraria al art. 5.1.

El TEDH además de señalar que la privación de libertad más allá del plazo punitivo sólo puede estar justificada por razones de peligrosidad, ha determinado cuál es el tipo de peligrosidad o, más concretamente, cuáles son los delitos de futura comisión que guardan relación con la sentencia original y, con ello, se respeta el art. 5.1. De esta forma, ha establecido que cuando la pena impuesta se ha debido a la comisión de un delito grave, en principio, la peligrosidad futura ha de referirse a la comisión de delitos graves.

¹⁰³⁹ Entre otros, TEDH, *James, Wells y Lee c. Reino Unido*, párrafo 194 y TEDH, *Stafford c. Reino Unido*, párrafo 87. Como explicaremos al estudiar el art. 5.4 (*infra* apartado 4), la revisión que prevé ese precepto tiene como objetivo verificar si esa peligrosidad persiste o ha dejado de existir. En otras palabras, el objetivo del art. 5.4 es analizar si la privación de libertad cumple con la garantía de la “relación de causalidad”.

¹⁰⁴⁰ DRENKHAHN; MORGENSTERN y VAN ZYL, “Preventive detention”, p. 182.

¹⁰⁴¹ Se trata de un término lo suficientemente expresivo que permite que sea utilizado como concepto más general.

¹⁰⁴² Esta obligación ha sido reconocida por el Tribunal en relación con el art. 3 -tal y como se ha explicado *supra* apartado 2.B.2.4.- y también en relación con el art. 5.1, como se expondrá en el siguiente apartado *infra* B.2.2.

¹⁰⁴³ Véase entre otros, TEDH, *Weeks c. Reino Unido*, párrafo 49 y TEDH, *James, Wells y Lee c. Reino Unido*, párrafos 189 y 195.

Si por el contrario, el riesgo existente se refiere a la comisión de delitos no violentos, el Tribunal entenderá que la privación de libertad no es legal por la ausencia de una relación o identidad de causa. Sin embargo, si la sentencia original fue impuesta por la comisión de un delito grave, pero también por la peligrosidad del sujeto o el delito fue cometido debido a la inestabilidad mental del sujeto (a consecuencia, por ejemplo, del consumo de drogas), entonces la privación de libertad con base en el riesgo de que pueda volver a cometer delitos de carácter no grave sí sería compatible con el art. 5.1.a.

En el caso *Stafford c. Reino Unido* (2002), el demandante había sido condenado a una cadena perpetua obligatoria por un asesinato en 1967. Una vez cumplido el periodo mínimo conocido como tarifa le concedieron la libertad condicional, durante el cual cometió el delito de fraude (falsificación de pasaportes de viajeros), por el que fue condenado a 6 años de prisión y se le revocó la libertad condicional. Una vez cumplida la condena por fraude, en 1997, la Junta de Libertad Condicional (*Parole Board*) recomendó su puesta en libertad condicional, pero la Secretaría de Estado la rechazó alegando que existía riesgo de comisión de futuros delitos no violentos. El gobierno defendía que el objetivo de una cadena perpetua preceptiva (cuya imposición es independiente de la peligrosidad del sujeto) es la de otorgar a la Secretaría de Estado el poder para decidir cuándo, con base en el interés público o confianza pública, es aconsejable conceder la libertad condicional. Por ello, si la peligrosidad criminal que existe es la de cometer delitos violentos o no, es un asunto irrelevante, porque esa pena no se impone por la peligrosidad del sujeto¹⁰⁴⁴.

Sin embargo, el Tribunal desmontó la argumentación del Gobierno y afirmó que, aunque se trataba de una cadena perpetua preceptiva y, por tanto, su imposición no estaba basada en la peligrosidad del delincuente, una vez transcurrido el periodo punitivo, la continuación de la situación de privación de libertad o la revocación de la libertad condicional sólo podían fundamentarse en esa circunstancia. Una vez aclarado este extremo, hizo dos matizaciones. La primera, que ese riesgo debía aludir a la comisión de futuros delitos graves, puesto que la comisión de delitos no graves no constituía suficiente identidad de causa para fundamentar el mantenimiento de la privación de libertad en base a una cadena perpetua obligatoria que había sido impuesta por un delito tan grave como es el asesinato. La segunda, que la continuación de la privación de libertad no exigía la probabilidad de comisión de futuros nuevos delitos de idéntica índole a los que motivaron la sentencia inicial, pero sí delitos semejantes en gravedad¹⁰⁴⁵, lo que en el caso concreto

¹⁰⁴⁴ TEDH, *Stafford c. Reino Unido*, párrafo 60.

¹⁰⁴⁵ TEDH, *Stafford c. Reino Unido*, párrafo 82.

objeto de examen, exigía que fueran violentos. De esta forma, el Tribunal declaró que no existía una identidad de fundamentación suficiente como exige el requisito de la legalidad del art. 5.1.a, ya que la continuación de la privación de libertad con base en la probabilidad de comisión de delitos no violentos no guardaba, en ese caso particular, relación con la sentencia original, concluyendo así, que se había vulnerado el art. 5.1.a¹⁰⁴⁶.

El Gobierno consideró absurdo que la Secretaría de Estado estuviese obligada a conceder la libertad condicional a alguien que probablemente cometería delitos no violentos, como el robo o el tráfico de drogas, porque según argumentó, estos delitos podían conllevar penas de prisión más largas que algunos delitos violentos (el delito de lesiones, por ejemplo), y los cuales causaban mayores daños al interés público¹⁰⁴⁷. El Tribunal de Derechos Humanos, en contestación a lo defendido por el Gobierno, apuntó que bajo la ley nacional la Secretaría de Estado no tenía poder para imponer una privación de libertad indefinida con el objetivo de prevenir futuros delitos no violentos. Además, añadió, que en caso de existir indicios de que el demandante estaba conspirando para cometer algún delito de esa naturaleza, lo que tiene que hacer era abrir otro procedimiento criminal contra él¹⁰⁴⁸. También matizó, haciéndose eco de las palabras del Juez Brown del Tribunal de Apelación, que la confianza pública nunca había sido invocada para denegar la concesión de la libertad condicional y que además, no estaba nada claro cómo podía la confianza pública, en el sistema de justicia penal, exigir legítimamente la continuación de privación de libertad de un preso que ha cumplido ya el plazo mínimo exigido por el fin punitivo y ya no supone un riesgo para la sociedad¹⁰⁴⁹.

Dentro de los propios tribunales nacionales del Reino Unido hubo disparidad de opiniones y aunque tanto el Tribunal de Apelación como la Cámara de los Lores consideraron que la Secretaría de Estado podía mantener en prisión a una persona cuando existiese riesgo de comisión de delitos no graves, reconocieron que esa discrecionalidad administrativa planteaba dudas en relación con del principio de legalidad por no guardar esos delitos relación alguna, ni desde el punto de vista de su naturaleza, ni de la gravedad del delito, con las razones que se exigen para la imposición de una cadena perpetua¹⁰⁵⁰.

¹⁰⁴⁶ Como se verá *infra* apartado 4.D.2, el Tribunal también consideró que se había vulnerado el art. 5.4, por las razones que expondré allí.

¹⁰⁴⁷ TEDH, *Stafford c. Reino Unido*, párrafo 61.

¹⁰⁴⁸ TEDH, *Stafford c. Reino Unido*, párrafo 82.

¹⁰⁴⁹ TEDH, *Stafford c. Reino Unido*, párrafo 80.

¹⁰⁵⁰ El juez Collins anuló la decisión de la Secretaría de Estado de mantener en prisión al demandante, argumentando que el Gobierno no tenía poder para privar de libertad a una persona más allá del periodo punitivo, salvo que existiese un riesgo inaceptable de comisión de futuros delitos contra la vida o la integridad física de la sociedad. Sin embargo, el Tribunal de Apelación aceptó el recurso del ejecutivo contra la decisión de Collins, porque el art. 35.2 de la Ley de Justicia Penal de 1991 le otorgaba una amplia discrecionalidad para decidir acerca de la libertad condicional de los condenados a cadena perpetua obligatoria y también, porque la política que se seguía en la práctica, no había condicionado la continuación de la libertad a la verificación de comisión de delitos violentos o sexuales. A pesar de que el Tribunal de Apelación le diera la razón a la Secretaría de Estado, resulta interesante señalar que uno de los jueces

Como se observa, la privación de libertad de una persona en ejecución de una pena de prisión de duración indefinida no respetará las premisas del art. 5 en la medida en que no se pueda apreciar una identidad de fundamentación entre la condena inicial y el supuesto riesgo de comisión de nuevas infracciones tras el cumplimiento del plazo punitivo. Esto significa que esta facultad discrecional en manos del Ejecutivo (en este caso, en el sistema penitenciario británico) puede ser constitutivo de arbitrariedad¹⁰⁵¹.

A diferencia del anterior caso, en *Waite c. Reino Unido* (2002), el Tribunal sostuvo que no se había violado el art. 5.1.a, porque que en este caso sí se había respetado la garantía de la identidad de causa. El Tribunal consideró que la revocación de la libertad condicional (2 años y unos 6 meses más tarde de su concesión) se había decretado en virtud de la sentencia original, es decir, la revocación estaba basada en los mismos motivos en que se fundamentó la sentencia original. El demandante, de 16 años de edad, fue condenado a una cadena perpetua preceptiva¹⁰⁵² por el asesinato de su abuela con un periodo mínimo (tarifa) de 10 años y la revocación de la libertad condicional se había fundamentado, principalmente o en grado decisivo¹⁰⁵³, por el abuso de drogas más allá de su control¹⁰⁵⁴. El demandante trató de argumentar que los motivos de la revocación no revelaban la existencia de un peligro para la sociedad que pudiera estar relacionado con su condena original por asesinato. Sin embargo, aunque aparentemente el consumo abusivo de las drogas no guardaba relación con el delito de asesinato, dado que el delito que motivó la imposición de pena de cadena perpetua se había cometido en un contexto de abuso de sustancias, el TEDH entendió que existía suficiente relación de fundamentación¹⁰⁵⁵.

de ese Tribunal, Bingham, resaltó que la imposición de una pena de prisión de duración considerable mediante el ejercicio de la discrecionalidad administrativa era difícil de conciliar con el principio de legalidad, porque la categoría de delitos que conllevan una pena de prisión es muy amplia y puede abarcar muchos tipos de hechos criminales que no guardan relación alguna, ni desde el punto de vista de su naturaleza, ni de la gravedad del delito con las razones que se exigen para la imposición de una cadena perpetua. Por último, y aunque la Cámara de los Lores tampoco aceptó el recurso contra el Tribunal de Apelación por las mismas razones apuntadas por ese órgano, también expresó su preocupación con base en el principio de legalidad repitiendo literalmente las palabras del juez Bingham. TEDH, *Stafford c. Reino Unido*, párrafos 21, 22 y 26.

¹⁰⁵¹ TEDH, *Stafford c. Reino Unido*, párrafos 81 y 82.

¹⁰⁵² La pena impuesta fue una *Detention During Her Majesty's Pleasure*. Como se ha explicado en el capítulo primero, apartado II, se trata de una cadena perpetua obligatoria que se aplica a los menores de 18 años y mayores de 10, declarados culpables de asesinato.

¹⁰⁵³ TEDH, *Waite c. Reino Unido*, párrafo 68. El Tribunal señaló que el oficial de libertad condicional era consciente desde abril de 1997 de la relación del solicitante con un menor de edad, pero que esto no llevó a ninguna acción específica. No fue sino hasta su arresto por posesión de drogas, intento de suicidio y no asistir a las reuniones con su oficial de libertad condicional lo que llevó al oficial a considerar seriamente la cuestión de si podía representar un riesgo para la sociedad. Eso mismo fue lo que llevó a la Junta de Libertad Condicional a recomendar la revocación de la libertad condicional que el Secretario de Estado aceptó.

¹⁰⁵⁴ De hecho, el psiquiatra forense afirmó que el factor de riesgo más importante que contribuyó a que cometiera el delito original fue el abuso de drogas. Sin embargo, paradójicamente, en el momento del juicio en el que se condenó a *Waite*, cuando éste trató de alegar responsabilidad disminuida por haber sido adicto al pegamento durante varios años, su argumentación fue rechazada. Véase, TEDH, *Waite c. Reino Unido*, párrafos 23 y 27.

¹⁰⁵⁵ TEDH, *Waite c. Reino Unido*, párrafo 68.

En la misma línea, en un caso resuelto años atrás, *Weeks c. Reino Unido* (1987), el Tribunal consideró que sí existía una identidad de causa suficiente entre la sentencia original y la revocación de la libertad condicional, a pesar de que la revocación no se había basado en la comisión de delitos violentos, sino en un mal comportamiento. El Tribunal llegó a esta conclusión, porque la cadena perpetua se había impuesto debido a la peligrosidad del sujeto (lo que significaba que el objetivo que perseguía la sentencia la protección de la sociedad y la rehabilitación) y la revocación también se había basado en esa circunstancia (entendida como comportamiento agresivo e inestable). Como resultado de esa constatación, concluyó que había coincidencia de objetivos y, por consiguiente, no se había roto la identidad de causa.

Weeks había cometido un robo con fuerza a los 17 años de edad, apuntando a la dueña de una tienda de animales con una pistola de fogeo y consiguiendo robar 35 peniques que más tarde se encontraron en el suelo de la tienda¹⁰⁵⁶. También fue condenado a 2 años de prisión por agredir a un policía cuando fue a entregarse y 3 años por posesión ilegal de un arma de fuego. Diez años más tarde, en marzo de 1976, se le concedió la libertad condicional.

Durante ese periodo volvió a cometer varios delitos, entre ellos, el robo de un jersey en una cabaña de una playa o conducir sin permiso ni seguro. El tribunal decidió aplicarle la suspensión condicional durante un año e imponerle una multa. Desde la Secretaría de Estado se le advirtió de que su libertad condicional podía ser revocada. Unos meses más tarde, en junio, se le dio alojamiento y trabajo en un priorato y pocos días después fue detenido por conducir un tractor sin permiso y golpear un coche. También en esta ocasión el tribunal decidió no ordenar su ingreso en prisión y concederle la libertad bajo fianza. Dos días más tarde, se emborrachó con unas botellas de alcohol que había robado y cuando la policía trató de llevarle al priorato se alteró, sobre todo, ante la perspectiva de volver a ser de nuevo encarcelado y sacó una pistola de aire amenazando con suicidarse. Un cura del priorato intentó frenarle, pero entonces la pistola que llevaba *Weeks* se disparó y un perdigón dio en el techo. Finalmente fue arrestado y llevado a comisaría donde, durante la noche, intentó ahorcarse. Como consecuencia de estos hechos, en junio de 1977, la Secretaría de Estado revocó su libertad condicional y la Junta de Libertad Condicional lo confirmó. Sin embargo, en octubre, el tribunal le concedió la suspensión condicional durante dos años y le sugirió a la Secretaría de Estado que le concediera la libertad, pero ésta no lo hizo¹⁰⁵⁷. Dos años más tarde, en 1979, la Junta de

¹⁰⁵⁶ Se supo que el demandante había cometido el robo porque quería pagar £3 que le debía a su madre, quien le había dicho, esa misma mañana, que se buscara un alojamiento en otro sitio (TEDH, *Weeks c. Reino Unido*, párrafo 12).

¹⁰⁵⁷ TEDH, *Weeks c. Reino Unido*, párrafo 20.

Libertad Condicional recomendó su libertad condicional, pero la Secretaría de Estado lo rechazó¹⁰⁵⁸.

A pesar de estos hechos, el Tribunal consideró que no se había vulnerado el art. 5.1, porque, tal y como señalaron el juez de primera instancia y el Tribunal de Apelación, la cadena perpetua había sido impuesta por considerar al recurrente muy peligroso¹⁰⁵⁹ y la denegación de la libertad condicional se basó en la persistencia de esa peligrosidad, por lo que la relación de fundamentación seguía manteniéndose. El TEDH Consideró que el caso *Weeks* era comparable a un caso decidido cinco años antes, *Van Droogenbroeck c. Bélgica* (1982) -que explicaré a continuación-, en el sentido de que en ambos el objetivo era poner a la persona considerada peligrosa (reincidente o habitual) a disposición del Gobierno para la protección social y la rehabilitación, aunque en el primer caso la pena impuesta era la cadena perpetua y en el segundo era una pena por tiempo determinado¹⁰⁶⁰.

En *Vandroogrenbroeck*, el recurrente había sido condenado a una pena de prisión de 2 años por hurto y, además, al ser reincidente, tras el cumplimiento de aquella pena fue puesto a disposición del Gobierno durante 10 años. De acuerdo con la jurisprudencia belga, la puesta a disposición del Gobierno de reincidentes podía consistir en la privación de libertad, en un régimen medio abierto o en una libertad bajo supervisión (el equivalente a la libertad vigilada española)¹⁰⁶¹. Según la legislación belga, las dos partes de la sentencia, es decir, ambas penas, constituían un todo inseparable¹⁰⁶². En el presente caso, tras cumplir los dos años de prisión, el preso fue puesto en un régimen de semi libertad, con obligación de trabajar como aprendiz en una empresa de instalación de calefacción central y la de asistir a cursos intensivos de formación profesional. Sin embargo, unos meses más tarde desapareció, aunque fue encontrado como consecuencia una orden emitida por el tribunal en relación con un intento de hurto. El tribunal lo declaró no

¹⁰⁵⁸ Como apunta un estudio dirigido por PADFIELD, “Understanding recall”, p. 2, esta disparidad de decisiones, en las que los jueces deciden no condenar a *Weeks* aplicando la suspensión y sin embargo la Secretaría de Estado decide revocarla, es muy difícil de entender para los condenados. En relación con esta apreciación que hace PADFIELD, cabe añadir que resulta llamativo que ante hechos que los tribunales consideran no imponer una pena de prisión y teniendo en cuenta los intentos de suicidio y los problemas de alcoholismo, la única respuesta jurídica que se ofrece sea el reingreso en prisión. Al estar cumpliendo una cadena perpetua discrecional, la Secretaría de Estado tiene el poder para revocar la libertad condicional cuando así lo considere, con independencia de lo señalado por los tribunales o la Junta de Libertad Condicional. En la actualidad, aunque el ejecutivo puede revocar la libertad condicional, la JLC debe realizar una audiencia para confirmar o rechazar esa decisión en el que el preso tomará parte. Este procedimiento es sin duda más garantista y protege de forma adecuada el derecho a la libertad. El procedimiento de concesión de la libertad condicional y la revocación del Reino Unido se explicarán en el capítulo tercero, apartado I.

¹⁰⁵⁹ De hecho, admiten que, de lo contrario, es decir, si *Weeks* no hubiera sido considerado peligroso, la imposición de una cadena perpetua por los hechos cometidos tan patéticos y teniendo en cuenta la edad del demandante, habría sido una condena “terrible”, pudiendo incluso plantearse la compatibilidad con el art. 3 del CEDH (TEDH, *Weeks c. Reino Unido*, párrafo 47). Sin embargo, decidieron imponer una cadena perpetua discrecional –según argumentan– por compasión hacía el joven, porque de esta manera quizá podría salir antes de prisión que si se hubiera impuesto una pena determinada de larga duración, que era la otra única alternativa (TEDH, *Weeks c. Reino Unido*, párrafo 16.).

¹⁰⁶⁰ TEDH, *Van Droogenbroeck c. Bélgica*, párrafo 47.

¹⁰⁶¹ TEDH, *Van Droogenbroeck c. Bélgica*, párrafo 34.

¹⁰⁶² TEDH, *Van Droogenbroeck c. Bélgica*, párrafo 35.

culpable por ese delito, pero el Ministro de Justicia decidió enviarlo a la cárcel, porque el solicitante había abusado de la oportunidad que se le había ofrecido y no se podía confiar en él¹⁰⁶³.

A partir de ese momento fue detenido en varias ocasiones e ingresado en prisión por desaparecer y por la comisión de los mismo hechos (hurto) siendo condenado, la primera vez, a 3 meses de prisión y, la segunda, a 8 meses. Tras cumplir esa última condena fue puesto en libertad, pero fue nuevamente enviado a prisión por el riesgo de cometer nuevamente los mismos hechos cometidos reiteradamente. El Tribunal de Estrasburgo sostuvo que los diferentes ingresos en prisión que sufrió *Van Droogrenbroeck* encontraban base legal en la sentencia original. Aunque los hechos sucedieron años más tarde de recibir la condena inicial, habían sido autorizadas por aquélla y estaban destinados a lograr los objetivos de esa sentencia¹⁰⁶⁴. Por tanto, según el TEDH, las distintas decisiones administrativas que llevaron al recurrente a ingresar de nuevo en prisión tenían base en la sentencia original.

Como se observa, el Tribunal permite una forma de privación de libertad preventiva¹⁰⁶⁵ en virtud del art. 5.1.a, cuando se impone por el tribunal sentenciador, junto con la pena de prisión o en lugar de ésta, por entender que la “relación de causalidad” sigue existiendo¹⁰⁶⁶.

A modo de conclusión, de la jurisprudencia del tribunal se deriva que el elemento clave que determina la existencia o no de la identidad de causa y, por consiguiente, la compatibilidad con el art 5.1.a, es la peligrosidad criminal que presentaba el sujeto en el momento de imponer la sentencia. Si la sentencia original estuvo fundamentada en esa razón, entonces el Tribunal permite la prolongación de la privación de libertad con base en el riesgo de comisión de futuros delitos no graves, independientemente de que el delito inicialmente cometido fuera de carácter grave (*Waite*) o de carácter no grave (*Weeks*). En ambos casos, podrá denegarse al sujeto la libertad condicional y también será posible revocarla por razones como el mal comportamiento o el consumo de drogas fuera de control. Sin embargo, si la sentencia original no se basó en la peligrosidad del sujeto, sino únicamente en la comisión de un delito grave, entonces es necesario que exista riesgo de comisión de delitos violentos (*Stafford*).

¹⁰⁶³ TEDH, *Van Droogrenbroeck c. Bélgica*, párrafo 11.

¹⁰⁶⁴ TEDH, *Van Droogrenbroeck c. Bélgica*, párrafos 40-42.

¹⁰⁶⁵ Conocido en inglés como “*preventive detention*”. Este término hace referencia a las distintas modalidades de penas que se aplican por razones de prevención cuando la personas condenada ha sido considerada peligrosa (por ejemplo, las penas indeterminadas, las cadenas perpetuas o las penas extendidas). Esas penas constituyen el núcleo de los casos de “*preventive detention*”. Véase ASHWORTH y ZEDNER, *Preventive Justice*, pp. 155 y ss.

¹⁰⁶⁶ Además de *Van Droogrenbroeck c. Bélgica*, párrafos 34 y 39-42, véase también TEDH, *Eriksen c. Noruega*, párrafo 78 y TEDH, *M. c. Alemania*, párrafo 93.

Por tanto, esta garantía del nexo causal (o la forma en que el Tribunal la interpreta), permite la aplicación de un castigo mayor a la persona que fue considerada peligrosa en el momento de imponer la sentencia o cuando el delito se cometió en un contexto que demuestra su inestabilidad, puesto que la probabilidad de reincidencia que se exige es menor (siendo los delitos de carácter no grave suficiente razón para no conceder la libertad condicional o para revocarla). No parece que la privación de libertad por la posible comisión de futuros delitos no graves o, incluso por mal comportamiento, se ajuste al principio de proporcionalidad de la pena con el delito inicialmente cometido. El uso de la prisión en estos casos parece desproporcionado, más aún, teniendo en cuenta que estas personas ya han pasado largos años en prisión (el tiempo que ha transcurrido hasta el plazo punitivo).

Sin embargo, es importante matizar que la prolongación de la privación de libertad por razones de prevención de un delito no grave solo se ha permitido cuando se ha producido la revocación de la libertad condicional y no la primera vez que se decide, tras el cumplimiento de la tarifa, si se concede o no la libertad condicional. Por ello, entendemos que la argumentación de la probabilidad de comisión futura de un delito no grave no sirve para justificar la denegación de la libertad condicional por vez primera, es decir, cuando el sujeto aún no ha salido de prisión y, por consiguiente, no existe ninguna evidencia manifestada por la comisión de un hecho que permita llegar esa conclusión. A pesar de ello, no cabe duda de que el derecho a la libertad recibe una menor protección cuando se trata de la revocación, ya que la garantía de la relación de causase atenúa o flexibiliza a favor de la supuesta protección de la sociedad.

B.2.2. Relación entre el objetivo de la sentencia y el lugar y las condiciones de ejecución: Exigencia del acceso a programas de reinserción.

En este apartado nos centraremos en la segunda garantía que deriva del estándar de la “relación de causalidad” que exige el art. 5.1.a, cuyo objetivo es evitar la arbitrariedad por parte de las autoridades. Esta segunda vertiente de ese estándar se concreta en la exigencia de una relación entre el objetivo que persigue la sentencia y el lugar y las condiciones de ejecución de la pena de prisión. Esto implica que, cuando la continuación de la privación de libertad se justifica únicamente por razones de peligrosidad del preso, lo cual sucede, según lo establecido por el Tribunal, una vez se cumple el plazo punitivo, (independientemente de que la pena inicial fuera impuesta por ese factor o no), como lógica consecuencia de ello, la persona interna tenga acceso a

programas de rehabilitación para poder reducir esa peligrosidad y así limitar la continuación de la situación de privación a lo estrictamente necesario. Por tanto, desde el art. 5.1 se puede cuestionar la legalidad de la privación de libertad desde el prisma de su conformidad con los objetivos rehabilitadores¹⁰⁶⁷.

En otras palabras, el TEDH ha entendido que, si tras el cumplimiento del periodo punitivo se decide mantener a una persona en prisión, la única razón que puede fundamentar esa privación de libertad es la peligrosidad criminal y, por consiguiente, es necesario que esa persona tenga acceso a unos programas de rehabilitación, (aunque la pena no fuera impuesta por la peligrosidad del sujeto, sino únicamente la culpabilidad). Por tanto, la decisión de mantener en prisión a una persona más allá del plazo punitivo sin poner a su disposición unos programas de rehabilitación, entrará en contradicción con el art. 5.1.a. Así se determinó en el caso *James, Wells y Lee c. Reino Unido* (2013), al concluir el Tribunal que la privación de libertad de un condenado que se encuentra internado en un establecimiento penitenciario que no dispone de los equipamientos materiales adecuados y suficientes era arbitraria. Los propios tribunales nacionales del Reino Unido reconocieron que cualquier revisión de la peligrosidad que tenga lugar en ausencia de la finalización de los cursos de tratamiento relevantes es muy probable que resulte en un ejercicio vacío¹⁰⁶⁸.

La puesta a disposición del preso de unos programas de rehabilitación deberá producirse, conforme a la normativa internacional, con suficiente antelación a la finalización del plazo punitivo, para que el interno tenga un tiempo razonable para eliminar la peligrosidad y así poder optar a la libertad condicional una vez haya alcanzado esa fecha¹⁰⁶⁹.

Es importante recalcar que este derecho o garantía se aplica, a pesar de que la pena de prisión indeterminada no se hubiese fundamentado en la peligrosidad o aun siendo ese factor un requisito para aplicar esa pena¹⁰⁷⁰, la legislación nacional no contemple expresamente como fin la reinserción o directamente la excluya. Aunque eso sucediera, la reinserción (más concretamente, la obligación de favorecer la consecución de ese objetivo) seguirá siendo una exigencia necesaria para que la aplicación de la pena se considere respetuosa con el Convenio, porque el periodo punitivo marca un punto diferencial determinante a partir del cual esta garantía se activa.

¹⁰⁶⁷ RÍOS, *La prisión perpetua*, p. 100.

¹⁰⁶⁸ TEDH, *James, Wells y Lee c. Reino Unido*, párrafos 23, 35 y 212.

¹⁰⁶⁹ Nos hemos referido al elenco de la normativa internacional, *infra* apartado I.

¹⁰⁷⁰ Por ejemplo, cuando se impone una cadena perpetua discrecional o una pena de prisión para la protección de la sociedad. Para mayor información, véase *supra*, capítulo primero, apartado II.

Como se puede observar, el acceso a los programas de reinserción actúa como un elemento legitimador de la continuación de la privación de libertad, pudiendo convertirse en arbitraria la pena de prisión y, por consiguiente, contraria al art. 5.1.a, si se mantiene al interno encerrado y sin darle la posibilidad de conseguir la reinserción. Debe recordarse que, como señalamos al hablar del art. 3, la falta de acceso a programas de rehabilitación, puede llevar al Tribunal a considerar que la pena es irreductible *de facto* y, por consiguiente, contraria al art. 3¹⁰⁷¹.

Siguiendo con el caso *James, Wells y Lee*, el Tribunal señaló que debe proporcionarse una oportunidad real de reinserción, lo que significaba que deben tener una oportunidad razonable de acceder a programas de rehabilitación para hacer frente a esa peligrosidad¹⁰⁷². Como señala DAUNIS, en este caso, el Tribunal desciende por primera vez, en las condiciones materiales del cumplimiento de las penas indeterminadas, advirtiendo al Estado de su obligación de facilitar los medios necesarios para que el penado pueda conseguir su rehabilitación, pues de no hacerlo, la persona condenada no albergará posibilidades para la reinserción y su privación podrá ser contraria al art. 5.1¹⁰⁷³. Los recurrentes habían recibido penas de IPP¹⁰⁷⁴, es decir, penas impuestas por la peligrosidad de los condenados. Sin embargo, una vez cumplido el periodo punitivo habían permanecido en prisión sin acceso a programas de rehabilitación, por lo que no tenían ninguna posibilidad de lograr la rehabilitación y, por ende, tampoco de alcanzar la libertad condicional.

El Tribunal reconoció que no se podía exigir un acceso inmediato al tratamiento o instalaciones necesarias por razones relacionadas con la gestión eficiente de los fondos públicos, pero apuntó que en ese balance debe otorgarse un peso relevante al derecho a la libertad del preso. En el presente caso consideró que el plazo transcurrido en prisión desde la expiración del periodo punitivo hasta el momento en el que finalmente los presos tuvieron acceso a los programas de rehabilitación, era excesivo e injustificado (dos años y medio en el caso de dos de los recurrentes y casi tres en el caso del tercero).

Veamos cuáles fueron las razones empleadas por las diferentes partes en conflicto ante el Tribunal. El Gobierno argumentaba que seguía existiendo una relación de fundamentación, ya que la sentencia original había sido impuesta por la peligrosidad de los condenados y a pesar de haber cumplido el periodo punitivo seguían siendo

¹⁰⁷¹ Véase *supra* apartado 2, B.2.4 donde se explica la obligación positiva que tienen los estados de asegurar la rehabilitación.

¹⁰⁷² TEDH, *James, Wells y Lee c. Reino Unido*, párrafos 209 y 218. El párrafo 209 señala que: “*real opportunity for rehabilitation is a necessary element of any part of the detention which is to be justified solely by reference to public protection*”.

¹⁰⁷³ DAUNIS, “PPR”, p. 88.

¹⁰⁷⁴ Véase *supra* capítulo primero, apartado II.

peligrosos¹⁰⁷⁵. Por tanto, la denegación de la libertad condicional estaba basada en la sentencia original y ese nexo seguiría existiendo hasta que la Junta de Libertad Condicional decidiese que ya no presentan un peligro para la sociedad. Además, añadió que, aunque el Gobierno admitió que la esperanza y la intención de la Secretaría de Estado era que los presos condenados a una IPP se rehabilitasen, no existía ninguna obligación legal de proporcionar recursos para conseguir ese fin¹⁰⁷⁶. De hecho, la rehabilitación estaba expresamente excluida para las penas IPP por la ley de Justicia Penal de 2003, en concreto, por el art. 142.2.c. Sin embargo, la modificación introducida en el 2008 (mediante la Ley de Justicia Penal de 2008) eliminó esa exclusión, pero el Gobierno no le otorga ninguna importancia a este hecho¹⁰⁷⁷.

Los recurrentes, por el contrario, argumentaban que esa identidad de fundamentación había dejado de existir, porque la imposición de las penas IPP tenía como objetivo, no sólo la protección de la sociedad debido a la peligrosidad que presentaban los recurrentes, sino también la rehabilitación¹⁰⁷⁸. Por tanto, la falta de acceso a los programas de rehabilitación eliminaba la relación que esa privación de libertad ha de guardar con la sentencia original.

En cuanto a la Cámara de los Lores y el Tribunal de Apelación, aunque admitieron que se había producido una violación sistemática del deber del ejecutivo de proveer los recursos necesarios para las personas que cumplían una pena IPP, entendieron que no hubo violación del art. 5.1, porque la relación de fundamentación seguía existiendo, ya que el objetivo de las IPP no era la rehabilitación. Algún juez incluso utilizó calificativos como “lamentable” para describir la situación que se estaba produciendo a consecuencia del aumento importante de personas sujetas a penas IPP y la falta de programas de rehabilitación suficientes para todas ellas, lo que les impedía poder convencer a la Junta de libertad condicional de que debían ser puestas en libertad, porque no podían demostrar que no eran peligrosos. El Tribunal de Apelación también admitió que la consecuencia de este incumplimiento había llevado a los prisioneros a seguir en prisión más tiempo de lo necesario tanto desde la óptica de la finalidad retributiva, como de la protección de la sociedad. Uno de los jueces, Phillips, apuntó que era una situación inaceptable y que de seguir así era muy probable que resultara en una violación del art. 5.4 del CEDH¹⁰⁷⁹. Sin embargo, a pesar de ello, ambos tribunales entendieron que ese incumpliendo no podía

¹⁰⁷⁵ TEDH, *James, Wells y Lee c. Reino Unido*, párrafos 181-183.

¹⁰⁷⁶ TEDH, *James, Wells y Lee c. Reino Unido*, párrafos 181 y 182.

¹⁰⁷⁷ TEDH, *James, Wells y Lee c. Reino Unido*, párrafo 182. Nos hemos referido a esa exclusión de la ley en el capítulo primero, apartado II.3.A, al estudiar el sistema de penas indeterminadas que se prevén en el Reino Unido. Exclusión que también se extendía a la cadena perpetua discrecional y a la pena extendida.

¹⁰⁷⁸ TEDH, *James, Wells y Lee c. Reino Unido*, párrafos 176-178

¹⁰⁷⁹ TEDH, *James, Wells y Lee c. Reino Unido*, párrafo 35.

considerarse suficiente como para declarar la violación del art. 5.1 del CEDH, ya que consideraron que, para ello, era necesario que se produjese un quebrantamiento completo del sistema, es decir, que haya pasado un periodo muy largo sin revisión alguna. Así, interpretaron que seguía habiendo una identidad de causa suficiente entre la sentencia y la continuación de la privación de libertad, porque el objetivo principal de las penas IPP era proteger a la sociedad y como los presos seguía siendo peligroso, su privación de libertad era legal. Aunque haya expirado el plazo punitivo, si el preso sigue siendo peligroso el Estado puede mantenerlo en prisión hasta que cese esa circunstancia.

El TEDH dio un vuelco a la argumentación del Gobierno y de los tribunales nacionales y declaró que sí se había producido una violación del art. 5.1.a. El Tribunal confirmó que sí existía una “relación de causalidad” suficiente (concretamente la primera garantía que deriva de esa exigencia, al que se ha hecho referencia *supra* apartado B.2.1), ya que las penas IPP habían sido impuestas por considerar que los demandantes constituían un riesgo para el público (aunque, como detallaré más adelante, esa consideración, en el caso de uno de los recurrentes, fuera fruto de la presunción legal) y la privación posterior al periodo punitivo estaba motivada en esa misma razón (la constatación de que seguían siendo peligrosos)¹⁰⁸⁰. Sin embargo, concluyó que no ofrecer medidas especiales para reducir ese riesgo, convertía a esa privación de libertad post-tarifa en arbitraria, ya que no se respetó la garantía concreta de la relación entre la condena y las condiciones materiales de la privación de libertad (la segunda garantía que deriva de la “relación de causalidad”)¹⁰⁸¹.

El Tribunal apuntó que los recurrentes, al no tener acceso a esos cursos, no tuvieron oportunidad de reducir la peligrosidad, lo que les impidió reducir la duración de su estancia en prisión más allá del periodo punitivo. Así mismo, en contra de lo defendido por el Gobierno, el Tribunal consideró que uno de los objetivos del IPP sí era la rehabilitación y, por consiguiente, debían tener acceso a esos recursos para que se mantuviera la identidad de causa con la sentencia original. Fueron dos las razones que le

¹⁰⁸⁰ TEDH, *James, Wells y Lee c. Reino Unido*, párrafo 197. “The Court is therefore satisfied that the applicants’ post-tariff detention was based on their “conviction” for the purposes of Article 5.1.a of the Convention”.

¹⁰⁸¹ Para valorar si hubo arbitrariedad o no, además de la falta de disponibilidad de los cursos, examinó qué impacto tenía la falta de discrecionalidad judicial a la hora de imponer las penas IPP. Apuntó que las restricciones a la discrecionalidad judicial no convierten *per se* cualquier privación de libertad en arbitraria, pero añadió que pueden ser un factor relevante, y en tales situaciones, a menudo hay una necesidad aún mayor de asegurar que existe una auténtica relación entre el objetivo de la privación de libertad y la propia privación de libertad. En este punto el Tribunal recordó que la peligrosidad de los recurrentes fue, en gran medida, producto de la presunción legal (contenida en el art. 229.3 de la Ley de Justicia Penal de 2003 que señalaba que en caso de que hubiera una condena anterior se presumía la peligrosidad), por lo que existían dudas de que los jueces, de haber tenido discrecionalidad para imponer una IPP. De hecho, según apuntó el Tribunal, parece que dos de los tres recurrentes, *Wells y Lee*, no habrían recibido una pena IPP (TEDH, *James, Wells y Lee c. Reino Unido*, párrafo 217). Por esa razón, recalcó que, en esos casos, la necesidad de asegurar la existencia de una verdadera correlación entre el objetivo de la privación de libertad y la propia privación de libertad es aún mayor (TEDH, *James, Wells y Lee c. Reino Unido*, párrafo 204.)

llevaron a afirmar al tribunal que las IPP sí tenían como objetivo la rehabilitación, a pesar de la exclusión de dicho objetivo de la legislación.

En primer lugar, aunque reconoció que la rehabilitación no era un objetivo expreso de la ley (puesto que había quedado excluido específicamente para las penas IPP) y, por el contrario, sí lo era la protección de la sociedad, afirmó que si se tenían en cuenta las razones que se encontraban detrás de la introducción de esas penas, se podía observar que la legislación se había basado en el entendimiento de que el tratamiento de rehabilitación se pondría a disposición de los presos a quienes se les impusiese una pena de IPP. Según el Tribunal, observando la propia política de la Secretaría de Estado, los debates sobre la redacción de la legislación y varias decisiones de los tribunales nacionales, se podía apreciar que la rehabilitación constituía un objetivo implícito. De hecho, fue precisamente esa premisa la que llevó a los tribunales nacionales a concluir que el ejecutivo no había cumplido con su deber de ofrecer esos cursos y, por ende, se había producido un incumplimiento sistemático. Además, el Tribunal recordó que es de presumir que los Estados tienen la intención de cumplir con sus obligaciones internacionales, los cuales promulgan que el objetivo esencial de la cárcel es la rehabilitación social¹⁰⁸².

En segundo lugar, el Tribunal se basó en su propia jurisprudencia para afirmar que la rehabilitación también debía ser otro objetivo de las IPP. Según la jurisprudencia de ese Tribunal, aunque desde el prisma del art. 5.1.a puede estar justificada una privación de libertad indeterminada por razones de protección, no puede permitirse que se abra la puerta a la arbitrariedad¹⁰⁸³. Los programas de rehabilitación deben constituir un elemento fundamental e indispensable durante el periodo posterior a la tarifa. Por ello, cuando un Gobierno se basa únicamente en la peligrosidad que los presos suponen para la sociedad para justificar el mantenimiento en prisión de una persona, es necesario hacer esfuerzos para fomentar unas condiciones favorables a la rehabilitación de los presos, lo que en el presente caso significa que debían haber tenido la oportunidad de acceder a los cursos de rehabilitación. Así mismo, matiza que, aunque el artículo 5.1 no impone ninguna obligación absoluta de ofrecer acceso inmediato a los cursos, cualquier restricción o retraso debe ser razonable. Por último, el Tribunal también cita las palabras del juez Phillips del Tribunal de Apelación quien observa que “los cursos de rehabilitación se ofrecen a los presos, porque la experiencia ha demostrado que, por lo general, son necesarios si se quiere eliminar la peligrosidad”¹⁰⁸⁴.

¹⁰⁸² Para mayor información sobre la normativa internacional a este respecto, véase *supra* apartado I.

¹⁰⁸³ TEDH, *James, Wells y Lee c. Reino Unido*, párrafo 218.

¹⁰⁸⁴ TEDH, *James, Wells y Lee c. Reino Unido*, párrafo 209.

Por todo lo anterior, el Tribunal concluyó que la prolongación de la privación de libertad más allá del periodo punitivo sí respetaba una de las garantías que deriva de la “relación de causalidad”, porque el motivo de esa decisión se basó en el mismo que perseguía la sentencia original, pero consideró que esa privación fue arbitraria, por no haberse proporcionado los cursos de rehabilitación necesarios para poder optar a la libertad condicional, con el consiguiente alargamiento injustificado de la privación de libertad (es decir, no se había respetado la segunda garantía derivada de ese estándar).

Tras esta sentencia queda claro que la privación de libertad de forma indefinida en aras a proteger a la sociedad sin ofrecer acceso a los cursos de rehabilitación es arbitraria. El TEDH contempla la protección para la sociedad y la rehabilitación como dos lados de la misma moneda. Esta importante sentencia demuestra que la legalidad de las penas indeterminadas basadas en la peligrosidad criminal, así como la continuación de la libertad durante el periodo post-tarifa, depende de la medida en que se aborda ese riesgo.

El Tribunal, además de afirmar que el acceso a unos programas de rehabilitación es especialmente acuciante tras el plazo punitivo, hasta el punto de que, en caso de no recibir dicho tratamiento, podría producirse una vulneración del art. 5.1, ha especificado cómo ha de ser el tratamiento rehabilitador aplicado. En concreto en el caso *M. c. Alemania* (2008) detalló cómo debe materializarse el objetivo de la prevención del crimen, lo que supone una garantía y límite concretos para la privación de libertad.

La discusión en el citado caso se centró sobre la custodia de seguridad¹⁰⁸⁵, una medida de seguridad impuesta tras la prisión y cuya aplicación depende de la peligrosidad del sujeto. En este caso, la violación del art. 5.1.a se debió al hecho de que se había mantenido al preso en custodia de seguridad más allá del plazo establecido por la ley, en base a un cambio legislativo producido con posterioridad a la imposición de esa pena que permitía alargar el plazo establecido por la ley. El Tribunal concluyó que no había respetado la relación de fundamentación que exige el Convenio, ya que la prolongación de libertad no podía sustentarse o no encontraba base en la sentencia. Por tanto, en este caso, la vulneración del citado precepto no se produjo, como en el caso *James, Wells y*

¹⁰⁸⁵ La custodia de seguridad se aplica cuando el culpable es considerado peligroso y se cumple tras la pena de prisión. En concreto, el artículo 66.1 del Código Penal alemán señala que la custodia de seguridad se impone, además de la pena, si alguien es condenado por un delito doloso a dos años de prisión como mínimo y cumple con las siguientes condiciones: 1) cuando el autor haya sido condenado dos veces a penas de prisión de un año como mínimo en cada caso, por delitos dolosos cometidos con anterioridad a la nueva ofensiva; 2) el autor previamente haya cumplido una pena de prisión o ha sido detenido en virtud de una medida de corrección y prevención durante al menos dos años; 3) una evaluación completa del autor y sus actos revelan que, debido a su propensión a cometer delitos graves, en particular aquellas que perjudican seriamente a sus víctimas físicamente o mentalmente o que causan graves daños económicos, el autor presenta un peligro para el público en general. Para mayor información sobre la regulación histórica de la custodia de seguridad y la influencia del caso *M. c. Alemania* en la sentencia de 4 de mayo de 2011 del Tribunal Constitucional, véase JIMÉNEZ, “Custodia de seguridad”, *passim*.

Lee, por la ausencia de programas de rehabilitación¹⁰⁸⁶. Sin embargo, el Tribunal afirmó que las personas sometidas a estas medidas debían recibir una atención especial con el objetivo de hacer frente a la peligrosidad que presentaban y de esa manera reducir el tiempo transcurrido bajo esa medida.

El Tribunal Europeo, siguiendo las conclusiones alcanzadas tanto por el Comisario Europeo para los Derechos Humanos (Thomas Hammarberg)¹⁰⁸⁷, como por el Comité europeo para la prevención de la tortura (CPT)¹⁰⁸⁸, especificó que era necesario un equipo multidisciplinar y un trabajo intensivo con los reclusos de manera individual (a través de planes individualizados), todo ello dentro de un marco coherente hacia el alcance de la libertad, que debería ser una opción real. Por tanto, el TEDH exige que cuando se impone una custodia de seguridad se ofrezca un tratamiento dotado especialmente de personal cualificado, un plan individualizado de tratamiento (han de tener en cuenta las necesidades criminógenas¹⁰⁸⁹), oportunidades crecientes para la libertad condicional y continua adaptación del régimen de rehabilitación¹⁰⁹⁰. Ambos organismos habían afirmado que las personas sujetas a una custodia de seguridad alemana, en vista de su duración potencialmente indefinida, tienen una especial necesidad de atención psicológica y apoyo y, por consiguiente, eran necesarios esfuerzos particulares.

Así mismo el Tribunal apuntó que, actualmente, existe una ausencia de medidas adicionales y sustanciales –diferentes a las que van dirigidas a todas las personas que están cumpliendo penas largas de prisión por razones punitivas o retributivas- para asegurar la prevención de la reincidencia de las personas sometidas a medidas como la custodia de seguridad, porque, según indica, dichos presos serán incapaces, como regla general, de progresar hacia la libertad condicional únicamente con su propio esfuerzo¹⁰⁹¹.

En su visita a las cárceles alemanas el CPT apuntó que, aunque los reclusos que estaban cumpliendo una custodia de seguridad tenían ciertos privilegios respecto a los presos que cumplían penas de prisión de duración determinada (cuatro horas de ejercicios en el exterior en lugar de una, dos horas de visitas mensuales en lugar de una y teléfono libre, entre otras), el apoyo y ayuda psicológica eran seriamente inadecuados. Por ello, la recomendación del CPT a las autoridades alemanas se centró en la necesidad de revisar

¹⁰⁸⁶ El tribunal también consideró que se había vulnerado el art. 7 por la aplicación retroactiva de la medida de seguridad. Los argumentos que da para llegar a esta conclusión se explicarán *infra* apartado 5, al hablar del art. 7.

¹⁰⁸⁷ Comisario de Derechos Humanos, Informe de la visita a Alemania en 2006, párrafos 201-206.

¹⁰⁸⁸ CPT, Informe de la visita a Alemania en 2005, párrafo 100.

¹⁰⁸⁹ Se trata del modelo de rehabilitación “Risk-Need-Responsability (RNR)”. Para mayor información véase ATRID, “Asesing risk” p. 236.

¹⁰⁹⁰ TEDH, *M. c. Alemania*, párrafo 129.

¹⁰⁹¹ TEDH, *M. c. Alemania*, párrafo 129.

el planteamiento con que está diseñado el tratamiento de los internos sujetos a esa medida, con carácter de urgencia y al más alto nivel¹⁰⁹².

Esta sentencia tuvo un impacto positivo importante, ya que el propio Tribunal Constitucional Alemán, a raíz de ese pronunciamiento, desarrolló siete requisitos constitucionales que toda custodia de seguridad debe cumplir, ofreciendo así mayores garantías a la hora de imponer una medida de esta índole¹⁰⁹³. En primer lugar, señaló que la aplicación de la custodia de seguridad debe ser la “última ratio”, por eso matizó que deben darse pasos durante el tiempo de cumplimiento de prisión para reducir la peligrosidad y con ello evitar el recurso a esa medida al término del cumplimiento de la pena de prisión. A continuación, señaló 4 requisitos, todos ellos relacionados con el tipo de tratamiento que deben recibir las personas sujetas a una custodia de seguridad: un plan individualizado diseñado con el objetivo de hacer frente a las necesidades particulares de la persona; la obligación de motivar a la persona sujeta a esa medida, la obligación de la separación tanto en términos físicos (lugar de cumplimiento), como de régimen; y el requisito de la “minimización”, lo que significa que el régimen debería ser más flexible, permitiendo más permisos, visitas y otro tipo de contactos con el exterior. Por último, hizo mención a dos requisitos más que tratan de garantizar el efectivo cumplimiento de las anteriores condiciones: el primero, que cataloga como “protección y apoyo legal”, supone que la persona privada de libertad debería tener un mecanismo legal efectivo para asegurar que se están tomando medidas para reducir su peligrosidad y, el segundo, la existencia de revisiones que deberían efectuarse, al menos anualmente, para asegurar que la custodia de seguridad no se impone más de lo necesario.

Los diferentes principios que elabora el TC alemán, así como lo apuntado por el TEDH y las recomendaciones del CPT deberían ser -a mi juicio- extensibles a las penas indeterminadas, en tanto que éstas también se imponen por la peligrosidad del sujeto condenado y es esa la única razón penológica legítima que justifica la privación de libertad tras la tarifa. De hecho, esta interpretación se encuentra en consonancia con los estándares internacionales –véase *supra* apartado I- que apoyan el establecimiento de planes adicionales y mayor apoyo psicológico para las personas que cumplen penas largas o indeterminadas.

¹⁰⁹² TEDH, *M. c. Alemania*, párrafo 77.

¹⁰⁹³ Sentencia del Tribunal Constitucional alemán del 4 de mayo de 2011.

C. Recapitulación

Como se ha podido comprobar en este apartado, el objetivo que persigue el art. 5.1.a es que la legalidad o justificación de la privación de libertad se mantenga a lo largo de todo el cumplimiento de la pena indeterminada. Es jurisprudencia consolidada que la base legal de la privación de libertad debe existir durante todo el periodo de cumplimiento de las penas indeterminadas. Aunque el Estado puede imponer una pena indeterminada, su legalidad no queda justificada a perpetuidad. Toda privación de libertad debe cumplir con las garantías que exige el art. 5.1.a

La garantía fundamental que establece ese precepto es la exigencia de la “relación de causalidad”: la pena de prisión debe guardar relación con la condena inicial y esa relación debe mantenerse durante todo el tiempo que dure la pena de prisión. Este estándar de la “relación de causalidad” se concreta o divide en dos garantías.

En primer lugar, el Tribunal ha establecido que si se mantiene a una persona en prisión más allá del plazo punitivo, esa privación de libertad será legal sólo si puede fundamentarse en la peligrosidad criminal (relación entre el motivo que persigue la sentencia original y la que persigue el mantenimiento de la situación de privación de libertad). Por tanto, la peligrosidad actúa como base de legalidad para la continuación de la privación de libertad. Sin embargo, no cualquier tipo de peligrosidad puede justificar la prolongación del tiempo de encarcelamiento; esa peligrosidad tiene que guardar relación con la sentencia original. Por ello, el Tribunal ha considerado que la probabilidad de comisión de delitos no graves no respetará la relación de fundamentación con la sentencia original si ésta se impuso por un delito grave, como puede ser el asesinato. No obstante, el Tribunal sí ha considerado conforme al Convenio mantener a una persona en prisión por razones preventivas, aunque el delito que se espera puede cometer no sea grave, siempre y cuando la condena inicial se impusiera por la peligrosidad o inestabilidad del sujeto.

En segundo lugar, y estrechamente relacionado con lo que se acaba de comentar, se encuentra la obligación de ofrecer programas de rehabilitación para que, de esta manera, se mantenga una relación entre la sentencia original y las condiciones de la privación de libertad (la segunda vertiente de la garantía de la “relación de causalidad”). Esta obligación supone la concreción material de la garantía de la “relación de causalidad” y una condición inexcusable para el Estado que mantenga en prisión a una persona más allá del plazo punitivo. Sin embargo, existe el riesgo de que el Estado ofrezca cursos de rehabilitación que no sean adecuados o no tengan en cuenta la situación especial de personas que están cumpliendo una pena de prisión indeterminada y, por consiguiente, se

siga afirmando que son peligrosos porque no se ha conseguido ninguna mejoría. También puede suceder que el Estado justifique la denegación de la privación de libertad en el no cumplimiento de los mismos. Por todo ello, en este punto considero importante atender a lo establecido por la Recomendación 2003(22) sobre la libertad condicional, la cual dispone que los criterios a cumplir para alcanzar la libertad condicional deben ser “realistas”, lo que significa que se tengan en cuenta la personalidad del preso, las circunstancias sociales y económicas y la disponibilidad de los programas de rehabilitación. Además, esta Recomendación da un paso más y matiza que la falta de posibilidades de trabajar o la ausencia de un alojamiento regular no pueden constituir el motivo para rechazar o posponer la concesión de la libertad condicional.

El estándar o garantía de la “relación de causalidad” supone un importante freno al poder del Estado para privar de libertad a una persona más allá de la tarifa. Por una parte, en el plano más teórico de justificación de la prolongación de la reclusión, la única razón válida a efectos del art. 5.1.a será la existencia de la peligrosidad criminal. Por otra parte, esa fundamentación debe reflejarse en el plano práctico, por lo que el Estado está obligado a ofrecer al preso los programas de rehabilitación que hagan posible su reinserción.

Sin embargo, como hemos podido comprobar, el Tribunal ha realizado una interpretación de esa garantía desfavorable para el reo cuando la sentencia original ha sido impuesta, además de por la gravedad del delito, por la peligrosidad que presentaba el sujeto. En ese caso, ha considerado que la prevención de la comisión futura de delitos no graves es conforme al art. 5.1.a, aunque no guarde relación con el delito inicial (que fue de carácter grave), porque el fundamento en el que se basan la sentencia y la prolongación del encarcelamiento son coincidentes (la peligrosidad criminal). A pesar de ello, como se ha clarificado, esa postura sólo ha sido mantenida en casos de revocación de la libertad condicional, es decir, cuando el sujeto ha vuelto a cometer otro hecho que pone de manifiesto la persistencia de la peligrosidad (aunque no sea grave) y no en base a un pronóstico de peligrosidad fruto de la evaluación de la peligrosidad que se realiza durante la primera revisión de la pena, es decir, en base a datos probabilísticos.

En cualquier caso, consideramos que la privación de libertad de una persona más allá de la tarifa con base en una cadena perpetua sólo debería permitirse si la peligrosidad criminal se refiere a la comisión de delitos graves. Aunque es cierto que, en el caso del modelo inglés, salvo la cadena perpetua preceptiva, el resto de penas indeterminadas exige para su aplicación la comprobación de la peligrosidad criminal, como se ha explicado *supra* capítulo primero, apartado II, otro de los requisitos necesarios es la

comisión de un delito grave. Por ello, para que la privación de libertad que se produce tras la tarifa pueda encontrar base legal en la condena inicial, entendemos que ambas condiciones, peligrosidad y gravedad del delito, deben ir de la mano.

4. Artículo 5.4 CEDH: El control de legalidad de la privación de libertad: mecanismo de revisión.

A. Consideraciones generales

En este apartado se estudiará en qué consiste el control de legalidad que se prevé en el art. 5.4¹⁰⁹⁴. El Tribunal, además de precisar cuáles son las garantías o condiciones que deben cumplir las penas indeterminadas para que su aplicación sea conforme al art. 5.1.a, prevé un mecanismo de control que se ejecuta mediante revisiones periódicas. El objetivo de ese instrumento es comprobar y garantizar que la legalidad de la privación de libertad existe. Así, este precepto reconoce a la persona privada de libertad el derecho a una revisión ante un órgano judicial¹⁰⁹⁵ a fin de que se pronuncie sobre la legalidad de esa privación.

El art. 5.4, por tanto, es el *Habeas Corpus*¹⁰⁹⁶ del Convenio que ofrece una garantía fundamental contra la privación de libertad arbitraria por parte del Estado.¹⁰⁹⁷ En esencia, supone el derecho a que se analice la legalidad de la privación de libertad tan pronto como se produzca esa privación y a ser puesto en libertad si no hay base legal para esa privación. La decisión sobre la legalidad también debe emitirse “en breve plazo”, tal como señala el propio artículo.

La revisión no es un recurso en sentido estricto, pero se debe examinar la legalidad de la privación de libertad, tanto en lo que concierne al derecho procesal como al sustantivo y se debe ordenar la libertad si se concluye que la privación de libertad no es legal. La carga de la prueba corresponde a las autoridades¹⁰⁹⁸.

El señalado precepto exige que la revisión se realice o, bien automáticamente de forma periódica o, que el detenido tenga la opción de interponer recursos a “intervalos

¹⁰⁹⁴ La redacción literal del art. 5.4 es la siguiente: “Toda persona privada de su libertad mediante detención o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal”.

¹⁰⁹⁵ En la versión en inglés el término empleado es “court” y en español “órgano judicial”. Como se explicará en mayor detalle *infra* apartado D. y D.2, el TEDH no requiere que necesariamente se trate de un tribunal en sentido estricto (*a court of law*), sino que tenga las competencias que tiene un tribunal (*judicial character*), lo que exige que sea independiente del ejecutivo, imparcial y tenga capacidad para emitir una decisión vinculante.

¹⁰⁹⁶ La referencia de la Ley de Habeas Corpus española es la siguientes: Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de “Habeas Corpus”.

¹⁰⁹⁷ HARRIS y otros, *European Convention*, 2014, p. 352

¹⁰⁹⁸ En relación con la carga de la prueba, véase, entre otros, TEDH, *Hutchinson Reid c. Reino Unido*, párrafos 69-74. El Tribunal de Estrasburgo consideró contrario al art. 5.4 exigir al recurrente que pruebe que no sufre ninguna enfermedad mental que haga necesario su internamiento en un hospital para recibir tratamiento médico.

razonables” para impugnar la legalidad de la continuación de su privación de libertad¹⁰⁹⁹. Por tanto, el art. 5.4 también exige la oportunidad de una revisión de la continuación de la privación de libertad a intervalos razonables, cuando esa revisión no se ofrece de forma automática”¹¹⁰⁰. Como se observa, la revisión puede realizarse por dos vías: de forma automática (de oficio) o mediante la interposición de recurso por la persona afectada. En ambos casos, se deberá cumplir con el requisito “a intervalos razonables”. Por eso, aunque la persona afectada puede presentar tantas solicitudes como quiera, se debe respetar ese requisito¹¹⁰¹. Más adelante se explicará el significado práctico de “intervalos razonables”. Por último, debe mencionarse que el art. 5.4 también podrá cumplirse mediante la provisión de 2 o más recursos que juntos permitan al recurrente analizar todos los aspectos de la legalidad de su privación de libertad¹¹⁰².

Para determinar si una decisión ha sido emitida “en breve plazo”, tal y como exige el precepto, no existe un límite absoluto en abstracto, sino que ha de determinarse teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso concreto, por ejemplo, la diligencia de las autoridades nacionales¹¹⁰³; las autoridades judiciales no se pueden excusar en retrasos debidos a la espera de informes periciales o a la complejidad del expediente médico¹¹⁰⁴. En cuanto a los plazos concretos, a modo de ejemplo, dieciséis días para decidir sobre la continuación de la privación de libertad de larga duración de un delincuente habitual realizada en virtud del art. 5.1.a se consideró “breve plazo”¹¹⁰⁵.

La obligación que establece este precepto a los estados de llevar a cabo unas revisiones de forma automática o de ofrecer al reo la posibilidad de interponer un recurso para que su caso sea revisado es de gran importancia, porque un recurso nacional será un procedimiento más corto con un efecto inmediato y, por ello, más conveniente que la vía de Estrasburgo para conseguir la declaración de vulneración del art. 5.1 por el incumplimiento de la garantía internacional¹¹⁰⁶.

¹⁰⁹⁹ El requisito “a intervalos razonables” y el derecho a interponer recurso cuando no existen revisiones automáticas fue aplicado en X, párrafo 52. Véase también TEDH, *Silva Rocha c. Portugal*, párrafo 30; y en relación con las revisiones periódicas automáticas, véase TEDH, *Keus c. Países Bajos*, párrafo 24.

¹¹⁰⁰ REID, *European Convention*, p. 989.

¹¹⁰¹ TEDH, *Khudobin c. Rusia*, párrafo 117.

¹¹⁰² TEDH, *Weeks c. Reino Unido*, párrafo 69, el Tribunal consideró que el alcance del control que se ofrece no era lo suficientemente amplio para cumplir con el requisito de “legalidad” en el sentido del art. 5.4. Los motivos en los que se puede basar un recurso son únicamente la “ilegalidad”, la “irracionalidad” y el “error procesal”. El primero significa que se ha producido una incorrecta aplicación de la ley; el segundo que la decisión alcanzada es tan escandaloso que desafía a la lógica o a las normas morales aceptadas, y que ninguna persona sensata podría haber llegado a esa conclusión; y el tercero, es un fallo en la observación de las normas procesales expresamente establecidas.

¹¹⁰³ HARRIS y otros, *European Convention*, 2014, p. 362. Por su parte, SCHABAS, *European Convention*, p. 256 señala que “breve plazo” indica una urgencia menor que “promptly” o “inmediatamente”, expresión utilizada en el art. 5.3.

¹¹⁰⁴ TEDH, *Baranowski c. Polonia*, párrafo 72.

¹¹⁰⁵ TEDH, *Christinet c. Suiza, passim*.

¹¹⁰⁶ TRECHSEL, *European System*, p. 319, recalca el carácter subsidiario del recurso presentado en virtud del CEDH.

Es importante recordar dos aspectos en relación con las posibilidades de obtener una protección y reconocimiento en virtud del art. 5.4. Por una parte, que el mero hecho de que el Tribunal no haya considerado que se ha vulnerado el art. 5.1 no significa que ya no deba realizar un análisis para comprobar si se ha cumplido con el art. 5.4¹¹⁰⁷. Por otra parte, que la persona no está obligada, como condición previa a gozar de esa protección (es decir, para que se lleve a cabo la revisión), a demostrar que, según los hechos de su caso, tiene alguna posibilidad de éxito de obtener la libertad¹¹⁰⁸.

También es importante señalar que el principio de accesibilidad y efectividad del recurso derivado del art. 5.4 requiere que la existencia del recurso sea lo suficientemente cierta, no sólo en teoría, sino también en la práctica¹¹⁰⁹. La carga de la prueba recae sobre el Estado demandado, quien debe proporcionar ejemplos específicos de decisiones judiciales que dan testimonio de la existencia y efectividad del recurso¹¹¹⁰. Por tanto, la persona privada de libertad no está obligada a interponer recursos que no son ni adecuados ni eficaces.

En relación con la eficacia de los recursos a la que acabamos de aludir, resulta apropiado hacer especial referencia al caso *Betteridge c. Reino Unido* (2013). El recurrente había sido condenado en 2005 a una pena IPP con una tarifa de 3 años y 6 meses por una violación. Unos meses antes de finalizar la tarifa, en septiembre de 2008, la Junta de Libertad Condicional estudió su caso y decidió no recomendar el régimen abierto¹¹¹¹. En diciembre de 2008 finalizó el periodo punitivo y no se realizó ninguna revisión, pero en febrero la Junta de Libertad Condicional acordó que la audiencia se realizase en mayo del siguiente año, es decir, 6 meses más tarde desde la finalización del periodo punitivo. Sin embargo, tampoco se realizó la revisión en la fecha prevista, porque no se convocó al comité que debía estudiar el caso, por lo que se fijó la nueva fecha en septiembre, es decir 4 meses más tarde y 10 meses desde el término de la tarifa. Ante esta situación, en junio, el recurrente interpuso un recurso ante el Tribunal Superior (*High court*) del Reino Unido.

El tribunal nacional, aunque le dio la razón y entendió que se había vulnerado el art. 5.4, consideró que la declaración de la violación no podía tener consecuencias, porque

¹¹⁰⁷ SCHABAS, *European Convention*, p. 254.

¹¹⁰⁸ TEDH, *Waite c. Reino Unido*, párrafo 59.

¹¹⁰⁹ TEDH, *Van Droogenbroeck c. Bélgica*, párrafo 54 y también TEDH, *Sakik c. Turquía*, párrafo 53.

¹¹¹⁰ Véase, por ejemplo, TEDH, *Sakik c. Turquía*, párrafo 53, en el que se consideró que se había violado el art. 5.4, porque a pesar de la documentación aportada respecto a la eficacia del recurso, no se proporcionó al Tribunal ningún ejemplo de un recurso exitoso a nivel nacional.

¹¹¹¹ La argumentación ofrecida por la Junta de Libertad Condicioanal fue la siguiente: “*you appear to have no more than a superficial understanding of the reasons why you committed the index offences or of the risk management strategies, which will be necessary on release to manage the sexual attitudes and responses which you still but partially acknowledge*”. Véase TEDH, *Betteridge c. Reino Unido*, párrafo 7.

de haberse realizado la revisión no habría sido liberado¹¹¹². Para ello, se basó en la decisión de la Junta de Libertad Condicional de septiembre de 2008, es decir, la decisión que se tomó tras la revisión que se realizó unos meses antes de que finalizase la tarifa y en la que la Junta recomendó no concederle el régimen abierto. Además, añadió que debido al problema que estaba generando la introducción de las IPP¹¹¹³ no era apropiado que se interpusiesen recursos contra la Junta de Libertad Condicional alegando vulneración de esa disposición, porque no se podría conseguir ninguna reparación y sólo añadiría más costes. Según el Tribunal Superior, ellos no podían emitir órdenes que lo único que iban a hacer es crear más dificultades para otros¹¹¹⁴. El solicitante fue aconsejado por su abogado en el sentido de que un recurso contra la decisión del Tribunal superior ante el Tribunal de Apelación, no tendría éxito porque este último tribunal estaría obligado a concluir que no podía dar prioridad a ningún caso individual cuando la evidencia había demostrado que existía una falta sistémica de recursos.

Sin embargo, en contra de lo que había argumentado el Tribunal Superior para no ofrecer una reparación a pesar de señalar que se había vulnerado el art. 5.4, el TEDH entendió la vulneración de ese precepto se produjo precisamente por esa razón, es decir, porque el reconocimiento de la vulneración continuada del Convenio por el tribunal nacional no supuso una reparación adecuada de esa situación¹¹¹⁵. El Gobierno había defendido que el recurrente no había agotado todas las vías internas por lo que el demandante no podía recurrir al Tribunal Europeo. El Gobierno basó su argumentación en tres razones: en primer lugar, el demandante no había recurrido ante el Tribunal de Apelación la decisión del Tribunal Supremo; en segundo lugar, el recurso que se había interpuesto solo cuestionaba el periodo transcurrido entre diciembre de 2008 hasta septiembre de 2009 (fecha fijada para la revisión), pero no el que había transcurrido desde 2009 hasta enero de 2010 (que es cuando finalmente se realiza la revisión), por lo que entendía que debía interponer otro recurso alegando vulneración entre ese periodo; y en tercer lugar, porque el demandante no había intentado conseguir una indemnización discrecional por daños en base a la Ley de Derechos Humanos de 1998. Sin embargo, el TEDH tampoco aceptó estas alegaciones y consideró que no era necesario interponer otro recurso, porque el resultado del recurso ya interpuesto no había proporcionado al

¹¹¹² TEDH, *Betteridge c. Reino Unido*, párrafo 16.

¹¹¹³ Para mayor información sobre estas penas y la problemática generada, véase *supra* capítulo primero, apartado II.

¹¹¹⁴ TEDH, *Betteridge c. Reino Unido*, párrafo 18. El Tribunal Superior apuntó que “*It is not helpful that prisoner A gets relief which may advance him in the queue but which inevitably means that prisoner B has a longer wait*”.

¹¹¹⁵ TEDH, *Betteridge c. Reino Unido*, párrafo 41.

recurrente reparación alguna¹¹¹⁶. La otra razón por la que se entendió vulnerado el art. 5.4 la expondremos más adelante.

B. Ámbito de aplicación del art. 5.4. Penas indeterminadas: circunstancias susceptibles de cambio. Evolución jurisprudencial.

En cuanto al ámbito de aplicación de este artículo, como la teoría que subyace es que debe existir un recurso judicial para revisar la legalidad de un acto administrativo sobre la privación de libertad, en principio, no hay necesidad de una revisión separada si la privación de libertad ha sido acordada por una orden emitida por un tribunal. Es lo que se conoce como “doctrina del control incorporado”¹¹¹⁷. El más claro ejemplo de esto sería la privación de libertad de una persona que ha sido condenada por un tribunal competente, es decir, el supuesto que prevé el art. 5.1.a. Sin embargo, incluso si la base original de la privación de libertad es una orden judicial, puede ser necesaria una revisión del art. 5.4, después de cierto tiempo y a intervalos razonables. Por tanto, el hecho de que la decisión inicial sobre la privación de libertad haya sido aprobada por un tribunal, o una detención basada en una decisión administrativa haya sido posteriormente ratificada por un tribunal, no se considera suficiente a efectos del art. 5.4.

La necesidad de la revisión viene dada por el hecho de que, a veces, las circunstancias iniciales que llevaron a la privación de libertad pueden cambiar, lo que puede afectar a la legalidad de la continuación de la privación de libertad¹¹¹⁸. Por ello, cuando existen circunstancias que son susceptibles de cambiar, es necesario que se lleve a cabo una revisión a intervalos razonables para determinar si la base legal que llevó a la privación de libertad sigue existiendo. De esta forma, el art. 5.4 trata de garantizar que la privación de libertad no se extienda si la identidad de fundamentación entre la razón que motivó la sentencia y la continuación de la privación de libertad ha dejado de existir. Hay dos circunstancias claras que el TEDH entiende que hacen necesaria la revisión, porque pueden variar con el transcurso del tiempo, que son la salud mental y la peligrosidad criminal. Otra circunstancia en la que es necesaria una revisión continuada es el caso de la privación de libertad preventiva de los reincidentes (*preventive detention of recidivists*)¹¹¹⁹.

En principio, este artículo es aplicable a todos los supuestos que prevé el art. 5.1¹¹²⁰. El control judicial de la legalidad de la privación de libertad de una persona es un

¹¹¹⁶ TEDH, *Betteridge c. Reino Unido*, párrafo 49.

¹¹¹⁷ HARRIS y otros, *European Convention*, 2014, p. 353.

¹¹¹⁸ Véase entre otros TEDH, *Weeks c. Reino Unido*, párrafo 56 y TEDH, *Waite c. Reino Unido* párrafo 56.

¹¹¹⁹ TEDH, *Van Droogenbroeck c. Bélgica*, párrafo 45

¹¹²⁰ ARRESE, “Artículo 5”, p. 184.

derecho exigible sea cual sea la situación, la forma de la privación de libertad, la motivación invocada -sea una medida de orden público o de protección de la seguridad nacional¹¹²¹- o la autoridad que la haya decidido¹¹²². De todas formas, como se ha señalado, se distingue entre la privación de libertad decidida administrativamente y la decidida judicialmente, siendo necesaria la revisión en el primer caso y, en determinados casos, también en el segundo¹¹²³.

Una vez determinado que el art. 5.4 también sirve para controlar la legalidad de la privación de libertad de una persona condenada por un tribunal competente, hay que determinar si este control es aplicable a todas las penas de prisión o sólo a algunas.

En relación con las penas de prisión determinadas, la jurisprudencia de Estrasburgo confirma que la garantía del art. 5.4 se entiende incorporada en la sentencia original, por lo que la autoridad puede privar de libertad a una persona hasta el último día de la sentencia¹¹²⁴. En cambio, en cuanto a las penas indeterminadas, el Tribunal ha reconocido que el control de legalidad debe efectuarse en el caso de todos los tipos de penas indeterminadas¹¹²⁵. El reconocimiento del derecho a una revisión para el caso de las penas indeterminadas se sustenta en el hecho de que éstas, a diferencia de las penas determinadas, se componen de dos partes: Una parte punitiva que se representa por la tarifa y que se establece con referencia al plazo equivalente de la pena determinada y la parte posterior a la tarifa, que persigue unos fines preventivos.

Sin embargo, el reconocimiento de la aplicabilidad del art. 5.4 a las penas indeterminadas se ha producido de forma gradual. En cuanto a las cadenas perpetuas discrecionales, la necesidad de aplicar esa disposición al periodo posterior a la tarifa ya había sido declarada años antes de que se reconociera su aplicación también para las cadenas perpetuas preceptivas¹¹²⁶. En un primer momento, el Tribunal entendió que el art. 5.4 sólo se aplicaba cuando se trataba de penas impuestas por la peligrosidad del sujeto o estado mental del mismo, es decir, en el caso de la cadena perpetua discrecional, pues son esas las circunstancias susceptibles de cambio y, por ende, las que exigirían una nueva revisión. Posteriormente, el Tribunal extendió el derecho a una revisión también a la cadena perpetua preceptiva. Esta expansión se produjo como consecuencia de una

¹¹²¹ Véase entre otros, *Chahal*, párrafo 131.

¹¹²² CASADEVALL, *Convenio Europeo*, p. 261.

¹¹²³ ARRESE, "Artículo 5", pp. 184-185.

¹¹²⁴ Véase más recientemente, TEDH, *Stafford c. Reino Unido*, párrafo 87, y también otras anteriores como *V. c. Reino Unido*, párrafo 119; *Mansell c. Reino Unido*, *passim*; TEDH, *Ganusauskas c. Lituania*, *passim*; y TEDH, *Brown c. Rein Unido*, *passim*.

¹¹²⁵ CREIGHTON y ARNOTT, *Prisoners*, p. 526, párrafo 11.5.

¹¹²⁶ Véase entre otros, TEDH, *Weeks c. Reino Unido*, párrafo 56; *X*, párrafo 51 y TEDH, *Van Droogenbroeck c. Bélgica*, párrafo 45. El Tribunal señaló en todas estas sentencias que el art. 5.4 sólo se entiende incorporado en relación con la parte punitiva de la pena de prisión, pero que tras la tarifa debía realizarse nuevamente una revisión conforme al art. 5.4 para valorar las nuevas circunstancias que pueden variar.

evolución jurisprudencial que transcurre entre los años 1990 y 2002 y que pasamos a explicar a continuación.

En un primer momento, en la sentencia *Thynne c. Reino Unido* (1990), el Tribunal señaló que cuando se aplicaba una cadena perpetua preceptiva, cuya imposición no depende de la peligrosidad del delincuente, sino de la gravedad del delito cometido, al no estar basada en ninguna circunstancia susceptible de cambio, la revisión que prevé el art. 5.4 quedaba incorporada en la sentencia original (doctrina del “control incorporado”), sin necesidad de llevar a cabo más revisiones. Sin embargo, tal como venía afirmando en sentencias anteriores, señaló que esto no sucedía en el caso de las cadenas perpetuas discrecionales (penas a las que fueron condenados los tres recurrentes), en cuyo caso sí debía realizarse una revisión de conformidad con el art. 5.4¹¹²⁷.

En el citado caso, los tres recurrentes habían sido condenados por delitos sexuales muy graves por los que habrían sido condenados a largas penas de prisión si se hubieran impuesto penas determinadas. En cambio, dado que se consideraba que los solicitantes eran inestables y peligrosos, fueron condenados a cadena perpetua discrecional. El Tribunal de Estrasburgo entendió que estas penas se distinguían de las cadenas perpetuas preceptivas, en que su aplicación dependía de la peligrosidad del sujeto (no de la gravedad del delito como las cadenas perpetuas preceptivas), y por tanto, una vez alcanzada la tarifa, los presos tenían derecho a que su caso fuera revisado, de acuerdo con el art. 5.4¹¹²⁸. El Gobierno, sin embargo, había argumentado sin éxito, que no se podía establecer una línea divisoria clara en función de la tarifa, entre los fines punitivos y preventivos y que la tarifa sólo indicaba la fecha en la que debía realizarse el primer examen, pero no que se habían cumplido los fines punitivos. Por tanto, al considerar la liberación, la Secretaría de Estado tenía que tener en cuenta una variedad de factores que era imposible someter a un análisis finito¹¹²⁹.

En el caso *Wynne c. Reino Unido* (1994) también se siguió lo establecido en *Thynne c. Reino Unido* respecto a la cadena perpetua preceptiva, por lo que se entendió que la persona condenada a esa pena no tenía derecho a solicitar el control de legalidad que prevé el art. 5.4¹¹³⁰. El recurrente estaba cumpliendo una cadena perpetua preceptiva

¹¹²⁷ TEDH, *Thynne c. Reino Unido*, párrafos 68 y 73-76. A raíz de esta sentencia y la dictada anteriormente en *Weeks*, se impulsaron una serie de cambios importantes en el sistema de libertad condicional en el Reino Unido para que la normativa nacional se ajustara al CEDH; entre ellas, la creación de los Comités de Cadena perpetua discrecional (*Discretionary Lifer Panels*), el derecho a una audiencia y otras garantías procesales. En el capítulo tercero, apartado I, me referiré en mayor detalle al impacto que tuvieron estas sentencias y se explicará también el procedimiento de libertad condicional de las personas condenadas a penas indeterminadas en el Reino Unido.

¹¹²⁸ TEDH, *Thynne c. Reino Unido*. Volveré a referirme a este caso, *infra* apartado 4.D.2, para explicar por qué consideró el Tribunal que se había vulnerado el art. 5.4.

¹¹²⁹ TEDH, *Thynne c. Reino Unido*, párrafo 66.

¹¹³⁰ TEDH, *Wynne c. Reino Unido* párrafo 36

por asesinato y, 16 años más tarde, tras cumplir la tarifa, se le concedió la libertad condicional. Sin embargo, durante su disfrute cometió un homicidio, por el que recibió una cadena perpetua discrecional y se le revocó la libertad condicional. Como consecuencia de ello, volvía a estar en prisión cumpliendo también la cadena perpetua preceptiva. El asunto a resolver era si el art. 5.4 podía utilizarse para cuestionar la competencia de la Secretaría del Estado para decidir acerca de la continuación de la privación de libertad, ya que según ese precepto la legalidad de la privación de libertad debe ser examinada por un órgano que tenga carácter judicial, es decir, que sea independiente del ejecutivo¹¹³¹. *Wynne* recurrió al TEDH argumentando que tenía derecho a una revisión de conformidad con el art. 5.4 y, por consiguiente, pidiendo que el Tribunal reconsiderara la categorización que hizo en *Thynne* sobre estas penas (catalogándolas como penas diferentes a las cadenas perpetuas discrecionales y, por tanto, excluyendo la aplicación de ese precepto)¹¹³². El Tribunal de Estrasburgo no atendió la petición del recurrente volviendo a manifestar que, aunque en el caso de la cadena perpetua discrecional el recurrente sí tendría derecho a una revisión en virtud del art. 5.4, al estar cumpliendo la cadena perpetua obligatoria, la cual había sido activada al revocarle la libertad condicional, no se podía aplicar el artículo 5.4¹¹³³.

Sin embargo, el caso *Stafford* (2002) marca un importante cambio jurisprudencial. El TEDH declinó seguir lo establecido en *Wynne*, reconociendo el derecho a una revisión de legalidad del art. 5.4 también para los presos que estaban cumpliendo una cadena perpetua preceptiva. Como se ha señalado *supra* apartado 3.B.2.1, aunque el Tribunal admitió la diferencia existente entre ambas modalidades de cadena perpetua, es decir, que la imposición de cada una de ellas viene determinado por motivos diferentes (la cadena perpetua preceptiva se fundamenta únicamente en la gravedad del delito, y la cadena perpetua discrecional se impone además de la gravedad del delito en base a la peligrosidad del sujeto), entendió que el periodo punitivo que se toma como referencia marca un punto diferencial, a partir del cual ambas penas se equiparan, porque la continuación de la privación de libertad sólo puede justificarse por razones de peligrosidad. Por

¹¹³¹ Sobre el órgano que tiene competencia para llevar a cabo la revisión del art. 5.4 nos referiremos *infra* apartado D y D.2.

¹¹³² TEDH, *Wynne c. Reino Unido*, párrafos 28, 31 y 34. El recurrente alegaba que era la cadena perpetua discrecional la base legal en la que se fundamentaba su permanencia en prisión y que, en cualquier caso, ambas modalidades de cadena perpetua (preceptiva y discrecional) exigían la aplicación del art. 5.4.

¹¹³³ TEDH, *Wynne c. Reino Unido*, párrafo 38. VAN ZYL, *Life imprisonment*, p. 123, critica la conclusión alcanzada por el TEDH. En opinión de ese autor el tribunal no parece haber comprendido que los complejos procedimientos que existían para permitir la libertad condicional eran una parte integral de la sentencia, ya que fueron deliberadamente diseñados para evitar una pena desproporcionada. Añade también que la decisión del Tribunal resulta irónica, porque el propio Tribunal señaló, en el párrafo 32, que una cadena perpetua preceptiva podía ser impuesta por un asesinato por compasión (*mercy killing*) y porque en un caso anterior, TEDH, *Weeks c. Reino Unido*, párrafo 47, se reconoció que una cadena perpetua podía ser desproporcionada y, por tanto, contraria al art. 3.

consiguiente, como esa circunstancia puede variar, es necesario un nuevo control de legalidad, no siendo suficiente el control original llevado a cabo por el tribunal sentenciador o el de apelación¹¹³⁴. Así, el Tribunal equiparó ambas penas a efectos del art. 5.4¹¹³⁵.

Como se ha podido comprobar, la jurisprudencia del TEDH ha establecido, de forma gradual, que el art. 5.4 se aplica a todas las modalidades de penas indeterminadas¹¹³⁶. Por tanto, aunque la sentencia se dicte teniendo en cuenta únicamente

¹¹³⁴ TEDH, *Stafford c. Reino Unido*, párrafo 85-89. Este cambio jurisprudencial estuvo motivado por diversos pronunciamientos de los tribunales nacionales que se habían dictado de forma gradual desde el caso *Wynne* y que reflejaban una percepción creciente de que la determinación de la tarifa era similar a una función judicial (véase *Stafford*, párrafos 69-72 y 85) y cumplía la misma función independientemente de si se imponía en el caso de una cadena perpetua discrecional o preceptiva. En UKHL, *Doody*, 1993 la Cámara de los Lores señaló que el preso debía tener la posibilidad de presentar sus observaciones sobre la tarifa antes de que el ejecutivo lo determinase. Mas tarde, en UKHL, *V. y T.*, 1998, ese mismo tribunal anuló la tarifa impuesta en el caso de un menor condenado a cadena perpetua, concluyendo que debía ser fijada por un tribunal. Siguiendo la misma línea, en EWCA, *Anderson*, 2001, párrafo 57, el Tribunal de Apelación señaló que no había razones para considerar que la fijación de la tarifa en el caso de la cadena perpetua constituía una tarea diferente en comparación con la realización de ese mismo ejercicio en el caso de los presos discrecionales de vida (a pesar de ello, inadmitieron los recursos de los condenados, porque hasta el momento el Parlamento no había judicializado ese procedimiento y el TEDH en *Wynne* había rechazado la aplicación del art. 5.4 en el caso de esas penas). Sin embargo, aunque la influencia de los pronunciamientos internos es innegable (de hecho, el TEDH al argumentar el cambio jurisprudencial señaló que debido a los cambios producidos a nivel nacional, la línea mantenida en *Wynne* ya no podía justificarse), no fue hasta después del dictamen del TEDH en *Stafford* cuando la Cámara de los Lores señaló que esa Cámara debería seguir la sentencia del Tribunal Europeo en *Stafford* y declarar que la fijación de la tarifa es una función judicial y, por consiguiente, el desempeño de esa función por parte de la Secretaría de Estado era contraria al art. 6 CEDH. A partir de entonces, tanto el poder para fijar la tarifa como el poder para conceder la libertad condicional pasan a manos de la Junta de Libertad Condicional. La progresiva judicialización producida respecto al procedimiento de concesión de la libertad condicional será estudiada en profundidad, *infra* capítulo tercero, apartado I.

¹¹³⁵ Unos años antes, en 1996, el derecho a un recurso del art. 5.4 había sido reconocido en dos casos de asesinato cometido por menores de edad, quienes habían recibido una cadena perpetua: *Detention during Her Majesty's Pleasure* (TEDH, Véase *Hussain c. Reino Unido*, párrafos 51 y 53; y TEDH, *Singh c. Reino Unido*, párrafos 59 y 61). Aunque se trata de cadenas perpetuas preceptivas, el Tribunal entendió que esa modalidad se acercaba más a la cadena perpetua discrecional que a la cadena perpetuas preceptiva impuesta a mayores edad y, de ahí, su reconocimiento de que los recurrentes tenían derecho a exigir la aplicación de art. 5.4. Como explicó el Tribunal, el propio nombre de la pena indica que tiene un objetivo claramente preventivo, de hecho, el término vida no se menciona al contrario que en la cadena perpetua preceptiva (*mandatory life sentence*).

¹¹³⁶ Aunque el TEDH no ha extendido a las penas determinadas el razonamiento aplicado en el caso de las penas indeterminadas, tal y como señaló el juez británico Phillips en su opinión disidente en una sentencia nacional (UKHL, *Black*, 2009), no se requiere un salto muy grande para adoptar la misma aproximación para las penas determinadas: No hay gran diferencia entre la última parte de una cadena perpetua (periodo post-tarifa) en la que el prisionero tiene derecho a ser evaluado para la libertad condicional y la última parte de una pena determinada en la cual el preso puede optar a la libertad condicional. A nivel del Reino Unido se observa una tendencia hacia la extensión del derecho a un control de legalidad también a las penas determinadas, pero de momento sólo se acepta para los casos de revocación de libertad condicional, por entender que la revocación sí constituye una nueva privación de libertad y, por tanto, existe una nueva base para la privación de libertad que debe ser revisada de conformidad con el art. 5.4 (EWCA, *Smith*, 2005). En relación con las revisiones sobre la decisión inicial de conceder la libertad condicional no se admite la aplicación de ese precepto. Aunque el Tribunal de Apelación ha considerado aplicable el art. 5.4 en los casos *Johnson*, 2007, y *Black*, 2009, al ser recurrido la segunda resolución a la Cámara de los Lores este órgano lo rechazó. El Tribunal de Apelación en EWCA, *Johnson*, 2007, confirmó la aplicación del art. 5.4 a dichas penas, con el razonamiento de que la tarifa de todos los condenados a cadena perpetua era igual que la fecha de libertad condicional de las personas condenadas a penas determinadas de la misma duración. Como se ha explicado en capítulo primero, apartado II, la fijación de la tarifa de las penas indeterminadas toma como referencia la pena determinada que se habría impuesto en caso de no existir peligrosidad criminal y, a continuación, a efectos de determinar la tarifa, reduce ese plazo a la mitad, lo que también se hace en las penas determinadas para fijar la fecha legal de la libertad condicional. Sin embargo, en el caso *Black* la Cámara de los Lores rechazó esa interpretación, argumentado que el procedimiento inicial sobre la concesión de la libertad condicional de los condenados a penas determinadas (que se producía al cumplir la mitad de la condena) era una cuestión puramente administrativa. En ese momento, según la normativa sobre la libertad condicional (prevista en Ley de Justicia Penal de 1991, arts. 33 y 35), aquélla “podía” conseguirse al cumplir la mitad del plazo, siempre y cuando así lo recomendase la Junta de Libertad Condicional y lo aceptase la Secretaría de Estado; siendo automática la liberación al cumplir las 2/3 partes. La Junta de Libertad Condicional había recomendado su liberación al cumplir la mitad de la condena, pero la Secretaría de Estado lo rechazó, dando lugar a la interposición de un recurso por parte del preso que finalizó con la argumentación aportada por la Cámara de los Lores.

la gravedad del delito o, por una parte, la gravedad del delito y, por otra, la peligrosidad de la persona, en ambos casos, una vez transcurrido el periodo mínimo, la persona detenida tendrá derecho a presentar un recurso para que se valore la legalidad de su privación de libertad¹¹³⁷. Así, en el caso de la cadena perpetua (sea discrecional o preceptiva), y también en las penas IPP (que se imponen por la peligrosidad y en la que se establece una tarifa) se podrá aplicar el 5.4. Sin embargo, debe subrayarse que esa revisión sólo podrá realizarse una vez haya transcurrido el plazo punitivo o “tarifa”. Durante el periodo que transcurre hasta el plazo punitivo, se entenderá que la garantía que prevé el art. 5.4 está incorporada en la sentencia original, pero una vez transcurrido ese periodo mínimo, se podrá presentar un recurso para revisar la legalidad de la privación de libertad¹¹³⁸.

C. El plazo de revisión

Como hemos señalado más arriba, la decisión de si es legal o no la privación de libertad debe tomarse en breve plazo, pues así lo exige el propio art. 5.4. Sin embargo, es importante aclarar que la jurisprudencia del TEDH ha establecido que el requisito “en breve plazo” no sólo significa que la primera decisión se tome de forma rápida, sino también que (como hemos indicado *supra* apartado 4.A) cuando se haya establecido una revisión automática, ésta se produzca a intervalos razonables, es decir, que entre revisión y revisión no transcurra un periodo de tiempo excesivamente largo¹¹³⁹.

En los siguientes dos apartados explicaremos, en primer lugar, cuándo debe realizarse la primera revisión en el caso de las penas indeterminadas, es decir, cómo se concreta la exigencia de breve plazo en el caso de esas penas y, en segundo lugar, con qué frecuencia han de realizarse las revisiones periódicas, es decir, cuál es el plazo que el Tribunal permite que transcurra entre revisión y revisión.

C.1. Revisión inicial

Cuando se trate de penas de prisión indeterminadas, la revisión inicial debe producirse, en principio, nada más finaliza el periodo punitivo; aunque se acepta que transcurra un plazo siempre que sea razonable y esté justificado.

En el caso *Betteridge* -al que se ha hecho referencia *supra* 4.A- 13 meses de retraso desde la finalización del periodo punitivo hasta la realización de la revisión ante la Junta de Libertad Condicional, se consideró contrario al art. 5.4. Al terminar esa tarifa (en

¹¹³⁷ CREIGHTON y ARNOTT, *Prisoners*, p. 526, párrafo 11.5.

¹¹³⁸ Nos referiremos a la aplicación del art. 5.4 en el caso de la PPR española en el capítulo tercero, apartado II.

¹¹³⁹ A modo de ejemplo véase TEDH, *Blackstock c. Reino Unido*, párrafo 42.

diciembre) no se produjo ninguna revisión y, dos meses más tarde (en febrero), la Junta de Libertad Condicional acordó realizar la revisión en mayo, es decir, 6 meses más tarde de cumplir el periodo punitivo. Sin embargo, ese órgano fue incapaz de proporcionar un comité que estudiaría el caso para esa fecha, por lo que se decidió retrasarlo otros 4 meses más (hasta septiembre), pero ni siquiera entonces se produjo la revisión. Finalmente, la revisión tuvo lugar 13 meses más tarde (enero) de la expiración de la tarifa. Por tanto, el retraso en la realización de la revisión por la falta de personal o la creación del comité tampoco respetará la exigencia del breve plazo¹¹⁴⁰. En la misma línea, en *A.T. c. Reino Unido* (1995) un intervalo de tiempo de 13 meses desde la expiración de la tarifa y la primera revisión se consideró que no estaba justificado¹¹⁴¹.

C.2. Revisiones periódicas: Intervalos razonables

Si tras esa inicial revisión no se concede la libertad o si se ha producido una revocación con el consiguiente reingreso prisión, la nueva revisión se podrá realizar “a intervalos razonables” (sea de forma automática o mediante la interposición un recurso)¹¹⁴².

La jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ha señalado que cuando hay una evidencia clara de cambio respecto a las condiciones mentales de la persona privada de libertad, puede ser necesario un intervalo de menos de 1 año entre las revisiones¹¹⁴³. Así mismo, la obligación de esperar 6 meses desde la revocación de la libertad condicional para interponer un recurso por parte de un enfermo mental ante el Tribunal de Revisión de la Salud Mental, se entendió que no podía considerarse breve plazo¹¹⁴⁴.

En concreto, en relación con la cadena perpetua discrecional, el TEDH ha afirmado que no intentará fijar un máximo de tiempo entre las revisiones, dada la necesidad de flexibilización del sistema, pues entendió que se debía reflejar las particularidades de cada caso, ya que existen diferencias significativas de las

¹¹⁴⁰ El retraso en el sometimiento a examen psiquiátrico justificada por la falta de personal fue también la razón que motivó la declaración de vulneración del art. 5.4 en TEDH, *Fuchser c. Suiza*, párrafo 43.

¹¹⁴¹ TEDH, *A.T. c. Reino Unido, passim*. El recurrente había sido condenado a una cadena perpetua discrecional por el homicidio de su abuela. Todas las pruebas médicas ante la corte confirmaban que sufría una enfermedad mental, esquizofrenia, pero como no había cama disponible en ningún hospital adecuado la única orden alternativa posible fue condenarle a una cadena perpetua discrecional.

¹¹⁴² HARRIS y otros, *European Convention*, 2014, p. 365.

¹¹⁴³ TEDH, *M* (10272/83), párrafo 6. Habían transcurrido nueve meses desde que se solicitó la revisión hasta que se alcanzó una decisión, lo que fue catalogado por el Tribunal “rather long and unsatisfactory”. Sin embargo, como la solicitud de revisión se había revisado sólo 3 meses después de la última revisión, el Tribunal consideró que no se había vulnerado el art. 5.4. Véase también TEDH, *Hirst c. Reino Unido*, párrafo 44, en el que un intervalo de tiempo entre las revisiones de 21 meses fue considerado contrario a ese precepto. Explicaré en mayor profundidad este caso más abajo.

¹¹⁴⁴ X, párrafo 138.

circunstancias personales de los presos¹¹⁴⁵. En general, periodos de menos de 1 año entre las revisiones han sido aceptados, mientras que intervalos superiores han sido declarados contrarios al artículo 5.4¹¹⁴⁶. Así, un intervalo de tiempo de dos años entre las revisiones en el caso de una cadena perpetua discrecional se considera no justificado, especialmente, cuando el condenado ha completado el trabajo de rehabilitación establecido antes de ese plazo. En *Oldham c. Reino Unido* (2000), en *Hirst c. Reino Unido* (2001) y también en *Blackstock c. Reino Unido* (2005) el Tribunal consideró que 21 meses y 2 años de retrasos entre las revisiones no era razonable¹¹⁴⁷. En los tres casos, los recurrentes estaban cumpliendo una cadena perpetua discrecional.

En el caso *Oldham*, se revocó la libertad condicional del demandante ordenando la Junta de Libertad Condicional que debía realizar unos cursos para trabajar el problema del alcohol, la ira y las relaciones de pareja con el objetivo de disminuir la peligrosidad criminal. En el plazo de 8 meses desde la revocación el demandante había finalizado los cursos, pero siguió en prisión hasta la nueva revisión que había sido prevista para dos años más tarde (es decir, 16 meses más). El tribunal consideró que ese plazo no podía ser considerado “breve plazo” a efecto del Convenio, porque el demandante había permanecido el resto de los 16 meses sin que se organizaran más cursos¹¹⁴⁸. Además, señaló que la Secretaría de Estado podía haber adelantado la fecha de la nueva revisión y ordenar su libertad condicional en caso de que el prisionero mostrase un progreso inesperadamente rápido haciendo frente a sus problemas y el Comité de Libertad Condicional también podía recomendar una revisión adelantada, aunque normalmente recomienda realizar otra revisión al de dos años. El demandante, sin embargo, no tenía posibilidad de solicitar otra revisión dentro del plazo de esos dos años¹¹⁴⁹.

Así mismo, hubo dos cuestiones argumentadas por el Gobierno que el Tribunal rechazó. En primer lugar, apuntó que el Gobierno no había fundamentado su afirmación de que la inestabilidad mental era más susceptible de cambio que la peligrosidad (razón por la que el plazo de revisión en el caso de la peligrosidad era mayor, 2 años, en lugar

¹¹⁴⁵ TEDH *Hirst c. Reino Unido*, párrafo 38. En la práctica, el sistema de revisión de los condenados a penas indeterminadas en el Reino Unido se realiza mediante revisiones automáticas por intervalos de tiempo de 2 años o menos. En el capítulo tercero, apartado I, se explicará en detalle el procedimiento de libertad condicional que se sigue en el Reino Unido respecto a las penas indeterminadas.

¹¹⁴⁶ TEDH, *Blackstock c. Reino Unido*, párrafo 44. Véase también *A.T. c. Reino Unido, passim*, en el que la Comisión concluyó que no estaba justificado un periodo de casi dos años entre las revisiones, porque la Junta de Libertad Condicional había recomendado que se revisara de nuevo el caso al de un año.

¹¹⁴⁷ Sin embargo, el Tribunal de Apelación del Reino Unido en *EWCA, MacNeil* (2001), señaló que la decisión del TEDH en *Oldham c. Reino Unido* no da lugar al establecimiento de un máximo de años permitido entre una revisión y otra. Así, el Tribunal nacional consideró que la revisión por intervalos de 2 años era razonable. *MacNeil* había sido condenado por asesinato y su libertad condicional había sido revocada.

¹¹⁴⁸ TEDH, *Oldham c. Reino Unido*, párrafo 35.

¹¹⁴⁹ TEDH, *Oldham c. Reino Unido*, párrafos 22 y 36.

de 1)¹¹⁵⁰. En segundo lugar, el Gobierno había defendido que los problemas que debía afrontar el demandante, así como su supervisión, no podían ser realizadas de forma realista antes de esos 2 años; sin embargo, el Gobierno no especificó la naturaleza de ese proceso ni cuánto tiempo duraría. Ante esta situación, el TEDH concluyó que el plazo de dos años no estaba justificado por razones de rehabilitación y supervisión o seguimiento¹¹⁵¹. Esta sentencia demuestra que los procedimientos nacionales de revisión no deberían regirse principalmente por fechas automáticas, sino por las condiciones personales de los condenados¹¹⁵².

El caso *Hirst* fue parecido al anterior. La primera revisión tuvo lugar una vez transcurrido el plazo punitivo y la Junta de Libertad Condicional decidió no conceder la libertad condicional, pero recomendó o bien su traslado a la categoría D, (*open prisión*, el equivalente a nuestro tercer grado penitenciario) o bien a la categoría C (el equivalente a nuestro régimen ordinario), en cuyo último caso recomendó que se volviera a realizar otra revisión al de 1 año, en lugar de 2. La Secretaría de Estado, 3 meses más tarde, trasladó al recluso a la categoría C. Posteriormente, en la segunda revisión, la Junta de Libertad Condicional consideró que el preso había experimentado una considerable mejoría¹¹⁵³ y, por consiguiente, debía ser transferido a la categoría D para una reincorporación a la sociedad de forma escalonada. Sin embargo, el ejecutivo rechazó esa recomendación y no se produjo otra nueva revisión hasta 21 meses más tarde. En esa tercera revisión, también se consideró que el preso había demostrado una mejoría importante, por lo que de nuevo se recomendó que fuera trasladado al régimen abierto, siendo nuevamente desatendido ese consejo por la Secretaría de Estado. Finalmente se fijó la nueva revisión para dentro de 2 años. Con todo ello, el Tribunal consideró que los periodos de 21 meses que pasaron desde la segunda revisión a la tercera y los 2 años que transcurrieron de la tercera a la cuarta no estaban justificados por razones de rehabilitación o monitoreo. De hecho, el juez nacional que conoció la solicitud de revisión judicial presentada por el recluso (en contra de la decisión de la Junta de no conceder la libertad condicional y de la decisión de la Secretaría de Estado de no transferirlo a la prisión abierta), también mostró dudas sobre la racionalidad de la decisión de la Secretaría de Estado de mantener al recluso en condiciones cerradas, señalando que un preso que había permanecido tanto tiempo en prisión sólo podía ser liberado de forma segura si

¹¹⁵⁰ TEDH, *Oldham c. Reino Unido*, párrafo 34. En TEDH, *Hirst c. Reino Unido*, párrafo 41, el Tribunal vuelve a realizar la misma afirmación.

¹¹⁵¹ TEDH, *Oldham c. Reino Unido*, párrafos 33-35.

¹¹⁵² MOWBRAY, *European Convention*, p. 337.

¹¹⁵³ Un informe psiquiátrico afirmó que el demandante tenía mucho mayor control sobre su comportamiento, que se había producido un desarrollo personal y de maduración y que no era la misma persona que cuando entró en prisión.

previamente se había tenido la posibilidad de ver cómo se desenvolvía en condiciones abiertas¹¹⁵⁴.

Siguiendo la misma línea, en *Blackstock*, un retraso de 22 meses fue considerado ilegal. En la primera revisión, que tuvo lugar tras la expiración del plazo punitivo, la Junta de Libertad Condicional no recomendó la puesta en libertad, pero sí el régimen abierto (categoría D) y una nueva revisión pasado un año. Sin embargo, la Secretaría de Estado lo rechazó y decidió que primero debía pasar por la categoría C, ya que era necesario realizar más trabajo con el preso. A pesar de ello, no se programó ningún curso y la segunda revisión que había recomendado la Junta no se desarrolló hasta 22 meses más tarde, en lugar de 12 meses más tarde¹¹⁵⁵. Con todo ello, el Tribunal consideró que, dada la ausencia de programas específicos durante ese periodo, el procedimiento adoptado por las autoridades, que supuso un retraso de 22 meses, no se ajustaba al requisito de la rapidez que exige el art. 5.4¹¹⁵⁶.

A diferencia de los casos precedentes, en *Dancy c. Reino Unido* (2002) la decisión de establecer un intervalo de tiempo de 24 meses se consideró legal. Sin embargo, aunque aparentemente puede parecer que esta decisión dista de las anteriores, la razón de este fallo se fundamentó en el hecho de que el recurrente había sido evaluado en varias ocasiones anteriores a intervalos de 12 meses y se observó que no se había producido ningún progreso, identificándose la necesidad de llevar a cabo un trabajo considerable relacionado con el delito cometido. Como se apuntó, la revisión a intervalos de 12 meses había sido una valoración demasiado optimista, ya que quedaba mucho trabajo relacionado con el delito cometido aún por realizar¹¹⁵⁷.

D. Derechos y garantías procesales

La jurisprudencia asentada por el Tribunal sobre el control de legalidad del art. 5.4 determina las garantías que han de integrar ese procedimiento de revisión y el tipo de órgano que puede llevarla a cabo. El Tribunal exige que el órgano que realice la revisión tenga carácter judicial, lo cual no significa que necesariamente sea un tribunal de derecho (*a court of law*), sino que tenga las competencias que tiene un tribunal (*judicial character*). En primer lugar, que sea un cuerpo independiente del ejecutivo¹¹⁵⁸ y de las

¹¹⁵⁴ TEDH, *Hirst c. Reino Unido*, párrafo 42.

¹¹⁵⁵ TEDH, *Blackstock c. Reino Unido*, párrafos 12-22.

¹¹⁵⁶ TEDH, *Blackstock c. Reino Unido*, párrafos 47 y 48.

¹¹⁵⁷ TEDH, *Dancy c. Reino Unido*, p. 10.

¹¹⁵⁸ TEDH, *De Wilde, Ooms y Versyp, c. Bélgica*, párrafo 77. En TEDH, *Weeks c. Reino Unido*, párrafo 62, el Tribunal consideró que a pesar de que los miembros de la Junta eran elegidos por el ejecutivo y aprueba las reglas por las que se rige, el órgano era independiente. Hablaremos de este órgano y sobre la discusión acerca de su independencia, en el capítulo tercero, apartado I.

partes en conflicto y también imparcial¹¹⁵⁹. En segundo lugar, que tenga poder de decidir sobre la legalidad de la privación de libertad y ordenar la puesta en libertad, es decir, que sus decisiones sean vinculantes. Por último, que existan una serie de garantías procesales como la celebración de una audiencia cuando se deban valorar circunstancias susceptibles de cambio, el acceso a toda la información que esté en poder del órgano que lleve a cabo la revisión, y la posibilidad de interrogar a aquellos que presentan pruebas contra el preso o llamar a testigos.

En este apartado, explicaré primero por qué y cuándo considera el Tribunal de Derechos Humanos que la revisión ha de producirse mediante una audiencia y, posteriormente, explicaré el resto de garantías que deben asistir a la persona privada de libertad en este procedimiento de revisión.

D.1. La audiencia

La forma en que se debe llevar a cabo la revisión ha sido una cuestión fundamental sobre la que el Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse. Éste ha afirmado que, en situaciones en las que está en juego un periodo considerable de prisión y donde debe valorarse la peligrosidad del sujeto (o las características de la personalidad, el nivel de madurez y la salud mental), el art. 5.4 requiere la celebración de una audiencia. Esa audiencia debe llevarse a cabo dentro de un procedimiento que implica la representación legal, la posibilidad de interrogar a las personas que elaboran los informes sobre el preso, la de convocar testigos (garantía de la igualdad de armas) y también se ha señalado que puede ser esencial la presencia del reo¹¹⁶⁰. Por tanto, la persona privada de libertad debe ser oída, bien en persona o mediante representación legal¹¹⁶¹. Me referiré a las garantías señaladas en el siguiente apartado, centrándome aquí exclusivamente en la audiencia.

¹¹⁵⁹ En TEDH, *K c. Austria, passim*, un tribunal no fue considerado imparcial, porque el juez que había decretado la detención de una persona era quien, anteriormente, había impuesto la multa. Por otra parte, el juez de instrucción en el sistema legal civil es un tribunal a efectos del art. 5.4, pero ha sido criticado por no ser imparcial porque tiene la responsabilidad de llevar la investigación a su fin con éxito y, por tanto, un interés en detener al acusado y evitar su huida o la manipulación de las pruebas (TRECHSEL, *European System*, p. 327). Sin embargo, el tribunal ha confirmado que, salvo en circunstancias especiales, el mero hecho de que el juez de instrucción decida sobre la prisión preventiva no lo contamina de imparcialidad a efectos del art. 5.4 (TEDH, *En Ilijkov c. Bulgaria*, párrafo 97, el derecho nacional de Bulgaria en aquel momento confiaba la decisión sobre la privación de libertad en el mismo juez de instrucción que posteriormente examinaba el fondo del asunto). El Tribunal considera que la sospecha y la declaración formal de culpabilidad no deben ser tratados de la misma forma y que normalmente las cuestiones que el juez debe responder cuando decide sobre la prisión preventiva no son las mismas que para decidir sobre la sentencia final.

¹¹⁶⁰ Véase entre otros, TEDH, *Waite c. Reino Unido*, párrafo 59; TEDH, *Singh c. Reino Unido*, párrafos 67 y 68; y TEDH, *Winterwerp c. Países Bajos*, párrafo 60 (en este último caso se trató de una persona condenada a un hospital psiquiátrico en base al art. 5.1.e). En otro caso, TEDH, *Toth c. Austria*, también se entendió vulnerado el art. 5.4, porque el fiscal estuvo presente durante la audiencia, pero no el recurrente. En la misma línea, en TEDH, *Sánchez-Reisse c. Suiza*, párrafo 51, el Tribunal sostuvo que se debería haber permitido al recurrente la oportunidad de contestar a la opinión del oficial de policía.

¹¹⁶¹ GRABENWARTER, *European Convention*, p. 94. En lo relativo a si la audiencia debe ser pública o no, la jurisprudencia no es clara. Como regla general, el artículo 5.4 no requiere que la audiencia se pública. Por lo tanto, no es necesaria ninguna audiencia pública ante un tribunal que evalúa la libertad condicional de un enfermo mental (TEDH, *Dhoest c. Bélgica*). El Tribunal justificó su posición general distinguiendo entre el art. 6.1 y el art. 5.4 y

En el caso *Singh c. Reino Unido* (1996), el Tribunal declaró que se había vulnerado el art. 5.4, entre otras razones, por no haberse realizado una audiencia para valorar si procedía o no la concesión de la libertad condicional. El recurrente tenía 15 años de edad cuando entró en la casa de una mujer de 72 años y la asesinó mientras mantenía relaciones sexuales con ella. Se le condenó a una cadena perpetua obligatoria¹¹⁶² y tras cumplir la tarifa (16 años) salió de prisión. Sin embargo, antes de pasar un año, la Secretaría de Estado le revocó la libertad condicional y la Junta de Libertad confirmó esa decisión, sin llevar a cabo ninguna audiencia ni darle a conocer las razones de esa valoración, ni tampoco revelarle ninguna información obtenida de los informes del servicio de libertad condicional y la policía. Las razones en las que se fundamentó la revocación fueron varias: mentir a su agente de libertad condicional y no darle información acerca de una serie de circunstancias significantes, los cargos de fraude por los que se le acusaba y un comportamiento amenazante que se inscribía dentro de las circunstancias que rodearon el delito inicial, lo que hacía considerar que existía peligrosidad criminal. En la segunda revisión, en la que nuevamente se le denegó la libertad condicional, el recurrente tampoco tuvo la oportunidad de estar presente ni de presentar pruebas oralmente o de cuestionar las alegaciones contra él¹¹⁶³. En una tercera revisión la Junta de Libertad condicional recomendó su puesta en libertad, pero la Secretaría de Estado rechazó seguirla¹¹⁶⁴.

El Tribunal de Estrasburgo consideró que el hecho de que la Junta de Libertad Condicional no tuviera poder para decidir acerca de la libertad condicional y la falta de garantías procesales, como la audiencia, iban en contra del art. 5.4. El Tribunal afirmó que, cuando la personalidad y el nivel de madurez de la persona condenada son factores importantes a la hora de decidir si existe o no peligrosidad criminal, la celebración de una audiencia es una exigencia del art. 5.4¹¹⁶⁵.

El derecho a una audiencia fue también reconocido en el caso *Waite c. Reino Unido* (2002), considerando el Tribunal que la no celebración de aquélla vulneró el art. 5.4. El demandante había matado a su abuela cuando tenía 16 años y fue condenado a una cadena perpetua obligatoria¹¹⁶⁶ con una tarifa de 10 años. En enero de 1994 fue puesto en

aceptando que había “cierta fuerza” en el argumento de que las audiencias públicas en el marco del art. 5.4 podrían tener efectos negativos en la “brevedad o rapidez” de la revisión requerida. Sin embargo, hubo audiencia pública en los casos de vagabundos (TEDH, *De Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica*) y los procedimientos que son similares a los procedimientos penales en cuanto a la duración de la privación de la libertad que puede estar en juego deberían ser públicos al igual que los casos o procedimientos penales. HARRIS y otros, *European Convention*, 2014, p. 360.

¹¹⁶² En concreto se le impuso la *Detention During Her Majesty's Pleasure*, por ser la persona condenada menor de 18 años y mayor de 10. Para mayor información, véase capítulo primero, apartado II.

¹¹⁶³ TEDH, *Singh c. Reino Unido*, párrafo 18.

¹¹⁶⁴ TEDH, *Singh c. Reino Unido*, párrafos 20-22.

¹¹⁶⁵ TEDH, *Singh c. Reino Unido*, párrafos 68-70.

¹¹⁶⁶ En concreto la pena de *Detention During Her Majesty's Pleasure*.

libertad condicional y en julio de 1997 le fue revocada por la Secretaría de Estado, principalmente, por cuatro razones: el abuso de drogas, la relación sexual que mantenía con un menor de edad, no acudir a varias citas con el oficial de libertad condicional y no ser honesto con él y, por último, por el intento de suicidio¹¹⁶⁷.

El demandante presentó unas alegaciones escritas contra la revocación de su libertad condicional ante la Junta de Libertad Condicional, quien estudió su caso sin llevar a cabo ninguna audiencia, concluyendo que se mantuviera al demandante en prisión. En la demanda ante el TEDH, *Waite* defendía que, dado que el asunto a valorar era su carácter y estado mental (por el intento de suicidio y el abuso de drogas), era necesario, de acuerdo con el art. 5.4, la realización de una audiencia¹¹⁶⁸. El gobierno por su parte argumentó que la audiencia no era esencial en este caso, puesto que el recurrente no había cuestionado los motivos de la revocación de la libertad condicional y, además, se le había proporcionado todo el material y tuvo la ocasión de presentar unas alegaciones por escrito ante la Junta de Libertad Condicional.

El TEDH, sin embargo, entendió, al igual que el recurrente, que en este caso *Waite* tenía derecho a una audiencia. Tal decisión la fundamentó tanto en el derecho interno¹¹⁶⁹, como en el CEDH, señalando que cuando, como en el presente caso, hay que valorar la peligrosidad del demandante, la audiencia es necesaria. Además, añadió que el solicitante no está obligado, como condición previa para disfrutar de esa protección, a demostrar que, dadas las circunstancias de su caso, tiene alguna posibilidad de éxito en la obtención de la libertad condicional. Por todo lo anterior, declaró que se había vulnerado el art. 5.4¹¹⁷⁰.

D.2. Acceso a la información y carácter judicial del órgano

El Tribunal también reconoce una serie de derechos y garantías que deben regir a la hora de realizar la revisión, como el acceso a toda la información (y no sólo a parte de ella) que maneja el órgano que toma la decisión sobre la concesión o no de la libertad condicional o a conocer las razones que han llevado a tomar tal decisión.

¹¹⁶⁷ TEDH, *Waite c. Reino Unido*, párrafo 19.

¹¹⁶⁸ TEDH, *Waite c. Reino Unido*, párrafo 27.

¹¹⁶⁹ La Ley sobre el crimen de 1997, art. 28, había ampliado el poder de la JLC para conceder también la libertad de las personas que cumplían una pena *Detention During Her Majesty's Pleasure* y, aunque esa ley aún no había entrado en vigor, según las disposiciones transitorias, el preso tenía derecho a beneficiarse de los nuevos derechos que había adquirido, como el derecho a una audiencia previsto en las Reglas de la JLC de 1992 (*Parole Board Rules* 1992). Sobre los cambios que se han producido en el sistema de revisión de la pena, nos centraremos en el capítulo tercero, apartado I.

¹¹⁷⁰ TEDH, *Waite c. Reino Unido*, párrafos 58-60.

En el caso *Weeks* (1987)¹¹⁷¹, en el que el preso estaba cumpliendo una cadena perpetua discrecional, el Tribunal entendió que se había violado el art. 5.4 por varias razones relacionadas con la ausencia de garantías procesales.

En primer lugar, aunque el Tribunal de Estrasburgo reconoció que el preso tenía derecho, de conformidad con la ley aplicable en ese momento¹¹⁷², a presentar alegaciones escritas y orales en relación a la revocación de la libertad condicional, a obtener consejo legal para la preparación de dichas alegaciones y a ser suficientemente informado de las razones de la revocación de la libertad condicional, existía cierta debilidad procesal. En concreto, que la Junta de Libertad Condicional no ofrecía al preso el acceso a toda la información que tenía en su poder, por lo que concluyó que el procedimiento que se seguía no permitía una adecuada participación de la persona afectada (igualdad de armas), siendo ésta una de las principales garantías de un procedimiento judicial a efectos del Convenio¹¹⁷³.

Otra de las razones que llevó al Tribunal a declarar la violación del art.5.4 estuvo relacionada con el carácter no judicial de la Junta de Libertad. Ese órgano en realidad no tenía poder de decisión, sino únicamente competencias consultivas¹¹⁷⁴. De hecho, el deber de la Junta de Libertad Condicional consistía en aconsejar a la Secretaría de Estado sobre la libertad condicional y su revocación, pero tal decisión tomaba la forma de “recomendación”, por lo que el ejecutivo tenía libertad para no seguir esa recomendación; en otras palabras, podía vetar esa decisión¹¹⁷⁵.

En otro caso posterior, en *Thynne c. Reino Unido* (1990), el Tribunal señaló que no veía razones para apartarse de la conclusión alcanzada en *Weeks* en lo relativo a la constatación de la infracción del art. 5.4. Al igual que en aquel caso, se volvió a afirmar que la Junta de Libertad Condicional no tenía poder de decisión sobre la libertad condicional de las personas condenadas a cadena perpetua discrecional, sino que actuaba como un órgano consultivo y, por tanto, no se cumplían las garantías que exige el art. 5.4¹¹⁷⁶.

¹¹⁷¹ Me he referido también a este caso, *supra*, al hablar del art. 5.1.

¹¹⁷² Ley de Justicia Penal de 1967.

¹¹⁷³ TEDH, *Weeks c. Reino Unido*, párrafo 66.

¹¹⁷⁴ TEDH, *Weeks c. Reino Unido*, párrafo 64. Lo mismo sucede con los Tribunales de revisión de la salud mental, aunque son independientes del ejecutivo y de las partes, solo pueden hacer recomendaciones sobre la libertad condicional a la Secretaría de Estado (X, párrafos 59-61). En la misma línea, en TEDH, *Van Droogenbroeck c. Bélgica*, párrafo 54, se consideró que era insuficiente que el tribunal pudiera condenar al oficial responsable del gobierno por efectuar una privación de libertad ilegal, pero que, por el contrario, no pudiera ordenar la libertad de esa persona. Véase también TEDH, *Benjamin y Wilson c. Reino Unido*, párrafo 36.

¹¹⁷⁵ Para mayor información acerca del procedimiento véase los artículos 61 y 62 de la Ley de Justicia Penal de 1967.

¹¹⁷⁶ TEDH, *Thynne c. Reino Unido*, párrafo 80. Como se ha señalado, *supra* nota al pie 1121 a raíz de esta sentencia y la de *Weeks* se produjeron una serie de cambios en el sistema de libertad condicional del Reino Unido, como la creación de los Comités de Cadena perpetua discrecional con competencia para tomar decisiones vinculantes. Sobre el impacto de estas sentencias y otras en el sistema inglés nos remitimos *infra* al capítulo tercero, apartado I.

En la misma línea, en el caso *Singh* (1996) y en el de *Stafford* (2002), ambos contra *Reino Unido*, el TEDH declaró que se había conculcado el art. 5.4 por dos razones. Por un lado, porque la Junta de Tratamiento seguía sin tener competencia para tomar decisiones vinculantes respecto a las cadenas perpetuas preceptivas (pena que ambos demandantes cumplían)¹¹⁷⁷, de hecho, la Junta había recomendado la puesta en libertad, pero la Secretario de Estado lo rechazó¹¹⁷⁸. Por otro lado, porque el procedimiento existente no ofrecía las garantías procesales necesarias como, por ejemplo, una audiencia, que sólo se contemplaba para la cadena perpetua discrecional. Además, el TEDH apuntó que la respuesta del Gobierno afirmando que el demandante podía haber obtenido una audiencia mediante la iniciación de un procedimiento de revisión judicial no era suficiente para satisfacer las exigencias del art.5.4, puesto que este precepto presupone la existencia de un procedimiento sin la necesidad de iniciar un procedimiento legal separado¹¹⁷⁹.

Por último, en el caso *Hussain c. Reino Unido* (1996), el TEDH también siguió lo establecido en *Weeks*, concluyendo que se había violado el art. 5.4. A los 16 años de edad el demandante había sido condenado a una pena de cadena perpetua¹¹⁸⁰ por asesinar a su hermana de 2 años. La Junta de Libertad Condicional llevó a cabo varias revisiones periódicas, pero sólo podía hacer recomendaciones a la Secretaría de Estado. Las razones que llevaron al Tribunal a declarar la infracción de la señalada disposición fueron similares al del caso *Weeks*. Por un aparte, la Junta de Libertad Condicional no tenía poder para ordenar la libertad y, por otra parte, no existía un procedimiento contradictorio, ya que el demandante no tuvo la oportunidad de estar presente a la hora de valorar la concesión de su libertad condicional ni tampoco hubo una audiencia, lo cual es crucial cuando ha de valorarse la peligrosidad. Así mismo, el TEDH vuelve a resaltar que no se puede afirmar que existe la posibilidad de obtener una audiencia cuando, para ese fin, es necesario iniciar un procedimiento legal separado¹¹⁸¹.

¹¹⁷⁷ *Singh* cumplía una pena *During Her Majesty's pleasure* por ser menor de 18 años y *Stafford* una *mandatory life sentence* por ser mayor de 21 años.

¹¹⁷⁸ Ese órgano tenía competencia para tomar decisiones vinculantes sólo en el caso de los condenados a cadena perpetua discrecional, competencia que le fue otorgada, como consecuencia de la sentencia TEDH, *Thynne c. Reino Unido*. Sin embargo, en el caso de los condenados a cadena perpetua el reconocimiento de esa competencia llegó más tarde. En el caso de la pena *During Her Majesty's pleasure*, la Junta de Libertad Condicional no tuvo esa competencia hasta 1997 tras el caso *Singh* y el caso *Hussain* –que cito posteriormente, y, en el caso de la pena *mandatory life sentence*, hasta 2002 tras el caso *Stafford*. Me referiré a la competencia de la Junta de Libertad Condicional del Reino Unido en el capítulo tercero, apartado I.

¹¹⁷⁹ TEDH, *Singh c. Reino Unido*, párrafos 66-70 y TEDH, *Stafford c. Reino Unido*, párrafos 87-89.

¹¹⁸⁰ En concreto, a la pena de *Detention during Her Majesty's Pleasure* por tener menos de 18 años, pero el procedimiento para la libertad condicional era el mismo que para el caso de la cadena perpetua preceptiva, es decir, que sólo podía ser puesto en libertad condicional tras cumplir la tarifa y por decisión de la Secretaría de Estado.

¹¹⁸¹ TEDH, *Hussain c. Reino Unido*, párrafo 58-61. Hay que señalar que el Tribunal en este caso también tuvo que resolver la discusión que se planteó sobre la naturaleza de este tipo de penas, de la *Detention During Her Majesty's pleasure*. El Tribunal consideró que el Gobierno tenía razón cuando defendía que se trataba de una pena obligatoria, puesto que se impone de forma automática en todos los casos en los que la persona que ha cometido un asesinato es menor de 18 años, por lo que el tribunal sentenciador carece de discrecionalidad. Sin embargo, el TEDH apuntó que es indiscutible que, en sus orígenes legales, la expresión *During Her Majesty's pleasure* tenía un claro objetivo preventivo

D.3. Diferencias entre la revisión *Vinter* (art. 3) y la revisión *post-tarifa* (art. 5.4)

En este apartado se explicará cuál es la diferencia entre la revisión que debe realizarse en virtud del art. 3, para que las penas de prisión indeterminadas cumplan con la garantía de la reductibilidad que fue establecida en el caso *Vinter* (revisión a la que nos hemos referido, *supra*, apartado 2), y la revisión que debe efectuarse por disposición del art. 5.4 para asegurar que la base de legalidad de la privación de libertad se mantiene (al que nos hemos referido recientemente).

La revisión a la que se refiere el Tribunal en el caso *Vinter* es diferente de la revisión que se realiza cuando existe una tarifa individual. VAN ZYL, WEATHERBY y CREIGHTON distinguen entre revisión *Vinter* (art. 3) y revisión *post-tarifa* (art. 5.4)¹¹⁸², señalando que en el primer tipo de revisión se hace un análisis de todos los criterios, es decir, de todas las razones penológicas que justifican la privación de libertad de una persona, mientras que en el segundo, se analizan unos criterios limitados, en concreto, la peligrosidad del sujeto.

Esta diferencia se debe a que el objetivo que persigue cada revisión es diferente. La revisión *Vinter* pretende asegurar que todas las penas privativas de libertad sean reductibles *de facto* y *de iure*, es decir, que toda persona condenada a una pena de prisión, aunque sea indeterminada, tenga la posibilidad de alcanzar la libertad condicional en un momento dado (lo que no significa que obligatoriamente ha de concederse). Por tanto, mediante la prohibición de las penas irreductibles el Tribunal viene a determinar que la finalidad retributiva no puede justificar de forma indefinida la privación de libertad, porque la pena que se justifica únicamente con fines retributivos es contraria al art. 3. Por esa razón, el Tribunal exige que, transcurrido un plazo, que fija en 25 años de forma orientativa, se realice una valoración general de todas las razones que llevaron a la imposición de la pena (como lo exige el principio de las razones penológicas a las que he hecho referencia *supra* apartado 2, B.2.3). El Tribunal acepta que un preso pueda pasar el resto de su vida en prisión por seguir siendo peligroso para la sociedad, sin quebrantarse por ello el art. 3, pero no es posible que su privación de libertad se justifique únicamente

—a diferencia de la *Custody for life* (la modalidad de cadena perpetua que se impone cuando la persona condenada es menor de 21 años, pero mayor de 18) o la “life sentence”— ya que la palabra “life” no se menciona en la descripción de aquella pena. Además, el Tribunal puso de manifiesto que, aunque se trate de una pena indeterminada, lo que significa que la privación de libertad puede durar toda la vida, tratándose de una persona joven, sólo puede estar justificada por razones de protección de la sociedad, por ello, tras la tarifa, esa pena se asemeja más aun a cadena perpetua discrecional y por ello el art. 5.4 sí es aplicable.

¹¹⁸² VAN ZYL y otros, “Whole Life Sentences”, *passim*.

con base en razones punitivas, por ello, es necesario que se lleve a cabo una revisión *Vinter* que valore todas las razones punitivas.

Sin embargo, la revisión post-tarifa busca controlar que la legalidad de la privación de libertad se mantenga a lo largo de todo el cumplimiento de la pena. Aunque una pena sea reductible *de iure* y *de facto* y, por consiguiente, conforme al art. 3, no presupone que la privación de libertad que se produce como consecuencia de esa pena es legal desde el principio hasta el fin de su ejecución. Por ello, en el caso de las penas de prisión impuestas por un tribunal competente, el art. 5.4 ejerce su control sobre el periodo post-tarifa. El objetivo que se persigue mediante el control de legalidad en el caso de esas penas es garantizar que la privación de libertad no se extienda más allá de la tarifa si no existen razones de peligrosidad. A partir de ese momento, el Tribunal ha establecido que no se puede mantener a la persona condenada en prisión, salvo que existan razones de peligrosidad, motivo por el cual, la finalidad del examen es verificar si la persona ya no representa un peligro para la sociedad. Por tanto, aunque la pena impuesta sea compatible con el art. 3, es decir, aunque el derecho nacional reconozca la posibilidad de alcanzar la libertad condicional (reductible *de iure*) y ponga medios para que realmente se pueda optar a ella (reductible *de facto*), debe comprobarse que, transcurrido el plazo punitivo o tarifa, esa privación de libertad sigue siendo legal y no es arbitraria.

En el sistema británico se establece una tarifa concreta e individual en la fase declarativa (salvo en el caso de las *whole life sentences*), teniendo en cuenta las diferentes circunstancias del caso a juzgar, determinando así el periodo que delimita el cumplimiento de las razones punitivas. Por esa razón, la revisión a realizar en este caso, es decir, para decidir si corresponde conceder la libertad condicional, sería una revisión post-tarifa prevista en el art. 5.4 y, por consiguiente, deberían respetarse las garantías del art. 5.4¹¹⁸³.

A modo comparativo, en la mayoría de los Estados Europeos donde se impone una cadena perpetua, el procedimiento de revisión para la libertad condicional es diferente a la que se realiza en Inglaterra y Gales, porque en esos países no se impone una tarifa individual, sino genérica para todos los condenados a esas penas. Por esa razón, la revisión no abarca solo la peligrosidad del sujeto, sino todos los aspectos penológicos que justifican la privación de libertad, como la gravedad del delito, el progreso que ha realizado el preso en prisión hacía la rehabilitación y el riesgo que puede presentar para la sociedad. Este tipo de revisión es a al que se refiere el Tribunal de Estrasburgo en el

¹¹⁸³ El sistema de revisión de las penas indeterminadas en el Reino Unido (Inglaterra y Gales) será estudiado en profundidad en el capítulo tercero, apartado I.

caso *Vinter*, por tanto, la revisión *Vinter* es igual que las revisiones que se requieren para las cadenas perpetuas en la mayoría de los países europeos¹¹⁸⁴.

En cuanto a las garantías procesales que deben respetar las revisiones *Vinter* - aunque la Gran Cámara no se refirió a la aplicabilidad del artículo 5.4 en esa sentencia¹¹⁸⁵ -, como señalan VAN ZYL, WEATHERBY y CREIGHTON, el Tribunal de Estrasburgo puede retomar el tema y llegar a la conclusión de que las garantías que derivan de ese artículo son también aplicables a esos procedimientos de revisión¹¹⁸⁶. En opinión de esos autores, teniendo en cuenta los intereses fundamentales en juego, se debería adoptar por un procedimiento de revisión que cumpla por completo con el art. 5.4¹¹⁸⁷, lo que supondría, una audiencia y el resto de garantías de un procedimiento contradictorio a las que se ha hecho referencia en el apartado anterior. Consideran que dados los requisitos procedimentales similares de las dos formas de revisión (revisión post-tarifa y revisión *Vinter*), una reforma inmediata y lógica sería extender la jurisdicción de la Junta de Libertad Condicional a las revisiones *Vinter* y asegurar que se llevan a cabo por los comités especializados de cadena perpetua, es decir, los mismos comités que la Junta de Libertad Condicional está obligada a proporcionar en los casos de revisiones post-tarifa¹¹⁸⁸. Sobre estos comités y el procedimiento de libertad condicional nos centraremos, en profundidad, en el capítulo tercero, apartado I.

E. Recapitulación

El art. 5.4, considerado el *Habeas Corpus* del Convenio, ofrece un mecanismo de control para garantizar que la base de legalidad de la privación de libertad llevada a cabo de acuerdo con el art. 5.1.a se mantiene. De esta forma, en el caso de las penas indeterminadas, se limita la prolongación de la privación de libertad más allá del plazo punitivo cuándo el encierro no guarda relación con la sentencia original, en lo que respecta a la fundamentación o a las condiciones materiales de ejecución. Con ese objetivo, el Convenio prevé un mecanismo de revisiones periódicas que se activa a solicitud del preso o de forma automática.

¹¹⁸⁴ VAN ZYL y otros, “Whole Life Sentences”, pp. 7 y 16. En el capítulo tercero, apartado II, me volveré a referir a la aplicación de ambos tipos de revisiones, *Vinter* (art. 3) y post-tarifa (art. 5.4) en el caso de la PPR española.

¹¹⁸⁵ La Gran Cámara declinó pronunciarse respecto a la aplicación del art. 5.4, porque la sala previamente había declarado inadmisibles estas cuestiones. La sala a su vez consideró inadmisibles el art. 5.4, porque entendió que el caso *Vinter* era similar al de *Kafkaris*, (en el cual fue rechazada la aplicación del art. 5.4). En *Kafkaris*, la cámara apuntó que, a diferencia del caso *Stafford*, donde la libertad condicional debía ser valorada atendiendo a la peligrosidad del preso, en *Kafkaris*, la revisión dependía de un estudio general de todas las razones penológicas, es decir, la cámara entendió que en *Kafkaris* la cadena perpetua impuesta sí permitía la privación de libertad sin necesidad de llevar a cabo una revisión del art. 5.4. En opinión de VAN ZYL y otros, “Whole Life Sentences” p. 18, a partir de *Vinter* ya no se puede argumentar, como se hizo en *Kafkaris*, que el art. 5.4 queda incorporado en la sentencia original.

¹¹⁸⁶ VAN ZYL y otros, “Whole Life Sentences”, p. 19

¹¹⁸⁷ VAN ZYL y otros, “Whole Life Sentences”, p. 19

¹¹⁸⁸ VAN ZYL y otros, “Whole Life Sentences”, p. 21.

En relación con las garantías que han de estar presentes en la revisión, el Tribunal ha determinado que debe realizarse una audiencia y que el órgano encargado deberá tener poder de decisión acerca de la concesión o no de la libertad condicional y debe ser independiente del ejecutivo e imparcial. El Tribunal considera que cuando debe valorarse información relativa a la peligrosidad del sujeto, el art. 5.4 requiere la celebración de una audiencia en el contexto de un procedimiento oral contradictorio. Este procedimiento ofrece una importante herramienta de defensa al preso frente al poder que tiene el estado para prolongar la estancia en prisión de las personas condenadas a una pena indeterminada.

La ventaja que presenta este mecanismo es que, al obligar a los Estados a disponer un sistema de revisiones periódicas para controlar la legalidad de la privación de libertad, el preso recibirá una protección casi inmediata ante la arbitrariedad. Un recurso nacional ofrece al preso una respuesta más rápida, en comparación con la vía de Estrasburgo (interposición de una demanda ante el TEDH) para conseguir la declaración de vulneración del art. 5.1.

Para finalizar, es importante señalar que la revisión de la pena está íntimamente relacionada con el acceso a los programas de rehabilitación. El éxito de la revisión depende, en gran medida, de que el Estado haya puesto a disposición del preso los programas necesarios para hacer frente a la peligrosidad. En ausencia de ellos, la revisión se convertirá en un ejercicio materialmente vacío; en mera revisión formal.

5. Artículo 7 CEDH: Principio de legalidad e irretroactividad de las penas desfavorables

A. Consideraciones generales

Otra de las vías de control de la privación de libertad que establece el TEDH se encuentra en el principio de legalidad que recoge el art. 7¹¹⁸⁹, consagrado en el aforismo “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, el cual prohíbe que nadie sea considerado culpable por una acción u omisión que en el momento de los hechos no esté prevista en la ley (nacional o internacional) como delito, Así mismo, se prohíbe la retroactividad de las penas desfavorables. La jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos ha reiterado que solo la ley puede definir un delito y prescribir una pena, por tanto, no puede

¹¹⁸⁹ La redacción literal que recoge el CEDH es la siguiente: “1) Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente, no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. 2) El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas”.

imponerse una condena por un delito o aplicarse una pena que no esté prevista en la ley en el momento de la comisión del delito¹¹⁹⁰. El objetivo de esta garantía es proteger al individuo frente a la persecución, condena y castigo arbitrarios¹¹⁹¹.

El principio de legalidad consagrado en este artículo, que constituye un elemento esencial del estado de derecho, ocupa un lugar destacado en el sistema de protección de la Convención, ya que no se permite su derogación (art. 15) en tiempo de guerra u otra emergencia pública¹¹⁹², al igual que ocurre con el art. 3¹¹⁹³. Su preeminencia e importancia, no obstante, contrasta abiertamente con su exigua aplicación en términos de violaciones constatadas por el TEDH hasta el punto de que HARRIS y otros, hablan de una función de supervisión que se despliega con “cautela”¹¹⁹⁴. MURPHY, yendo más allá, alude incluso a lo inusual de su infrutilización¹¹⁹⁵. GREER por su parte señala que quizás sea la formulación del art. 7 como principio, antes que como derecho en sentido estricto, y la relativa indeterminación de su postulado, las que hayan retraído su utilización¹¹⁹⁶.

Como se explicará a lo largo de este apartado, en un principio el art. 7 sólo prohibía la retroactividad de la pena, quedando la ejecución fuera de control del citado precepto. Sin embargo, hay un caso clave, *Kafkaris c. Chipre* (2008), que cambia la dirección de la jurisprudencia. A partir de ese momento se empiezan a producir algunas declaraciones de vulneración del art. 7 cuando lo que se ha aplicado de forma retroactiva ha sido un aspecto vinculado a la ejecución. Como consecuencia de ello, ese precepto empieza a extender su control también sobre aspectos del cumplimiento de la pena que tienen una influencia directa sobre la pena, como puede ser retrasar el plazo para alcanzar la libertad condicional. Por tanto, esos aspectos también serán merecedores de protección del art. 7. De esta forma, ese precepto adquiere un papel complementario en evitar que se consoliden penas indeterminadas. Por ello, el art. 5, que tiene un papel central como garante del derecho a la libertad en el ámbito de la política penitenciaria europea, ha encontrado, tal y como describe LANDA, “un aliado inesperado en el art. 7”¹¹⁹⁷.

El control sobre la ejecución de la pena adquiere una relevancia especial en el caso de las penas indeterminadas y las penas largas de prisión, en concreto, del régimen de la libertad condicional, ya que un cambio retroactivo desfavorable sobre aquél puede

¹¹⁹⁰ TEDH *Cöeme y otros c. Bélgica*, párrafo 142.

¹¹⁹¹ TEDH, *Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, párrafo 50.

¹¹⁹² TEDH, *Kafkaris c. Chipre*, párrafo 137

¹¹⁹³ Véase *supra* apartado 2.A.

¹¹⁹⁴ HARRIS y otros, *European Convention*, 2014, p. 493.

¹¹⁹⁵ MURPHY, “European Convention”, p. 193, asegura que en el período de tiempo entre 1999-2005 sólo se habían constatado un total de 7 violaciones del artículo 7.

¹¹⁹⁶ GREER, *European Convention*, pp. 232 y 233.

¹¹⁹⁷ LANDA, “Ejecución de penas”, p. 21.

convertir esas penas en perpetuas (para el resto de la vida biológica), lo que podría atentar también contra el art. 3 (y el art. 5.1 si rompiera la identidad de fundamentación entre la sentencia y la continuación de la privación de libertad). Por esa razón, en este apartado me centraré en cuál es el ámbito de aplicación del art. 7 y explicaré la evolución jurisprudencial producida a raíz de la cual el Tribunal ha ampliado su alcance para incluir también la ejecución de la pena de prisión.

B. Ámbito de protección del art. 7

Para poder determinar el ámbito de aplicación de ese precepto, es necesario definir qué se entiende por “ley”, “pena” y “delito”, ya que estos términos tienen un significado autónomo a efectos del Convenio. En primer lugar, explicaré de forma breve el significado de ley, posteriormente, el de delito y, finalmente, explicaré qué abarca el concepto pena, apartado que desarrollaré de forma más extensa. Dentro de este último término, me centraré específicamente en la distinción establecida entre pena y ejecución y explicaré los casos en los que el Tribunal ha considerado que los cambios producidos en el régimen de ejecución de la pena de prisión sí modifican el concepto pena y por consiguiente, entran dentro del control del art. 7¹¹⁹⁸.

B.1. El significado del término “ley”

El concepto ley del art. 7 alude tanto al derecho estatutario, es decir, la ley en sentido estricto (norma escrita), como a la jurisprudencia. Así mismo, el Tribunal siempre ha entendido el término ley en su sentido sustantivo, no formal, por lo que ha incluido las normas de rango inferior a las leyes y la ley no escrita¹¹⁹⁹. LANDA y GARRO subrayan que la necesidad de adaptar el contenido normativo del art. 7 a las diferentes tradiciones jurídicas europeas (*common law* y sistema continental) obliga a trascender el concepto de fuente legal más allá de la *lex scripta*¹²⁰⁰.

Sin embargo, no se incluye aquella práctica del estado que sea contraria a la ley escrita o a la jurisprudencia, así como a las obligaciones internacionales de derechos humanos, tal como se determinó en el caso *Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*

¹¹⁹⁸ El art. 7, en su párrafo segundo, contiene una excepción o derogación de las garantías contenidas en el párrafo primero, en el sentido de que permite juzgar y condenar a una persona acusada de una acción u omisión que, en el momento de ser cometida, era constitutiva de delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Esta disposición fue incluida en el Convenio para salvar la posibilidad de perseguir y castigar a los criminales de guerra, autores de crímenes contra la humanidad, de colaboración con el enemigo y de traición, cometidos durante la última guerra mundial. Los casos a los que ha sido de aplicación este segundo párrafo no son de interés para este trabajo, por lo que no me detendré en el mismo, pero se puede consultar, para mayor información, HARRIS y otros, *European Convention*, 2014, pp. 501-502; y CASADEVALL, *Convenio Europeo*, pp. 322 y ss.

¹¹⁹⁹ *Kafkaris c. Chipre*, párrafo 139. En este caso se hace referencia a las reglas penitenciarias en el párrafo 146.

¹²⁰⁰ LANDA y GARRO, “Artículo 7”, p. 301.

(2001)¹²⁰¹. El TEDH sostuvo que la práctica del estado no era ley a efectos del art. 7, porque era contraria tanto a la Constitución de la República Democrática Alemana (RDA) y otras leyes, como a las obligaciones internacionales de derechos humanos de la RDA. Por tanto, esa sentencia confirma que la legislación delegada o los actos administrativos *ultra vires* no cuentan como ley a los efectos de ese precepto si con ello se elimina o deja de lado una disposición legal válida para sostener una acusación o, al contrario, si se utiliza ese acto administrativo para formular una acusación que, en base a la ley, no se podría sostener¹²⁰².

En opinión de HARRIS y otros, ese caso también puede proporcionar una base para dictaminar que el art. 7 no se ha cumplido, basándose en el hecho de que la ley nacional, que es válida dentro del sistema legal nacional, sin embargo, es contraria a las obligaciones internacionales de derechos humanos que tiene ese Estado¹²⁰³. Esto deriva del propio precepto que señala “...no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional”. En la misma línea, no se vulnerará el art. 7, aunque la condena no tenga base en la ley nacional, o resulta de su aplicación retroactiva, siempre que la conducta en la que se basa la condena sea un delito según el derecho internacional en el momento de su comisión. Esto es particularmente significativo para un Estado si, y en la medida en que, el derecho internacional no es parte del derecho nacional¹²⁰⁴.

Una vez determinado qué abarca el término ley, es importante recalcar que ésta debe cumplir unos requisitos cualitativos, entre ellos, los de accesibilidad y previsibilidad, lo que se conoce como calidad de la ley¹²⁰⁵. Esto significa que un individuo debe conocer la redacción de la disposición pertinente y, si es necesario, con la ayuda de la interpretación de los tribunales, qué actos y omisiones desencadenan su responsabilidad penal y qué sanción se impone por el acto u omisión cometido¹²⁰⁶. En otras palabras, el análisis de la calidad de la ley exige que la ley sea pública y suficientemente precisa para

¹²⁰¹ TEDH, *Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, párrafo 67-87. En este caso los tres recurrentes habían sido condenados por un tribunal alemán por los delitos de incitación para cometer un homicidio intencionado y condenados de entre 5 a 7 años de prisión bajo la ley penal de la República Democrática Alemana (RDA), o el Este alemán, que se aplicaba en la RDA cuando cometieron los delitos (y que los tribunales de la nueva Alemania continuaban aplicando). Un gran número de personas habían sido asesinadas por los guardias de las fronteras de la RDA mediante disparos o minas mientras intentaban cruzar la frontera al Oeste Alemán cuando existía el muro de Berlín. Los recurrentes ocupaban altos cargos en el Gobierno de la RDA y del aparato del partido, que era responsable de las órdenes dadas a los guardas fronterizos para arrestar o, si fuera necesario, “aniquilar” a los que cruzaban las fronteras “a cualquier precio”. Aunque los recurrentes fueron juzgados en base a la ley penal de la RDA que existía cuando ocurrieron las muertes, argumentaron que la “práctica estatal” –por medio de las órdenes a los guardas fronterizos- había sustituido esa ley y, por tanto, sus actos estaban justificados.

¹²⁰² HARRIS y otros, *European Convention*, 2014, p. 495.

¹²⁰³ HARRIS y otros, *European Convention*, 2014, p. 495. En otro caso similar, TEDH, *K-HW c. Alemania*, párrafos 75 y 76, se dictaminó que no se había violado el art. 7 al condenar por homicidio a un joven guarda de las fronteras por disparar y matar a uno que cruzaba la frontera.

¹²⁰⁴ HARRIS y otros, *European Convention*, 2014, p. 498.

¹²⁰⁵ Entre otros, TEDH, *Kafkaris c. Chipre*, párrafo 140; TEDH, *Del Río c. España*, párrafo 91; y TEDH, *S.W. c. Reino Unido*, párrafo 35.

¹²⁰⁶ Véase, entre otras autoridades, TEDH, *Cantoni c. Francia*, párrafo 29 y TEDH, *Kafkaris c. Chipre*, párrafo 140.

que el ciudadano pueda prever las consecuencias que puede conllevar un hecho y así evitar todo riesgo de arbitrariedad. Además, estos requisitos cualitativos deben predicarse tanto respecto del delito como de la pena que corresponde al delito en cuestión¹²⁰⁷. Por ello, en los siguientes apartados, haré mención, en primer lugar a los delitos y, en segundo lugar, a las penas.

A modo de síntesis, debe señalarse que, según el Tribunal, la irretroactividad alcanzaría tanto a la ley (y dentro de esta al delito y a la pena) como a la jurisprudencia. Por ello, aunque se reconoce y se acepta la necesidad de aclarar los términos de la ley mediante la jurisprudencia, se exige que esta última sea, al igual que la ley, accesible y previsible porque, de lo contrario, podría producirse una vulneración del art.7.

B.2. El significado del término delito

Tras el caso *Engel y otros c. Países Bajos* (1976), el término delito en el art. 7 adquirió un significado autónomo. Según esta sentencia “delito” es un concepto material y no puramente formal y tiene en cuenta principalmente tres criterios que se establecieron en dicha sentencia: la clasificación en el derecho nacional, la naturaleza del delito y la naturaleza y severidad de la pena que puede ser impuesta¹²⁰⁸. Estos tres criterios son los que se denominan criterios engel. Así, una infracción disciplinaria (*disciplinary offence*) que cumple con los requisitos del caso *Engel* es un delito a efectos del art. 7. Del mismo modo, los delitos que están clasificados como “delitos reglamentarios” (*regulatory offences*)¹²⁰⁹ o los que no son considerados delito en el derecho nacional, pero son delito a efectos del art. 6¹²¹⁰, pueden ser considerados delito también a efectos del art. 7¹²¹¹. Por último, también es probable que un hecho clasificado como delito bajo la ley nacional sea siempre considerado como tal a efectos de ese precepto¹²¹².

¹²⁰⁷ TEDH, *Kafkaris c. Chipre*, párrafo 140.

¹²⁰⁸ TEDH, *Engel y otros c. Países Bajos*, párrafo 82. Estos criterios han sido, más recientemente, reafirmados en *Jussila*, párrafo 30.

¹²⁰⁹ Los delitos reglamentarios o los cuasi delitos son una clase de delito en el que el estándar para probar la culpabilidad ha sido rebajada hasta el punto de que la *mens rea* (mente culpable) no es un elemento necesario a probar. Tales delitos se utilizan para disuadir a los posibles autores de comportamientos peligrosos, más que para castigar por la mala conducta. Como se explicó en el capítulo primero, apartado II ([nota al pie 513](#)) la *mens rea* es un concepto amplísimo que hace referencia a la parte subjetiva que puede abarcar en su caso aspectos de la dimensión subjetiva en sede de culpabilidad o de causas de justificación.

¹²¹⁰ Como se ha señalado *supra* nota al pie 630, el art. 6 garantiza el derecho a un proceso equitativo para lo cual promulga una serie de derechos como la publicidad del juicio, la independencia e imparcialidad del tribunal y aquellos derechos que le asisten al acusado, como, por ejemplo, la presunción de inocencia, el derecho a ser informado de la causa de la acusación o la asistencia letrada etc.

¹²¹¹ Como señala LANDA y GARRO, “Art. 7”, pp. 299 y 302, el art. 7 tiene una función complementaria en el ámbito del derecho penal sustantivo, que discurre en paralelo a las garantías adjetivas que asegura el art. 6. Así mismo añade que la noción de infracción penal (*criminal offence*) debe ponerse en relación con la interpretación correspondiente relativa a la “acusación en materia penal” que se recoge en el art. 6.

¹²¹² HARRIS y otros, *European Convention*, 2014, p. 495.

Sin embargo, el art. 7 no previene la irretroactividad de las leyes que tratan cuestiones accesorias relativas a los procedimientos criminales, como la prisión provisional, la denegación de la asistencia legal o de autorización para apelar o la inclusión de una condena en los antecedentes penales, ya que no se refieren a la caracterización del acto u omisión del demandante como delito. Igualmente, un cambio en el régimen de prescripción en detrimento del acusado durante el procedimiento no constituye una violación de ese precepto, por los motivos citados y porque los cambios de las normas procesales generalmente tienen una aplicación inmediata en la ley nacional¹²¹³. Tampoco una modificación de las normas sobre las pruebas en perjuicio del acusado recibe la protección de la prohibición de irretroactividad¹²¹⁴. En resumen, el art. 7 sólo se activa cuando un cambio en el derecho sustantivo tiene efectos retroactivos en perjuicio del acusado. Así mismo, dado que ese precepto sólo se aplica al sistema de justicia penal, las decisiones de deportar o extraditar a una persona a otra jurisdicción¹²¹⁵, ordenar la detención preventiva de un sospechoso terrorista¹²¹⁶, o detener a un mendigo¹²¹⁷, tampoco entran dentro del ámbito de control del art. 7. Esto se debe a que en esos casos, en términos de esa disposición, no hay ni una condena por un acto criminal ni una pena¹²¹⁸.

Por el contrario, ese precepto sí despliega sus efectos cuando el delito por el que la persona acusada es condenada se introduce con efecto retroactivo por el legislador o por los tribunales, es decir, después de la comisión u omisión del hecho¹²¹⁹. En el caso de delito continuado, cuando la conducta del acusado que ahora es delito ocurrió antes y también después de que el hecho se convirtiera en delito, se entenderá que se ha producido una vulneración, a menos que se demuestre que la condena (y la pena) se basa

¹²¹³ TEDH, *Cöeme y otros c. Bélgica, passim*. La cuestión de si un nuevo procedimiento, a raíz de la eliminación de la inmunidad para ser perseguido, podría dar lugar a la vulneración del art. 7 quedó abierta.

¹²¹⁴ Véase *X c. Reino Unido* (nº 6683/74).

¹²¹⁵ Sin embargo, para el caso de duda sobre si una extradición en el que existe un riesgo real de acabar en una condena contraria al art. 7 podría violar ese artículo, véase TEDH, *Soering c. Reino Unido*. En ese caso el demandante había matado a los padres de su pareja y huyeron al Reino Unido. No fue fácil para el TEDH amparar a *Soering* por tres razones principales: porque el Reino Unido no había firmado el protocolo que eliminaba la pena de muerte (por lo que no podía argumentar su decisión de no otorgar la extradición en base al derecho a la vida del art. 2 del CEDH), porque EEUU no formaba parte del Convenio y porque sólo existía un riesgo de recibir la pena de muerte. Ante esta situación, lo que hizo el TEDH fue denegar la extradición, no porque podría vulnerar el art. 7, sino porque podría violar el art. 3 debido a que el demandante podría enfrentarse a una pena de prisión sin posibilidad de salir de prisión el resto de su vida y eso, teniendo en cuenta su trastorno mental, habría sido una cadena perpetua muy cruel. El Tribunal señaló que de esta manera se da validez universal al Convenio y se evita que un juez europeo colabore con la probable vulneración de los derechos humanos que pueda cometerse en otro país no perteneciente al Convenio. Como apunta NIETO, “Soering”, p. 2, “es una doctrina que permite exportar derechos fundamentales a otros ordenamientos” y añade que “no podemos colaborar con un proceso, extraditando a una persona, en el que existe un serio riesgo de que se vulneren derechos fundamentales”.

¹²¹⁶ TEDH, *Lawless c. Irlanda, passim*.

¹²¹⁷ TEDH, *De Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica, passim*.

¹²¹⁸ HARRIS y otros, *European Convention*, 2009, p. 332, nota al pie 19.

¹²¹⁹ HARRIS y otros, *European Convention*, 2014, p. 497.

exclusivamente en el hecho cometido después de la consideración del mismo como delito¹²²⁰.

El art. 7 también se aplica cuando el ámbito de aplicación de la ley se extiende a actos u omisiones que antes no eran delito, ya que rige el principio de que “la ley penal no debe interpretarse extensivamente en perjuicio del acusado”¹²²¹, por ejemplo, por analogía. Sin embargo, los tribunales sí pueden extender la aplicación de la ley a nuevas conductas mediante la interpretación, cuando su significado no era claro o también pueden dar un significado nuevo en el propio caso del demandante. Sólo de manera excepcional considerará el Tribunal de Estrasburgo violación del art. 7 en las dos situaciones citadas¹²²².

Tal y como señaló el Tribunal en *CR c. Reino Unido* (1995), “siempre habrá una necesidad de esclarecimiento de los puntos dudosos y de adaptación a las nuevas circunstancias. De hecho...., el desarrollo progresivo del derecho penal a través de la jurisprudencia es una parte muy arraigada y necesaria de la tradición jurídica” en los estados pertenecientes al Convenio, por lo que el art. 7 “no se puede interpretar como si prohibiera la clarificación gradual de las normas de responsabilidad penal mediante la interpretación judicial caso por caso, siempre que el resultado sea coherente con la esencia del delito y pueda ser razonablemente previsible”¹²²³. El Tribunal ha dictaminado, en varios casos, que no se ha conculcado esa disposición, a pesar de algunas palabras muy generales o leyes redactadas de forma poco clara o confusa. Esto se debe, o bien porque los tribunales nacionales han ofrecido un significado más preciso en su jurisprudencia¹²²⁴, o porque se le da un significado por primera vez en el propio caso del demandante y es un significado previsible y consistente con la esencia del delito¹²²⁵.

En cuanto al cambio de interpretación de la ley mediante la jurisprudencia, ésta tampoco entrará en contradicción con el art. 7, siempre que esa modificación sea previsible. En el caso *CR* que acabamos de citar¹²²⁶, el demandante fue declarado culpable de intentar violar a su esposa cuando trató de tener sexo con ella sin su consentimiento después de que ella dejara la vivienda matrimonial. La declaración de culpabilidad se

¹²²⁰ TEDH, *Ecer y Zeyrek c. Turquía*, *passim*; TEDH, *Veeber c. Estonia*, *passim*; y TEDH, *Puhk c. Estonia*, *passim*. Una condena que se sustituye por otro delito pre-existente no vulnera el art. 7, TEDH, *Garner c. Reino Unido*, *passim*.

¹²²¹ TEDH *Kafkaris c. Chipre*, párrafo 138 y TEDH, *Cöeme y otros c. Bélgica*, párrafo 145.

¹²²² HARRIS y otros, *European Convention*, 2009, p. 335.

¹²²³ TEDH, *CR. C. Reino Unido*, párrafo 34. Véase también TEDH, *S.W. c. Reino Unido*, párrafo 36.

¹²²⁴ Entre otros, TEDH, *Kokkinakis c. Grecia*, *passim*; y TEDH, *Larissis y otros c. Grecia*, *passim*.

¹²²⁵ TEDH, *Jorgic c. Alemania*, *passim* (interpretación de “genocidio”, una de las dos interpretaciones previsibles). Véase también TEDH, *Custers, Devaux y Turk c. Dinamarca*, *passim*.

¹²²⁶ Véase también un caso similar de violación cometida por el marido, TEDH, *S.W. c. Reino Unido*, que de hecho el Tribunal decidió que ambos casos fueran considerados por la misma sala, tal como se señala en el párrafo 3 de las dos sentencias. Así mismo, véase TEDH, *Kingston c. Reino Unido*, *passim*; y TEDH, *Laskey, Jaggard y Brown c. Reino Unido*, *passim*.

produjo a pesar de que, según una excepción en el derecho común (*common law*) establecido durante muchos años, el marido no podía ser declarado culpable de violar a su esposa. La Cámara de los Lores sostuvo que dicha excepción ya no se aplicaba por no ser consistente con el estatus de mujer y hombre de los tiempos modernos y porque el derecho inglés se había movido en dirección hacia su abolición. Aplicando el estándar de la previsibilidad, el Tribunal decidió de forma unánime que la condena del recurrente por violación no había infringido el art. 7.

Sin embargo, en opinión de HARRIS y otros, la decisión del tribunal está abierta a crítica en lo que concierne a la previsibilidad. Estos autores señalan que, aunque el razonamiento empelado de que la excepción estaba en desacuerdo con un concepto civilizado de matrimonio era un argumento sólido, no se habían aprovechado las oportunidades para cambiar la ley cuando el demandante cometió el delito. Así mismo, consideran que, aunque se había producido una merma judicial de la excepción, la decisión de la Cámara de los Lores puede entenderse más como una inversión directa de la ley que como el resultado previsible de un proceso gradual del desarrollo judicial. Por ello, los citados autores proponen como una solución simple, en aras a prevenir posibles problemas de retroactividad, que cuando los tribunales nacionales desarrollan su legislación nacional, cualquier alteración judicial de la ley penal en perjuicio del acusado se aplique únicamente de forma prospectiva (hacia el futuro)¹²²⁷.

A modo de recapitulación, podemos afirmar que la progresiva evolución clarificadora por parte de la jurisprudencia es posible, pero esa evolución tiene límites, pues debe ser consistente con la esencia del delito y ser previsible de forma racional. Sin embargo, LANDA advierte de que los requisitos de accesibilidad y de previsibilidad ofrecen especiales dificultades para materializarse como filtros efectivos de control cuando se deben proyectar sobre la jurisprudencia de los tribunales¹²²⁸. En la misma línea, SINNER destaca que no resulta nada sencillo establecer la línea de separación entre una legítima decantación clarificadora de la jurisprudencia y una ilegítima modificación jurisprudencial. Para el comentarista alemán el recurso a límites como la esencia del delito o su previsibilidad resultan poco operativos¹²²⁹.

¹²²⁷ HARRIS y otros, *European Convention*, 2014, p. 498.

¹²²⁸ LANDA, "Ejecución de penas", p. 10.

¹²²⁹ Literalmente asegura el citado autor que el recurso a este tipo de criterios es como "dar piedras en lugar de pan" SINNER en KARPENSTEIN/MAYER, *EMRK. Kommentar*, 2012, p. 210. Citado en LANDA, "Ejecución de penas", p. 10, nota al pie 28.

B.3. El significado del término pena

Este apartado está dividido en dos partes. En primer lugar, se explicará qué sanciones se incluyen, a efectos del art. 7, dentro del concepto pena, para lo que se hará referencia a los criterios *Welch*. En segundo lugar, se explicará qué aspectos de la ejecución han sido considerados por el TEDH parte del concepto pena y, por consiguiente, susceptibles de control mediante el art. 7. Para ello, se hará mención a la evolución jurisprudencia desarrollada tras el caso *Kafkaris*.

B.3.1. Los criterios *Welch*

Como se ha avanzado anteriormente, el art. 7 también prohíbe la imposición de “una pena más grave... que la aplicable en el momento de cometer el delito”. Por tanto, este artículo se aplica a cualquier pena¹²³⁰. El significado de pena fue examinado en el caso *Welch c. Reino Unido* (1995), donde el Tribunal indicó que –al igual que el de delito– era un concepto autónomo a efectos del Convenio. Por tanto, qué puede ser considerado susceptible de control por el TEDH no depende de la denominación formal que el Estado correspondiente haga de una consecuencia aflictiva en su ordenamiento interno¹²³¹. Para que la protección ofrecida por el art. 7 sea efectiva el Tribunal puede ir más allá de las apariencias y determinar si una medida concreta equivale en esencia a una pena en el sentido de esa disposición.

Los criterios para informar y materializar ese concepto autónomo se remiten a la caracterización según el derecho nacional, a la naturaleza y finalidad de la medida, al hecho de si la medida en cuestión se impone como consecuencia de una condena por un hecho criminal; a los procedimientos legislativos y de ejecución de la medida y a su gravedad¹²³². Se matiza que la gravedad de la medida no es en sí misma determinante, ya que muchas medidas no penales de carácter preventivo pueden tener un impacto sustancial en la persona en cuestión¹²³³. Se trata de los denominados criterios *Engel*¹²³⁴ que estaban elaborados para concretar la definición de la conducta criminal, pero que como estableció el caso *Welch* se trasladan miméticamente al concepto de pena¹²³⁵.

El caso *Welch* representa la primera condena por el art. 7 en la que se considera, manejando los criterios *Engel*, que una orden de confiscación en materia de delitos contra

¹²³⁰ HARRIS y otros, *European Convention*, 2014, p. 499.

¹²³¹ LANDA “TEDH”, p. 8.

¹²³² TEDH, *Welch c. Reino Unido*, párrafo 28. Véase también TEDH, *Kafkaris c. Chipre*, párrafo 142 y TEDH, *Del Río c. España*, párrafo 82.

¹²³³ TEDH, *Welch c. Reino Unido*, párrafo 32; TEDH, *Del Río c. España*, párrafo 82; y TEDH, *Van der Velden c. Países Bajos* (nº 29514/05), p. 7.

¹²³⁴ JACOBS y otros, *European Convention*, pp. 296-297.

¹²³⁵ LANDA, “Ejecución de penas”, p. 9.

el tráfico de drogas debía ser considerada una pena a los efectos de someterse a los requisitos y garantías que provee el Convenio. El demandante había sido condenado por delitos relacionados con el tráfico de drogas, por los que se le impuso una condena de 2 años de prisión y también se emitió una orden de decomiso de conformidad con la Ley de delitos de tráfico de drogas de 1986. La orden obligaba al pago de 59.000 libras, en defecto del cual el demandante recibiría dos años más de prisión. El Tribunal no tuvo dudas de que la Ley citada había sido aplicada de forma retroactiva a un delito cometido antes de su entrada en vigor; la única duda era determinar si la orden efectuada era una “pena” y, por tanto, se debía aplicar el art. 7. El Tribunal concluyó que la orden sí era una “pena” a efectos del Convenio y que, por tanto, se había vulnerado el indicado precepto.

Para llegar a esa conclusión tuvo en cuenta que la orden se había impuesto a raíz de una condena y que la medida tenía objetivos punitivos al igual que preventivos y reparativos. El Tribunal afirmó que se podían apreciar indicios de que se trataba de un régimen punitivo en el hecho de que la confiscación se dirigiría a todos los bienes e ingresos relacionados u obtenidos con el tráfico de drogas y no sólo al beneficio que se hubiera conseguido con ese tráfico¹²³⁶, que además toda propiedad que pasase por manos del delincuente durante un periodo de 6 años se consideraba fruto del tráfico de drogas a menos que se probase lo contrario¹²³⁷, y en el hecho de que el incumplimiento de la orden de pago podía dar lugar a la prisión. El demandante, por su parte, para argumentar que las órdenes de confiscación tenían carácter punitivo se basó en varias decisiones de tribunales nacionales y también en varias decisiones del Tribunal Supremo de Estados Unidos con respecto a legislación similar que reconocieron tal carácter¹²³⁸.

Con una argumentación similar, en el caso *M c. Alemania* (2009) el TEDH consideró que, a pesar de la catalogación a nivel nacional de la custodia de seguridad como medida de seguridad, desde el punto de vista del concepto autónomo de pena (criterios *Welch*), materialmente se trataba de una pena y, por consiguiente, no podía aplicarse de forma retroactiva en perjuicio del condenado, declarando vulnerado el art. 7. El derecho alemán permitía la aplicación retroactiva de las medidas de seguridad y, por ello, el Gobierno defendía que al ser la custodia de seguridad una medida de seguridad, un cambio en su regulación era posible aplicarla de forma retroactiva. Sin embargo, según los criterios *Welch*, el Tribunal consideró que la custodia de seguridad era en realidad una

¹²³⁶ Arts. 1 y 2 de la Ley de delitos de tráfico de drogas de 1986.

¹²³⁷ Art. 2.3 de la Ley de delitos de tráfico de drogas de 1986.

¹²³⁸ TEDH, *Welch c. Reino Unido*, párrafo 23. Las sentencias a las que se remitió fueron las siguientes: *Austin c. Estados Unidos* y *Alexander c. Estados Unidos* del 28 de junio de 1993, 125 Led 2d 441 y 488.

pena. Volveré a referirme a este caso en el siguiente apartado al explicar la distinción que ha establecido este Tribunal entre pena y ejecución.

Por el contrario, en el caso *Adamson c. Reino Unido* (1999), la obligación legal de que un condenado por un delito sexual se registre ante la policía no se consideró que fuera una pena a efectos del art. 7. Esto se debe a varios motivos: que el objetivo no es el castigo, sino la reducción de la reincidencia, que la obligación no es el resultado de un proceso judicial y que no se trata de una obligación severa¹²³⁹. En otro caso, se ha dejado abierta la cuestión de si el art. 7 se aplica cuando la persona condenada es enviada a una institución mental por trastornos mentales¹²⁴⁰. Según HARRIS y otros, parece que no se tendría que aplicar, ya que el objetivo no es el castigo¹²⁴¹.

Dejando de lado los criterios *Welch*, otros motivos que pueden dar lugar a la vulneración del art. 7 son los siguientes: cuando se aplica una nueva pena a un delito cometido antes de la entrada en vigor de esa pena (como también sucedió en el caso *Welch*)¹²⁴², cuando no hay base legal para la pena aplicada¹²⁴³ o cuando una pena que ya existe se aplica a un caso en perjuicio de la persona condenada cuando tal aplicación no era razonablemente previsible¹²⁴⁴.

En relación a este último supuesto, encontramos el caso *Achour c. Francia* (2006)¹²⁴⁵, en el que el Tribunal de Estrasburgo entendió que no se había infringido el art. 7, ya que la modificación producida después de la comisión del delito que aumentaba la pena era previsible. La ley francesa que castigaba a los reincidentes fue modificada para doblar, en algunos casos, la condena que se habría impuesto para el segundo delito grave. El demandante alegó violación del art. 7, porque la modificación de la ley se había aplicado en su perjuicio, al aumentar su condena a 12 años de prisión por el segundo delito de tráfico de drogas que había cometido antes de la entrada en vigor de esa modificación. El Tribunal señaló que el demandante conocía o podía conocer, antes de cometer el segundo delito, la práctica judicial establecida durante años, mediante la cual las nuevas leyes sobre reincidencia eran aplicadas de forma inmediata. En otras palabras, aunque la ley aún no había entrado en vigor, la jurisprudencia ya lo preveía, por tanto,

¹²³⁹ TEDH, *Adamson c. Reino Unido*, *passim*. Véase también TEDH, *Gardel c. Francia*, párrafos 39-47. Así mismo, véase TEDH, *X c. Austria* (nº 9167/80), en el que el recurrente, que era reincidente, tras ser condenado a tres años de prisión por delitos contra la propiedad el tribunal nacional ordenó su puesta en un centro para reincidentes peligrosos (*preventive detention in an institution for dangerous recidivists*). Como la privación de libertad tenía como objetivo prevenir el crimen, no castigar, se concluyó que no se trataba de una pena.

¹²⁴⁰ TEDH, *Dhoest c. Bélgica*, párrafos 157-164.

¹²⁴¹ HARRIS y otros, *European Convention*, 2014, p. 500.

¹²⁴² Véase también, TEDH, *Ecer y Zeyrek c. Turquía*, *passim*

¹²⁴³ TEDH, *Gabbari Moreno c. España*, *passim* (El Tribunal aplicó las reglas de determinación de la pena incorrectas en perjuicio del acusado, por tanto, se concluyó que no había base legal para la condena impuesta).

¹²⁴⁴ TEDH, *Sud Fondi SRL c. Italia*, *passim*.

¹²⁴⁵ TEDH, *Achour c. Francia*, *passim*.

como el concepto ley abarca tanto la ley escrita como la jurisprudencia, no puede decirse que hubiera aplicación retroactiva de una pena más grave. De esta forma, el Tribunal confirmó en el caso *Achour* que un estado es libre de aumentar una pena por un delito de forma prospectiva.

El art. 7 tampoco actúa cuando el tribunal sentenciador ha elegido una pena más grave en lugar de otra menos severa. Generalmente, la naturaleza y la gravedad de la pena es una cuestión que queda a la discreción del estado, aunque es cierto que pueden surgir consideraciones de proporcionalidad en relación con el art. 3, pero no del art. 7.

B.3.2. Diferencia entre pena y ejecución. Evolución jurisprudencial

En un intento de delimitar el concepto de pena y diferenciarlo de otras medidas penales, el Tribunal también ha establecido una distinción entre pena y su ejecución. Así, cuando hay un cambio en la ley o en la práctica sobre la remisión de la pena o el régimen de la libertad condicional, este tipo de medidas no forman parte del ámbito de protección del art. 7¹²⁴⁶. Como afirma LANDA, el art. 7 proyecta históricamente las garantías inherentes del principio de legalidad al núcleo duro de la definición sustantiva de la pena, dejando fuera de su ámbito de control aspectos de mera ejecución¹²⁴⁷.

Sin embargo, en un caso temprano de la Comisión¹²⁴⁸ se afirmó que el art. 7 podría aplicarse a un cambio retroactivo cuando las nuevas condiciones de privación de libertad son “esencialmente diferentes” de aquellas que se habrían aplicado antes. Se trata del caso *X c. Austria* (1978)¹²⁴⁹ en el que la Comisión sugirió que el art. 7 abarcará las modificaciones que se produzcan con posterioridad a una condena si esas modificaciones imponen una pena más grave. En ese caso el demandante fue condenado a 3 años de prisión y a la posterior reclusión en un campo de trabajo. Más tarde, los tribunales convirtieron la reclusión en un campo de trabajo por la prisión en una institución para peligrosos reincidentes, porque los campos de trabajo habían sido abolidos. La Comisión se refirió a un caso anterior en el que sostuvo que no se había probado que el carácter de la reclusión en una institución para los reincidentes era esencialmente diferente de las condiciones en los antiguos campos de trabajo y, en particular, que eso hubiera supuesto la imposición de condiciones más restrictivas. Como consecuencia de ello, la demanda

¹²⁴⁶ TEDH, *Kafkaris c. Chipre*, párrafo 142; TEDH, *Hogben c. Reino Unido*, párrafo 4; TEDH, *Grava c. Italia*, párrafo 51; y TEDH, *Del Río, c. España*, párrafo 83.

¹²⁴⁷ LANDA, “Ejecución de penas”, p. 6.

¹²⁴⁸ La Comisión fue un tribunal especial del Consejo de Europa. Los individuos no podían tener acceso directo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sino que debían acudir a la Comisión, que establecía si el caso estaba bien fundado como para ser analizado en el Tribunal. El Protocolo n° 11 del CEDH, cuya vigencia inició el 31 de octubre de 1998, abolió la Comisión, sustituyéndolo por el actual TEDH y permitiendo que los individuos pudieran acudir a éste directamente.

¹²⁴⁹ TEDH, *X c. Austria* (n° 7720/76).

fue declarada manifiestamente infundada, porque el carácter de la reclusión no era “esencialmente diferente”.

En relación con la libertad condicional, como se ha adelantado, no forma parte del ámbito de protección del art. 7, por entender que tiene relación con la ejecución de la pena y no con la pena en sí misma. FROWEIN y PEUKERT ya en 1996 afirmaban que ese artículo no se aplica en supuestos de ejecución de penas, incluidos los casos en que una modificación de la praxis de custodia determina una prolongación del cumplimiento de la pena privativa de libertad¹²⁵⁰. Sin embargo, como consecuencia de una evolución jurisprudencial, el Tribunal de Estrasburgo ha incluido dentro del ámbito de protección de ese precepto aspectos de la ejecución que afectan directamente a la pena y que antes quedaban excluidos. Como apunta LANDA, el art. 7 ha ido “colonizando” nuevos territorios en un ejercicio *pro libertate* de extensión de las garantías allí donde éstas se vean afectadas en sentido material¹²⁵¹. A continuación, se explicará cómo se ha producido esa conquista hacia una protección más amplia de los diferentes aspectos que afectan a la pena.

El punto de partida lo constituye el caso *Hogben c. Reino Unido* (1986)¹²⁵². Fue un supuesto presentado ante la Comisión por parte de un ciudadano británico que fue condenado a cadena perpetua preceptiva en 1959 por la muerte de un joyero en el curso de un robo con armas. En el momento en que cometió dicho delito la pena perpetua era obligatoria, pero se podía, potestativamente, señalar una tarifa mínima de cumplimiento que, sin embargo, no se estableció. En diciembre de 1982 el recurrente fue transferido desde una prisión de régimen cerrado a otra de régimen abierto lo que, según la praxis penitenciaria, venía a evidenciar que ya no era considerado peligroso. Pasar a un módulo abierto se entendía como el estadio previo a ser puesto en libertad sobre la base de la elaboración de un plan de liberación de dos años en que se debía mostrar buena conducta. Pasado un año en la prisión abierta la autoridad correspondiente le comunicó que sería recomendado para obtener su libertad condicional. El recurrente, por tanto, con base en la praxis penitenciaria y en la aplicación que hasta el momento se venía haciendo de la normativa correspondiente, estaba convencido que su progresión final era inminente y que su liberación se materializaría a principios de 1985.

Sin embargo, el 11 de octubre de 1983 (y con gran similitud a los hechos que luego se analizará respecto del caso *Del Rio Prada c. España*), el recurrente fue devuelto de manera sorpresiva al centro cerrado a pesar de que se le aclaró que ello no se debía de

¹²⁵⁰ LANDA, “Ejecución de penas”, p. 10.

¹²⁵¹ LANDA, “Ejecución de penas”, p. 19.

¹²⁵² Véase, también, en la misma línea TEDH, *Hosein c. Reino Unido* y TEDH, *Uttley c. Reino Unido*.

ningún modo a que hubiera mostrado mala conducta. Ese mismo día la Secretaría de Estado anunció una nueva política en materia de libertad condicional en el marco de un mitin del Partido Conservador. Política que más tarde se materializó oficialmente en la Cámara de los Comunes el 13 de noviembre de 1983, con el argumento central de que perseguía disminuir la diferencia entre la duración de la sentencia impuesta y la duración efectiva de su cumplimiento en prisión. La nueva política buscaba regular de forma diferente el ejercicio de discrecionalidad en el cumplimiento de penas relativas a delitos muy graves (como asesinatos de policías, funcionarios de prisiones, asesinatos terroristas, sexuales...) para asegurar que, al menos, cumplan 20 años efectivos en prisión. Se pretendía así, bloquear el paso a la libertad condicional de dichos penados salvo que mediaran circunstancias excepcionales. Por último, la Secretaría de Estado aclaró que antes de la implementación de la nueva política, algunos penados a cadena perpetua habían sido devueltos a instituciones cerradas desde módulos de cumplimiento abierto. Su próxima liberación hubiera resultado contradictoria con la nueva interpretación del ejecutivo respecto de la gravedad de sus delitos¹²⁵³.

Con todo, el sorpresivo cambio de política no se consideró como una violación del art. 7. Como apunta LANDA “su argumentación fue breve y fulminante: la pena de prisión perpetua estaba prevista desde un principio y esa es la “pena” a considerar a efectos del art. 7”¹²⁵⁴. Así mismo, añadió que, aunque esa modificación supone que el preso permanecerá más tiempo en prisión, se trata de una cuestión que pertenece a la ejecución de la pena, como opuesta a la pena, que sigue siendo la cadena perpetua. Con todo ello, consideró que no podía afirmarse que la pena impuesta fuera más grave que la que se acordó en sentencia¹²⁵⁵.

Esta era la situación respecto de la ejecución de penas y el principio de legalidad ante el TEDH. Sin embargo, la situación comenzó a cambiar con una decisión clave de la Gran Cámara, *Kafkaris c. Chipre* (2008). Este caso marcó un cambio de ciclo en la evolución jurisprudencial del TEDH en materia de aplicación del art. 7, ya que se empezó a extender a cuestiones, hasta ese momento, relegadas extra muros de su ámbito de control por ser consideradas pura ejecución de las penas¹²⁵⁶. A partir de este caso el TEDH amplía el objeto de control de ese precepto dando prioridad a consideraciones materiales de aflicción¹²⁵⁷.

¹²⁵³ TEDH, *Hogben c. Reino Unido*, Hechos, pp. 1-4

¹²⁵⁴ LANDA, “Ejecución de penas”, pp. 11-12.

¹²⁵⁵ TEDH, *Hogben c. Reino Unido*, párrafo 4

¹²⁵⁶ LANDA, “Ejecución de penas”, p. 12.

¹²⁵⁷ LANDA, “Ejecución de penas”, p. 20

En el caso *Kafkaris*, la cuestión de análisis se centró también entorno a la distinción entre pena y la manera de ejecutarla. El demandante había sido condenado en 1989 a una cadena perpetua por asesinato. En el momento en que cometió el delito, en 1987, según las normas penitenciarias y su práctica aplicativa, la cadena perpetua equivalía a 20 años de prisión, con la posibilidad de remisión antes de ese periodo. Sin embargo, el tribunal sentenciador, siguiendo otra decisión judicial de 1988 (Yiouroukkis¹²⁵⁸), afirmó que la cadena perpetua equivalía a la privación de la libertad del resto de la vida biológica de una persona. A pesar de ello, cuando el condenado ingresó en prisión recibió una notificación escrita en la que se le comunicaba que la fecha de su libertad tendría lugar 20 años más tarde¹²⁵⁹. Las normas penitenciarias fueron posteriormente declaradas inconstitucionales y derogadas y, consecuentemente, la cadena perpetua del demandante se convirtió en la privación de libertad de por vida, sin posibilidad de remisión. Por tanto, la expectativa generada al recurrente, con base en la normativa penitenciaria y su práctica aplicativa, reforzada por la comunicación oficial escrita que recibió, se vio quebrada al cancelarse su liberación anticipada, como consecuencia de una evolución jurisprudencial y posterior modificación legal.

A pesar de estos hechos, el Tribunal de Estrasburgo sostuvo que el cambio de norma que hizo que el demandante perdiera toda posibilidad de remisión de la pena no estaba sujeta al art. 7, ya que se trataba de la ejecución de una pena y no de la pena en sí misma. La pena seguía siendo la misma, es decir, la cadena perpetua y, por consiguiente, no se había producido ninguna aplicación retroactiva de la pena. Sin embargo, aunque no se llegó a declarar que se había producido una aplicación retroactiva de la pena, el Tribunal entendió que se había vulnerado el art. 7 por falta de calidad de la ley, en concreto, por falta de previsibilidad¹²⁶⁰. El Tribunal fundamentó su decisión en el hecho de que en el momento de cometer el delito la ley chipriota en conjunto no estaba formulada de manera suficientemente precisa que permitiese al demandante discernir, ni si quiera con asesoramiento adecuado, el alcance de la pena de cadena perpetua.

Como señala LANDA, “se produce una suerte de “pirueta” argumental... el TEDH decide atraer hacia el ámbito material del art. 7 cuestiones de ejecución penitenciaria que tienen un efecto material en la definición de la pena desde el punto de

¹²⁵⁸ Sentencia del 5 de febrero de 1988 (31175/87), *República de Chipre c. Andreas Costa Aristodemou* (alias *Yiouroukkis*)

¹²⁵⁹ TEDH, *Kafkaris c. Chipre*, párrafos 12 y ss. En concreto, se le asignaba como fecha de salida el 16 de julio de 2002 a la vista de que estaba en prisión desde el 17 de julio 1987, por lo que la pena perpetua, sobre la base de una duración de 20 años, expiraría el 16 de julio de 2007, lo que permitía una liberación ordinaria en la fecha señalada. Todo ello, con detalle expreso, se le entregó al demandante en una nota escrita (párrafo 16).

¹²⁶⁰ Señala LANDA, “Ejecución de penas”, p. 13, que de esta forma, la violación de ese precepto se imputa, por primera vez en este contexto, a la falta de calidad de la ley.

vista de su impacto real afflictivo”. Así, concluye ese autor que “el TEDH no lo quiere decir, incluso lo niega, pero, de hecho, aplica las garantías del art. 7 a aspectos de ejecución”¹²⁶¹.

Parece que este cambio se está viendo confirmado con la evolución de la jurisprudencia del Tribunal desde el caso *Kafkaris*. El número de condenas por violación del art. 7 ha aumentado notablemente en comparación con la exigua aplicación desde sus orígenes¹²⁶². Además, no se trata solamente del número, sino que una gran mayoría de las condenas vienen ahora referidas precisamente a aspectos de ejecución de la pena¹²⁶³. Ejemplos paradigmáticos al respecto son el denominado caso *M. c. Alemania* (2009) y el caso *Del Rio c. España* (2012), que pasamos a explicar a continuación.

En el caso *M. c. Alemania*, el Tribunal de Estrasburgo afirmó (tal y como se ha adelantado *supra* apartado B.3.1), que la custodia de seguridad era, siguiendo los criterios *Welch*, una pena y no una medida de seguridad, aunque así había sido considerada a nivel nacional incluso por el Tribunal Constitucional. Una vez afirmado esto, el TEDH debía esclarecer una segunda cuestión: si la modificación introducida *ex post facto* sobre la duración de la custodia de seguridad afectaba únicamente a la ejecución y, por consiguiente, quedaba fuera del ámbito de protección del art. 7 o si, por el contrario, esa modificación afectaba a la pena misma y, por tanto, quedaba incluida dentro de aquélla.

En 1986, el condenado recibió una pena de 6 años de prisión por un intento de asesinato y un robo y, debido a la peligrosidad criminal que presentaba, se le impuso también una custodia de seguridad. Tras cumplir la pena de prisión comenzó a cumplir la medida de seguridad, la cual, según la legislación alemana en vigor en el momento de la condena, no podía durar más de 10 años. Sin embargo, un cambio legislativo introducido en 1998 permitía alargar esa medida por encima de los 10 años. En este caso, el Tribunal de Estrasburgo negó que ese cambio pudiera ser considerado como mera ejecución de la pena y, por tanto, ajeno al control del art. 7. Afirmó que la prolongación *ex post facto* del

¹²⁶¹ LANDA, “Ejecución de penas”, pp. 13 y 14.

¹²⁶² Se puede encontrar un estudio de la jurisprudencia hasta 2012 en LANDA, “Ejecución de penas”, pp. 14 y 15, nota al pie 46.

¹²⁶³ De las 26 sentencias por violación del art. 7 desde el año 2009 (después de *Kafkaris*) a 2017, al menos 10, tienen que ver con cuestiones de ejecución de penas, en concreto: *M. c. Alemania*; *Kallweit c. Alemania*; *Mauter c. Alemania*; *Schummer c. Alemania*; *Jendrowiak c. Alemania*; *O.H. c. Alemania*; *K. c. Alemania*; *G. c. Alemania*; *Glien c. Alemania*; y *Del Rio Prada c. España*; En los 9 casos que se dirigen contra Alemania, el Tribunal se remitió a lo argumentado en el caso *M* para concluir que se había vulnerado el art. 7. Por último, resulta de interés añadir un undécimo caso, *Van der Velden c. Países Bajos* (nº21203/10), en el que, aunque no se constata violación del art. 7, el asunto objeto de recurso es también una prolongación de estancia en prisión por peligrosidad del penado. En este caso el TEDH declara la violación del art. 5 y con ello considera que no procede entonces ya analizar la violación del art. 7. Los restantes 16 casos (hasta las 26 violaciones desde 2009) son todos supuestos de aplicación material del art. 7, en cuestiones sustantivas, no de ejecución penitenciaria.

límite de duración de la custodia de seguridad constituía una pena adicional impuesta de forma retroactiva¹²⁶⁴.

También merece mención especial el caso *Del Río c. España* (2013). El TEDH entendió que la nueva interpretación jurisprudencial mediante la sentencia del Tribunal Supremo español de 28 de febrero de 2006 (conocida como la doctrina Parot)¹²⁶⁵ redefinía la pena impuesta, dejando sin efecto el derecho a la redención de penas por el trabajo realizado y ello suponía una aplicación retroactiva de una pena más grave, ya que, como consecuencia de ello, la duración de la pena que la demandante debía cumplir aumentaba. Por ese motivo, lo que para la mayoría del Tribunal Constitucional era una cuestión de pura ejecución de la pena, para el TEDH se trataba de una nueva pena¹²⁶⁶. Como afirma LANDA, esta sentencia pone de manifiesto que la distinción entre la definición sustantiva de la pena y su ejecución no es, ni mucho menos, tan nítida¹²⁶⁷.

Con anterioridad a la sentencia de 2006 mencionada y desde la sentencia del Tribunal Supremo del 8 de marzo de 1994¹²⁶⁸ se venía admitiendo que el límite máximo de 30 años recogido en el artículo 70.2 para los casos de acumulación de penas constituía una nueva pena a efectos de aplicar la reducción por el trabajo realizado (art. 100 del Código Penal español anterior de 1973). De ese modo, se permitía descontar un día por cada dos de trabajo y reducir así hasta en un tercio el cumplimiento efectivo de los 30 años. Además, mediante una decisión de 30 de noviembre de 2000 la Audiencia Nacional le comunicó que su pena se había fijado en 30 años (máximo legal).

Sin embargo, a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de 2006 (Doctrina Parot), los 30 años ya no actuarían como límite a efectos de aplicar la redención de penas, sino que los beneficios penitenciarios se aplicarían al máximo de pena impuesta no al máximo legal, es decir, a cada una de las penas impuestas. Esto suponía que el máximo

¹²⁶⁴ TEDH, *M c. Alemania*, párrafos 134 y 135.

¹²⁶⁵ STS, sala 2ª, 197/2006, de 28 de febrero de 2006.

¹²⁶⁶ El propio TEDH, en los párrafos 53 y 101, se basó en la argumentación emitida por la entonces Vicepresidenta del Tribunal Constitucional, ASUA BATARRITA, Adela, en su voto particular (STC, Pleno, 40/2012, de 29 de marzo de 2012). A modo de síntesis, ASUA había concluido que la interpretación del Tribunal Supremo en su sentencia de 2006 no era previsible y que se había violado el art. 25.1 (principio de legalidad), el art. 17.1 (derecho a la libertad) y el art. 24.1 (derecho a la tutela judicial efectiva) de la Constitución. La Magistrada resalta que la redención de la pena por el trabajo realizado difiere de otras medidas que entrañan un ajuste de las penas, como la libertad condicional, y que el otorgamiento de esas redenciones no queda a discreción de los tribunales, pues no están sujetos a criterios como la buena conducta del recluso o la peligrosidad del mismo. En consecuencia, las redenciones de la pena por el trabajo realizado son obligatorias por ley. Así mismo, señaló que, en virtud del Código Penal de 1973, el principio de legalidad debería aplicarse no sólo a los delitos, sino también a las consecuencias punitivas de su comisión, es decir, al límite nominal de las penas de prisión y al límite real después de la deducción. La magistrada pone de manifiesto que el Tribunal Supremo con la Doctrina Parot realiza una interpretación artificial entre la pena y la condena (tiempo de cumplimiento de pena a cumplir) que no tenía fundamento en el CP (la distinción tradicionalmente establecida era “duración nominal” y “duración real”) y había sometido la aplicación del límite de treinta años a una nueva condición no prevista en el art. 70.2 del Código Penal de 1973 - según la cual, durante ese período, la pena debía ser cumplida en prisión, impidiendo así la aplicación de las normas sobre redenciones de pena por el trabajo realizado.

¹²⁶⁷ LANDA, “Ejecución de penas”, pp. 6-7.

¹²⁶⁸ STS, sala 2ª, 9877/1994, de 8 de marzo de 1994.

de 30 años se cumpliría íntegramente en prisión. Como consecuencia de la nueva interpretación, la demandante que comenzó a cumplir su condena en 1989 por varios delitos de terrorismo que sumaban más de mil años de cárcel, con un tope establecido por acumulación de 30 años, ya no podía beneficiarse de ningún acortamiento efectivo del citado tope. Por lo tanto, en lugar de cumplir 20 años de prisión (se le descontaron 10 por los trabajos realizados), tenía que cumplir una pena de 30 años (ampliándose así el licenciamiento fijado para el 2008 hasta el 2017). La recurrente argumentó que la práctica administrativa en la implementación de la ley y, en particular, las disposiciones legales sobre determinación de la pena habían creado en ella una “legítima expectativa” de que la reducción de la pena a la que tenía derecho se aplicaría sobre el máximo legal de 30 años ¹²⁶⁹.

El TEDH entendió que los tribunales españoles venían aplicando la interpretación establecida en la sentencia de 1994, sin que se apreciara ningún cambio gradual de esa interpretación y, por tanto, el cambio introducido mediante la Doctrina Parot no cumplía con el requisito de la calidad de la ley por no ser previsible. Según el Tribunal Europeo, la interpretación jurisprudencial realizada por el Tribunal Supremo en el año 2006, que consideró que el límite de los 30 años ya no se tomaría como base sobre la que aplicar la redención de las penas por el trabajo realizado, entraba dentro del concepto ley del art. 7 y, por consiguiente, al no ser previsible, suponía una violación de la prohibición de retroactividad. Por tanto, aunque el TEDH sí permite un cambio de jurisprudencia, exige que éste sea gradual, previsible y ajustado al sentido de la ley ¹²⁷⁰.

A modo de síntesis, las razones que fundamentaron la declaración de la vulneración del art. 7 en el caso *Del Río* fueron dos: la primera, que la nueva interpretación jurisprudencial, a pesar de modificar la forma de ejecutar la pena, afectaba directamente a la pena, por lo que quedaba dentro del control de ese precepto y, la segunda, que esa modificación no respetaba el requisito de la previsibilidad.

C. Recapitulación

Gracias a la evolución jurisprudencial que comenzó con el caso *Kafkaris c. Chipre* y se consolidó con el pronunciamiento de dos sentencias paradigmáticas, *M c. Alemania* y *Del Río c. España*, la jurisprudencia reciente del TEDH ha mostrado el camino para que el art. 7 puede actuar como barrera de contención frente a la utilización de la fase de ejecución para aumentar la duración de la pena o intensificar arbitrariamente su

¹²⁶⁹ TEDH, *Del Río c. España*, párrafo 61. Véase también SCHABAS, *European Convention*, p. 340.

¹²⁷⁰ TEDH, *Del Río c. España*, párrafo 93.

aflictividad. Mediante la ampliación de su control también sobre la fase de la ejecución se consigue evitar que ésta sea utilizada para prolongar la estancia en prisión. Las modificaciones que se producen durante la ejecución y que afectan a la esencia misma de la pena (su duración o las condiciones de cumplimiento), ya no quedan fuera de la protección del mencionado artículo.

El Tribunal ha considerado que la dilatación del tiempo de privación de libertad que se produce como consecuencia de una interpretación judicial que se aplica de forma retroactiva puede ser contraria al art. 7, si no respeta los principios de calidad de la ley, es decir, si ese cambio no era previsible. En otras palabras, una interpretación judicial sobre aspectos relacionados con la ejecución de la pena que suponga la prolongación de la duración de la pena recibirá la protección del mencionado precepto. De conformidad con el Convenio, la jurisprudencia se considera incluida dentro del término ley y, por consiguiente, aquella también ha de respetar el principio de legalidad e irretroactividad de las penas desfavorables.

De esta forma, la jurisprudencia actual se aparta de la línea mantenida en sus orígenes, que defendía el argumento de que la ejecución no puede considerarse pena a efectos de ese precepto y, por consiguiente, no es merecedora de protección. Ahora, lo relevante para determinar si se ha aplicado una pena más grave y con ello se ha vulnerado el art. 7 es atender a consideraciones materiales de aflictividad y previsibilidad. Este cambio evidencia, como señala LANDA, que la distinción entre la definición sustantiva de la pena y su ejecución no es, ni mucho menos, tan nítida. Sin embargo, hasta la actualidad, son relativamente escasas las sentencias dictadas por el Tribunal en las que se declara la vulneración de ese precepto como consecuencia de la aplicación retroactiva de aspectos relacionados con la ejecución.

La sentencia *X c. Austria*, pronunciada de forma temprana en 1978 por la antigua comisión, también es destacable en tanto que se aprecia el germen de la discusión que se desencadenaría años más tarde, sobre el impacto que tienen los cambios en la ejecución en la pena. En aquella ocasión, aunque no se declaró la vulneración del art. 7, se mencionó la posibilidad de que el art. 7 podría ser aplicado cuando las condiciones de privación de libertad sufren un cambio esencial como consecuencia de una interpretación judicial

La evolución que se ha producido en la jurisprudencia del TEDH debe valorarse de forma positiva, especialmente, en relación con las penas indeterminadas y de larga duración, ya que impide que se utilice la vía “trasera” para agravar y prolongar la duración de las penas de prisión de forma indefinida convirtiéndolas *de facto* en penas irreductibles. Todos aquellos cambios de régimen relacionadas con la libertad condicional

que se producen con posterioridad a la comisión del delito, y que perjudican al penado alargando la estancia en prisión y dificultando o agravando los requisitos a cumplir para alcanzar de la libertad condicional, deberían estar amparados por la prohibición de irretroactividad del art. 7. Toda interpretación jurisprudencial de la ley penal que sea desfavorable para el reo, aunque haya sido previsible, debería o bien aplicarse únicamente de forma prospectiva, es decir, sobre las condenas que se dicten en el futuro o venir respaldada por la posterior modificación legislativa.

6. Recapitulación general

El TEDH ha establecido, a través de su jurisprudencia, unos estándares internacionales que permiten controlar la aplicación de las penas de prisión indeterminadas y con ello limitar el poder del Estado para interferir ilegítimamente sobre la libertad de las personas. Ese Tribunal ha analizado la compatibilidad de las penas indeterminadas con los derechos reconocidos en el art. 3, art. 5.1.a y art. 7, desarrollando así, una serie de garantías y estándares que permiten ejercer un control sobre esas penas desde el mismo momento de su imposición y durante toda su ejecución.

En primer lugar, mediante la prohibición de las penas inhumanas consagrado en el art. 3, se impide, por un lado, la aplicación de las penas muy desproporcionadas y, por otro, de las penas irreductibles. Por tanto, toda pena que sea muy desproporcionada y que no prevea la posibilidad jurídica y real de alcanzar la libertad condicional, será contraria al Convenio desde el mismo momento de su imposición. El Tribunal, además de afirmar que toda pena debe tener un horizonte de libertad, exige la realización de una revisión pasados 25 años de prisión (plazo orientativo, no preceptivo). De esta forma, el derecho a la esperanza reconocido en *Vinter* se ve materializado en la exigencia de una revisión.

En segundo lugar, una vez la pena ha sido impuesta, el control del Convenio se traslada a la fase de la ejecución. A través del art. 5.1.a se garantiza que la privación de libertad que se produce como consecuencia de la pena de prisión impuesta sea legal, no solo desde la ley nacional, sino también a efectos del Convenio. Para que una privación de libertad que es legal a la luz del derecho nacional, lo sea también desde la óptica del Convenio, es necesario que aquella no sea arbitraria. Esa prohibición de arbitrariedad se concreta en la exigencia de la garantía de la “relación de causalidad”, lo que implica que la pena de prisión debe guardar una relación con la sentencia original y que ésta se mantenga a lo largo de su cumplimiento. Para que el derecho a la libertad no quede en una mera declaración, el art. 5.4 reconoce a toda persona el derecho a recurrir a un tribunal

para que compruebe y decida sobre la legalidad de su privación de libertad, lo que se conoce como control de legalidad.

En tercer y último lugar, el Tribunal prohíbe la aplicación retroactiva de las leyes (lo que incluye la norma escrita y la jurisprudencia) que tenga como resultado la prolongación de la estancia en prisión de la persona condenada. Mediante una evolución jurisprudencial que comenzó a cuajarse con *Kafkaris*, se ha ampliado el ámbito de control del art. 7 a los aspectos que, aunque se refieran a la ejecución, afectan de forma directa al contenido de la pena misma (su duración o las condiciones de cumplimiento).

Entrando en mayor detalle en las garantías que se derivan de los mencionados preceptos, a través de la prohibición de penas inhumanas o degradantes recogida en el art. 3, el Tribunal viene a garantizar el derecho a optar a la libertad condicional (traducido como derecho a la esperanza) de toda persona condenada a una pena de prisión (derecho que encuentra, al mismo tiempo, apoyo en la normativa internacional). El reconocimiento de ese derecho no implica que toda persona deba ser puesta en libertad transcurrido un tiempo, pero sí, que *a priori*, no se puede negar esa posibilidad a ninguna persona, independientemente de la gravedad del delito cometido. Para hacer posible la materialización de ese derecho, el TEDH en el caso *Vinter* estableció la obligación de llevar a cabo una revisión, en el caso de las penas indeterminadas. El objetivo de esta revisión es valorar si siguen existiendo razones penológicas que justifican la privación de libertad del interno. Por esa razón, los estados deberán prever un mecanismo de revisión que se ejecutará a los 25 años (periodo orientativo que recomienda el Tribunal).

Por tanto, la compatibilidad de las penas de prisión perpetua con el art. 3 depende de la existencia de un sistema de revisión y de la valoración de unos criterios que han de estar preestablecidos y ser públicos, porque la persona condenada debe conocer desde el principio qué debe hacer para conseguir la libertad. Además, el Tribunal ha declarado que una revisión que se reduce a la valoración de criterios relacionados únicamente con la salud (razones de compasión) no puede considerarse suficiente a efectos del art. 3, porque *a priori* el derecho a alcanzar la libertad debe ser factible para todas las personas. El tribunal se refiere específicamente a la necesidad de que las autoridades nacionales valoren los cambios producidos en el interno y el progreso hacia la reinserción, de tal manera, que un cambio significativo de esas circunstancias, ya no permitirá justificar por razones penológicas la continuación de la situación de la privación de libertad. En esta afirmación del Tribunal se aprecia una inclinación a favor de la consideración del criterio de la rehabilitación por encima de aquellos relacionados con la retribución o la prevención general.

En relación con el derecho a la libertad reconocido en el art. 5.1.a, la garantía de la “relación de causalidad” que sirve para impedir que la privación de libertad se convierta en arbitraria, se concreta en dos exigencias: la primera, que las razones que llevan a denegar la concesión de la libertad una vez se haya cumplido el periodo punitivo sean las mismas que las que motivaron la imposición de la pena y, la segunda, que exista una relación entre el motivo de la privación de libertad y las condiciones del encarcelamiento.

Respecto a la primera, el Tribunal ha manifestado que, con el paso del tiempo, la relación existente entre la sentencia y la privación de libertad puede debilitarse hasta el punto de romperse. En el caso de la pena indeterminada, ese momento crítico se produce tras el cumplimiento de la tarifa, porque a partir de ese momento la finalidad punitiva de la pena se entiende satisfecha, por lo que la única razón que, según el tribunal, legítimamente puede justificar la no puesta en libertad de una persona es la peligrosidad criminal. Por consiguiente, es en este momento cuando la relación de fundamentación adquiere vigencia, debiéndose verificarse su persistencia. Para determinar esa cuestión, no es suficiente con acreditar la existencia de la peligrosidad, sino que ésta debe estar relacionada con la sentencia original. En otras palabras, una vez satisfecho el elemento punitivo de la condena, todo mantenimiento en prisión debe estar motivado por consideraciones de riesgo y de peligrosidad, que se encuentren ligadas a los objetivos de la condena inicial. Esto significa que cuando la pena se impuso tras la comisión de un delito grave, lo que sucede en el caso de las cadenas perpetuas, la peligrosidad futura ha de venir referida a la comisión de delitos de similar gravedad.

La segunda de las garantías que derivan de la exigencia la “relación de causalidad”, es la lógica consecuencia de la anterior garantía: si tras la tarifa sólo puede mantenerse a una persona en prisión si existen razones de prevención especial, es necesario que el Estado ponga a disposición del sujeto programas de rehabilitación que le ayuden a reducir esa peligrosidad y, de esa forma, pueda tener una oportunidad real de conseguir la libertad. Como ha puesto de relieve el TEDH, la protección de la sociedad está estrechamente relacionada con la rehabilitación, por ello, no se puede pretender que esa peligrosidad disminuya, sin poner a disposición del recluso unos recursos suficientes para alcanzar ese fin. El art. 5.1.a, por tanto, permite controlar la legalidad de la privación de libertad desde el prisma de su conformidad con los objetivos rehabilitadores.

El pronunciamiento más significativo a este respecto, lo constituye *James, Weels y Lee c. Reino Unido* (2013). El Tribunal afirmó que, cuando la privación en libertad se fundamente en la peligrosidad, el Estado tenía la obligación facilitar los medios adecuados para hacer posible la consecución de la libertad. De no hacerlo, se entenderá

vulnerado el art. 5.1.a, tal y como sucedió en el citado caso, ya que los recurrentes habían permanecido en prisión por más de 2 años tras haber cumplido sus tarifas, pero no habían recibido ningún curso, lo que les impedía demostrar que su peligrosidad se había reducido y, con ello, alcanzar la libertad condicional.

En este punto debe destacarse también la sentencia *Murray c. Países Bajos* (2016), dictada en el contexto del art. 3, porque a partir de ese pronunciamiento el Tribunal deja claro que la rehabilitación constituye una obligación positiva de los Estados: los estados tienen el deber de asegurar la rehabilitación. En ese caso, se entendió que se había vulnerado la prohibición de penas inhumanas, al mantener en prisión a una persona diagnosticada con una enfermedad mental, psicopatía, sin ofrecerle ningún tratamiento destinado a contrarrestar ese trastorno mental. El TEDH concluyó que la cadena perpetua impuesta era una pena irreductible *de facto*, declarando así la vulneración del art. 3 desde el mismo momento en que se impuso la pena.

Las tres sentencias emitidas por el Tribunal, *James, Wells y Lee* (2012) *Vinter* (2013) y, más recientemente, *Murray* (2016), ponen en cuestión la legalidad, a efectos del CEDH, de la pena de cadena perpetua si la normativa interna no prevé, de forma conjunta, un mecanismo de revisión que tenga en cuenta unos criterios realistas (no únicamente aquellos relacionados con motivos compasivos) y una planificación de medios materiales para hacer posible la rehabilitación del interno. Si ese mecanismo no viene acompañado de la posibilidad de acceder a unos programas de rehabilitación, la libertad condicional se verá seriamente dificultada. Si ese mecanismo no viene acompañado de la posibilidad de acceder a unos programas de rehabilitación, la libertad condicional se verá seriamente dificultada. De igual modo, si en esa revisión no se valora el progreso realizado, sino que sólo se tienen en cuenta cuestiones relacionadas con la salud del preso o con razones de prevención general, se considerará que esa pena no es reductible *de facto*.

En lo que respecta al art. 5.4, se aprecia un salto importante del caso *Thynne c. Reino Unido* (1990) al caso *Stafford c. Reino Unido* (2002). En el primero, el Tribunal entendió que la cadena perpetua preceptiva, es decir, aquella que se impone por la gravedad del delito con independencia de la peligrosidad del condenado, no quedaba protegidas por el art. 5.4. El motivo de dicha exclusión se debía a que el fundamento de la condena era la gravedad del delito y no la peligrosidad del sujeto, por tanto, no había ninguna circunstancia nueva que debiera valorarse transcurrido el plazo punitivo. Por ello, el Tribunal entendía que el control de legalidad que el art. 5.4 prevé era innecesario por quedar ya incorporado en la sentencia original. Esta decisión de Tribunal de

Estrasburgo daba luz verde al poder de la Secretaría de Estado para privar de libertad a una persona condenada a una cadena perpetua preceptiva de forma ilimitada, ya que la concesión de la libertad condicional quedaba a su criterio, sin que el condenado tuviera derecho a que su condena fuera valorada por un tribunal.

Sin embargo, en el caso *Stafford*, el control del art. 5.4 se amplía también a la cadena perpetua preceptiva. Aunque admite que el motivo que fundamenta la imposición de esa pena, en comparación con la cadena perpetua discrecional, es diferente, ya que esta segunda además de la gravedad del delito se impone por razones de peligrosidad del sujeto, afirma que tras la tarifa que se establece en las dos modalidades de cadena perpetua, ambas penas quedan equiparadas a efectos del art. 5.4. Eso significa que, como una vez alcanzado ese plazo, la continuación de la privación de libertad sólo puede estar justificada en la peligrosidad del sujeto, es obligatorio realizar un nuevo control de legalidad.

El Tribunal, además de exigir la realización de una revisión para valorar la legalidad de la continuación de la privación de libertad, ha detallado la forma que ha de tomar ésta para que sea conforme con el mencionado precepto. Así, se exige la celebración de una audiencia con las garantías que ofrece un procedimiento adversarial: el derecho a interrogar a las personas que hayan emitido un juicio sobre el preso, a tener acceso a toda la información elaborada sobre él y que el órgano que toma la decisión tenga poder para emitir una conclusión vinculante, sin que el ejecutivo pueda vetar dicha decisión.

En lo que respecta al art. 7 relativo al principio de legalidad e irretroactividad de las penas desfavorables, *Kafkaris* (2008) constituye la sentencia que marcar el inicio del cambio de dirección hacia el reconocimiento de que la ejecución también es merecedora de la protección del art. 7 y, por tanto, debe ser amparada por la prohibición de la retroactividad. Aunque en esta sentencia se sigue manteniendo que la ejecución de la pena queda excluida del ámbito de protección del art. 7, el Tribunal considera que sí se ha vulnerado el indicado precepto. Esa vulneración no la atribuye a la aplicación retroactiva de la ley, porque la pena sigue siendo la misma (la cadena perpetua), aunque ahora deba permanecer más tiempo en prisión, como consecuencia de la afirmación del juez sentenciador, que sigue una sentencia anterior (*Yiouroukkis*) que fue dictada con posterioridad al momento de comisión del delito. La declaración de vulneración la achaca a la falta de calidad de la ley, por entender que la ley no era clara y, por tanto, el condenado no podía conocer a qué equivalía, en términos de años la cadena perpetua (si a 20 años de prisión, según señalaba la normativa penitenciaria y la aplicación práctica de la misma, o

a lo que restaba de la vida biológica, según lo indicado por el juez sentenciador). La argumentación que utiliza el TEDH deja entre ver que, a pesar de negar que la ejecución queda protegida por la garantía del art. 7, en realidad considera que una nueva interpretación realizada *ex post facto* respecto a los años que el condenado debe transcurrir en prisión, y que resulta desfavorable para el reo, no concilia bien con la filosofía que está detrás del Convenio (proteger al individuo frente a la arbitrariedad).

Este cambio que se empieza a vislumbrar en *Kafkaris*, culminó con las sentencias *M* (2009) y *Del Río* (2013). El Tribunal afirmó en esos casos que, a través de un cambio normativo o interpretación judicial realizadas tras la comisión de un delito que afecta a aspectos relacionados con la ejecución, como la duración de la pena, puede redefinirse el carácter material de la pena, lo que debe quedar prohibido por el principio de irretroactividad de las penas desfavorables. El término pena empleado en el art. 7 no hace referencia únicamente al concepto formal, sino al material, por ello, todo lo que afecte a su aspecto material, también queda incluido dentro de la protección de ese precepto. Esta interpretación que se ha producido de forma gradual, ha permitido frenar la prolongación de la estancia en prisión que se ha producido como resultado de un cambio jurisprudencial realizado con posterioridad a la comisión del delito, cuando ese cambio no era previsible. De esta forma, el Tribunal reconoce que la duración de la pena es un aspecto que se encuentra estrechamente vinculado a la esencia misma de la pena.

En el primer caso señalado, *M*, el tribunal consideró que la custodia de seguridad no podía alargarse por más de 10 años (límite establecido por la ley) mediante un cambio normativo que tuvo lugar con posterioridad al delito. Esa prolongación no podía considerarse como mera ejecución que queda a extra muros de la protección que ofrece el del Convenio. En el segundo caso, *Del Río*, una nueva interpretación judicial sobre las reglas de determinación de la pena que trajo como consecuencia la postergación de la fecha de licenciamiento, también se entendió que debía quedar protegida por el art. 7.

En relación con el art. 5.4 y el art. 7 debe destacarse la conquista producida como consecuencia de la evolución jurisprudencial del TEDH que ha permitido extender la protección prevista en esos preceptos a ámbitos antes excluidos. Respecto al derecho a una revisión que reconoce el art. 5.4, éste se ha ampliado a toda persona que cumple una pena indeterminada, independiente de que la pena se haya impuesto únicamente por la gravedad del delito, pues una vez satisfecho el periodo punitivo, la pena debe someterse a una revisión respetando todas las garantías que derivan de ese precepto. Respecto al art. 7, la jurisprudencia reciente reconoce que los aspectos de ejecución también deben estar protegidos por la prohibición de irretroactividad, por lo que los cambios que afecten a la

duración o condiciones de cumplimiento de la pena también deberán ser analizados desde la óptica de su conformidad con ese principio.

La jurisprudencia del TEDH desarrollada en torno a los citados preceptos ha ejercido una influencia clara sobre la regulación legal que los Estados realizan sobre las penas indeterminadas, constituyendo el ejemplo más claro el Reino Unido. Los pronunciamientos de este Tribunal han moldeado el sistema de penas indeterminadas de ese país y, en particular, el procedimiento de revisión de la libertad condicional. Esa nación ha adaptado y modificado ciertos aspectos de su normativa para que la aplicación de las penas de prisión indeterminadas sea compatible con el Convenio.

El impacto o influencia de la jurisprudencia del TEDH también se puede apreciar en la regulación que hace el legislador español de la prisión permanente revisable. Por ejemplo, el plazo de revisión que recoge el CP en el art. 92 de 25 años es idéntico al que estableció el Tribunal de Estrasburgo en el caso *Vinter*. Así mismo, como se verá en más detalle en el capítulo tercero, apartado II, el art. 92.1 *in fine* del CP recoge expresamente para la concesión de la libertad condicional la obligatoriedad de una audiencia (cosa que no se hace respecto a la prisión ordinaria), lo que está en consonancia con lo señalado por el TEDH en relación con el art. 5.4. Sin embargo, como se explicará en detalle en el capítulo tercero, apartado II, la regulación de la PPR no cumple en su totalidad todas las garantías y límites que establece el Tribunal de Europeo.

Todas las garantías que ha ido desarrollando el Tribunal de Estrasburgo a través de su jurisprudencia, al analizar la compatibilidad de las penas de prisión indeterminadas con los derechos reconocidos en los arts. 3, 5.1.a, 5.4 y 7, servirán para valorar de forma crítica, la regulación del sistema de libertad condicional que se prevé para la PPR.

CAPÍTULO TERCERO: EL SISTEMA DE REVISIÓN DE LAS PENAS INDETERMINADAS Y LA CONCESIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL EN EL REINO UNIDO Y ESPAÑA

I. REINO UNIDO

1. Introducción

Como ya se adelantó en el capítulo primero, apartado II, al explicar el sistema de penas indeterminadas existentes en el Reino Unido (concretamente en Inglaterra y Gales), el término cadena perpetua o pena indeterminada, por lo general, no significa que la persona permanecerá en la cárcel durante toda la vida. En un momento dado se llevará a cabo una evaluación sobre si es oportuna o no la puesta en libertad del preso, lo que evitará una posible vulneración del art. 3 y 5 del CEDH. La concesión de la libertad condicional de las personas sometidas a una pena indeterminada nunca es automática, sino que depende de la valoración que haga un comité específico de la Junta de Libertad Condicional (*Parole Board*)¹²⁷¹.

Este apartado está dedicado precisamente a explicar el procedimiento de revisión de la pena indeterminada que se sigue en el Reino Unido, cuya finalidad es determinar si procede o no conceder la libertad condicional¹²⁷². Para ello, será necesario también hacer referencia a los pronunciamientos del TEDH que han influido de manera determinante en la regulación de ese procedimiento y a los cambios que se han producido como consecuencia de ello. El conocimiento del sistema inglés nos permitirá tener un modelo de referencia a la hora de estudiar el procedimiento que ha previsto el legislador español para la nueva pena de PPR (al que me referiré en el siguiente apartado II). De esta forma, podremos ir distinguiendo cuáles son las particularidades o características de aquel sistema que pueden ser valiosas para la PPR.

Como se podrá observar, destaca la gran cantidad de reformas que se han llevado a cabo sobre aspectos tan importantes como la forma que ha de tener la revisión (si el caso se ventilará sobre el papel o se deberá realizar una audiencia) o la composición del órgano que se encarga de evaluar la procedencia o no de la libertad condicional. Todo ello, dificulta considerablemente la comprensión del sistema de evaluación.

¹²⁷¹ En lo sucesivo, de forma alternativa, JLC o Junta de Libertad Condicional. Ese órgano funciona con comités, siendo el comité de cadena perpetua discrecional (*Discretionary Lifer Panels*) la encargada de valorar la libertad condicional de las personas sujetas a una pena indeterminada y a la pena extendida. Sobre la creación y modo de funcionamiento de estos comités nos pronunciaremos *infra* apartados 3 y 4.

¹²⁷² También nos referiremos a la pena extendida, aunque ésta sea una pena determinada, ya que su imposición, al igual que las penas indeterminadas (salvo la cadena perpetua preceptiva), dependen de la peligrosidad del sujeto y su puesta en libertad también depende de la evaluación que realice el comité. Para mayor información, véase *supra*, capítulo primero, apartado II.

En cuanto a la estructura de este apartado, se comenzará explicando qué órgano ostenta la competencia para revisar la pena de prisión y conceder la libertad condicional: la Junta de Libertad Condicional. Para ello, se hará una breve referencia histórica al momento en que ésta se creó y se especificará qué funciones tiene en la actualidad. Posteriormente pasará a mencionar quiénes componen ese órgano y las normas que rigen su funcionamiento. Finalmente, me centraré en el estatus jurídico para dar a conocer las críticas que se aducen respecto a su independencia y carácter judicial.

El segundo apartado está dedicado al impacto que han tenido las diversas sentencias pronunciadas por el Tribunal de Estrasburgo en el desarrollo y modificación del procedimiento de concesión de la libertad condicional. El tercer bloque se dedicará a describir el proceso hacia la libertad condicional, para lo cual se explicará, en primer lugar, la revisión pre-tarifa que se produce antes de finalizar el plazo mínimo establecido en la pena indeterminada y cuyo objetivo es valorar la procedencia o no de la concesión del régimen abierto (el equivalente al tercer grado español) y, en segundo lugar, la revisión post-tarifa, que se produce al finalizar el plazo mínimo con el fin de decidir si se concede o no la libertad condicional.

Como últimos dos apartados se expondrá, por una parte, cuál es la duración y el régimen de libertad condicional que debe cumplir la persona a la que ha sido concedida y, por otra, en qué casos puede producirse la revocación y qué procedimiento debe seguirse.

2. Órgano competente para otorgar la libertad condicional: la Junta de Libertad Condicional

Este apartado destinado al órgano que tiene la competencia para revisar la condena y conceder la libertad condicional se divide en cuatro partes. En el primero se realiza un repaso histórico, para posteriormente explicar cuáles son las funciones que ostenta en la actualidad. En el segundo, se hace mención a los miembros que forman parte de dicho órgano y, en el tercero, a las normas dictadas para regular su funcionamiento. En cuarto y último lugar, se ponen de manifiesto las críticas vertidas sobre la naturaleza jurídica de dicho órgano y su relación con el poder ejecutivo (la Administración).

A. Breve referencia histórica

Históricamente, la decisión de liberar a una persona condenada a cadena perpetua quedaba enteramente a discreción de la Secretaría de Estado, el equivalente a un ministro

del gobierno¹²⁷³ (quien también determinaba el período mínimo a cumplir antes de poder optar a la libertad condicional).

Una fecha clave fue 1967, cuando el gobierno consideró que la decisión de liberar a un preso podía ser ayudada por el consejo de un cuerpo de expertos. Así, el Parlamento creó la Junta de Libertad Condicional, en virtud de la Ley de Justicia Criminal de 1967¹²⁷⁴. En los primeros años desde su creación, la JLC sólo hacía recomendaciones sobre la puesta en libertad de los presos, pero todos los casos estaban sujetos al veto ministerial: La Secretaría de Estado era quien tenía la última palabra¹²⁷⁵. Por lo tanto, la JLC era un órgano consultivo o asesor¹²⁷⁶.

Otra etapa importante comenzó en 1991, cuando la JLC ganó más poderes. Se crearon los comités de cadena perpetua discrecional¹²⁷⁷ que, en ese momento, serían los comités específicos encargados de valorar si procede conceder la libertad condicional únicamente de algunos tipos de cadena perpetua (es decir, de las revisiones post-tarifa) y empezaron a celebrarse las audiencias orales (más parecidas a las de un tribunal). A lo largo de los años, este procedimiento se amplió para cubrir los casos de todas las personas condenadas a cadena perpetua y a las que se les revocaba su libertad condicional¹²⁷⁸. Este cambio se produjo como consecuencia de una serie de sentencias dictadas por los tribunales nacionales y, sobre todo, por el tribunal de Estrasburgo, las cuales propiciaron la pérdida de poder que ostentaba la Secretaría de Estado para establecer las tarifas y decidir sobre la concesión de la libertad condicional (esta evolución se explicará de forma más detallada *infra* apartado 3). Por tanto, la Junta de Libertad Condicional no siempre ha tenido poder de decisión sobre las penas de cadena perpetua, ya que la potestad acerca de éstas ha estado durante años en manos de la Secretaría de Estado.

La función de la Junta de Libertad Condicional ha cambiado de forma significativa a lo largo del tiempo desde su creación en el año 1967. Actualmente, es el órgano encargado de decidir la concesión de la libertad condicional de todas las penas de prisión indeterminadas¹²⁷⁹ y de las penas extendidas, así como también la concesión de la libertad

¹²⁷³ Como se ha indicado en el capítulo primero, apartado II, nota al pie 629, la denominación Secretaría de Estado equivale a nuestro Ministro de Justicia. Una vez fue creado el Ministerio de Justicia en 2007, aquél pasó a estar encabezado por “la Secretaría de Estado para Justicia” y el *Lord Chancellor*. Nosotros utilizaremos el término Secretaría de Estado.

¹²⁷⁴ Arts. 59-62 de la Ley de Justicia Penal de 1967.

¹²⁷⁵ VAN ZYL y APPLETON, “Life imprisonment in England and Wales”, p. 226.

¹²⁷⁶ Según el art. 61.1 de la Ley de Justicia Penal de 1967, la función de la JLC era puramente consultiva, ya que ese órgano recomendaba la libertad condicional, pero la Secretaría de Estado podía no aceptar dicha recomendación. En el caso de la cadena perpetua preceptiva esto fue así hasta 2003.

¹²⁷⁷ En lo sucesivo, de forma alternativa, los comités o los comités de cadena perpetua discrecional. El nombre original es *Discretionary Lifer Panels*.

¹²⁷⁸ PADFIELD, “England and Wales”, p. 104.

¹²⁷⁹ Las penas indeterminadas incluyen las penas de cadena perpetua (preceptiva, discrecional, automática y las penas “*Her Majesty’s Pleasure*”), y las penas IPP antes de su abolición en 2012. Para mayor información sobre la regulación

de aquellos cuya libertad condicional ha sido revocada¹²⁸⁰. Por tanto, las personas condenadas a penas indeterminadas y a penas extendidas solo son puestas en libertad por orden de la Junta de Libertad Condicional, después de haber cumplido por completo el plazo mínimo y, a menudo, muchos años más tarde de ese plazo¹²⁸¹.

B. Reglas e instrucciones que emite la Secretaría del Estado para el funcionamiento de la JLC

La Secretaría de Estado puede aprobar reglas y emitir instrucciones¹²⁸² a la JLC en base a las facultades que le otorga la ley¹²⁸³. Las reglas tratan cuestiones procedimentales, por ejemplo, cómo debe llevarse a cabo la revisión post-tarifa (si mediante audiencia o sobre el papel), los testigos que pueden participar en las vistas orales o la composición de los comités. Las instrucciones, por su parte, versan acerca de cuestiones que deben ser tenidas en cuenta a la hora de desempeñar las funciones, es decir, proporcionan una orientación en cuanto a la manera en que la toma de decisión debe estar argumentada (por ejemplo, qué información o factores debe tener en cuenta) y cómo deben llevarse a cabo las vistas orales¹²⁸⁴.

En cuanto a las Reglas sobre la Junta de Libertad Condicional, éstas no fueron aprobadas hasta el 31 de agosto de 1992 (*Parole Board Rules* 1992). Parece que los temores del partido de la oposición de ese momento sobre la redacción de aquéllas estaban bien fundadas, ya que la Ley no preveía nada acerca de que tuvieran que ser objeto de control Parlamentario, ni tampoco que tuvieran rango de ley¹²⁸⁵. Las Reglas sobre la JLC se elaboran y se publican por la Secretaría de Estado y hasta el 2009 no se hacía referencia a un comité de reglas o de orientación exterior¹²⁸⁶. Las que actualmente están en vigor

de éstas, véase capítulo primero, apartado II. La JLC también decide la libertad condicional de las personas que cumplen algunos tipos concretos de penas determinadas (véase *PB Annual Report 2015-2016*, p. 8).

¹²⁸⁰ Véase entre otros, PADFIELD, “A new chapter”, p. 379; y de la misma, “Public protection”, p. 119.

¹²⁸¹ PADFIELD, “Recalling”, p. 36. Señala la misma autora en otro artículo, “A new chapter”, p. 380, que la JLC ya no publica datos de importancia como el número de personas condenadas a cadena perpetua a las que se denegó la libertad condicional o el número de años que han transcurrido en prisión tras cumplir la tarifa. Igualmente, es difícil encontrar datos sobre las razones de la revocación. Sin embargo, considera que ésta puede ser una crítica injusta, porque la pregunta que surge es si este órgano está financiado para elaborar esas estadísticas.

¹²⁸² Los términos originales son: *rules* y *directions*. Son instrumentos normativos que emanan del Gobierno y, más concretamente, del Ministerio de Justicia, con cierta equivalencia a las órdenes ministeriales en España. Como hemos indicado más arriba, con anterioridad a la creación de ese Ministerio, el poder para emitir esas normas estaba en manos de la Secretaría de Estado.

¹²⁸³ El poder para aprobar reglas deriva del art. 239.5 de la Ley de Justicia Penal de 2003 (anteriormente, art. 32.5 de la Ley de Justicia Penal de 1991), y el de las instrucciones, del art. 239.6 (anteriormente el art. 32.6). A esta Ley nos hemos referido en el capítulo primero, apartado II al hablar del conjunto de penas existentes en el Reino Unido (Inglaterra y Gales).

¹²⁸⁴ THORNTON, “Current practice”, pp. 137 y 140.

¹²⁸⁵ PADFIELD, *Beyond the Tariff*, p. 77.

¹²⁸⁶ Desde 2009, todas las reglas aprobadas por la Secretaría de Estado se remiten al Parlamento, concretamente al *Joint Committee on Statutory Instruments* (cuyos miembros son elegidos de las dos cámaras del Parlamento), para que éste decida sobre la calidad técnica del instrumento que se le presenta. A modo ilustrativo, véase el informe realizado por ese comité sobre las reglas de la JLC de 2011 (HOUSE OF LORDS, HOUSE OF COMMONS, JOINT COMMITTEE ON STATUTORY INSTRUMENTS. *Thirty-ninth Report of Session 2010-12*, 2012, pp. 4-5).

fueron emitidas en el año 2016¹²⁸⁷. Sobre las diferentes reglas que han estado en vigor y su contenido, me centraré *infra*, apartado 4.

En relación con las instrucciones que también son emitidas por la Secretaría de Estado, hasta el año 2013 existían tres sobre los siguientes asuntos: la concesión y revocación de la libertad condicional de las personas condenadas a penas indeterminadas, sobre la libertad condicional de las personas condenadas a penas determinadas y, por último, sobre la recomendación del traslado del preso al tercer grado o condiciones abiertas¹²⁸⁸. Sin embargo, en julio de ese año el ejecutivo retiró todas las instrucciones, salvo las relativas a la consideración de la idoneidad para el traslado del preso a condiciones abiertas¹²⁸⁹. Como consecuencia de ello, la JLC emitió su propia guía para reemplazar las instrucciones relativas a libertad condicional, titulada Guía sobre las vistas orales de la JLC (*Parole Board Oral Hearings Guide*, 2014)¹²⁹⁰. Como el propio nombre del documento indica es una guía en la que se da información y orientación a los miembros de la JLC sobre cómo deben realizarse las vistas orales.

En una declaración ministerial que emitió la Secretaría de Estado por escrito unos meses antes de proceder a retirar todas las instrucciones (a excepción de la relativa al traslado al régimen abierto) explicó que lo hacía porque la JLC había dejado de ser un órgano consultivo para ayudarle a tomar las decisiones sobre la libertad condicional, adquiriendo competencia para tomar sus propias decisiones. Por ello, consideró que era más apropiado que ese órgano estableciese su propia guía sobre la libertad condicional. Sin embargo, en materia relativa al traslado al régimen abierto, señaló que la JLC seguía prestando asesoramiento¹²⁹¹.

¹²⁸⁷ *Parole Board Rules* 2016.

¹²⁸⁸ Estas instrucciones pueden encontrarse en el anexo E de la *Parole Board Oral Hearings Guide*, 2012 (que hemos traducido como Guía sobre las vistas orales de la JLC) y también en la normativa penitenciaria, *Prison Service Order (PSO)* 4700, anexo B. Ese *PSO* se conoce también, desde 2009, como Manual sobre penas indeterminadas (*Indeterminate Sentence Manual*) y anteriormente se llamaba Manual de los condenados a cadena perpetua (*Lifer Manual*). A esta norma nos hemos referido en el capítulo I, apartado II.

¹²⁸⁹ La instrucción de 2004 sobre el traslado al tercer grado siguió en vigor hasta que en 2015 la Secretaría de Estado emitió nuevas instrucciones, quedando derogadas las primeras.

¹²⁹⁰ Las instrucciones sobre el traslado al tercer grado emitidas por la Secretaría de Estado están recogidas tanto en la Guía sobre las vistas orales de la JLC de 2012, anexo E (a la que se ha hecho referencia en la nota al pie 1281) como en la Guía de 2014, anexo J. Sin embargo, las últimas instrucciones sobre el tercer grado que actualmente están en vigor desde 2015 se encuentran en el *PSI* 22/2015, *Generic Parole Process for indeterminate and determinate sentenced prisoners*, anexo O.

¹²⁹¹ “*In its original incarnation, the Board was an advisory body which made recommendations to the Secretary of State who was responsible for the final decisions on release. It was in this context that the power for the Secretary of State to issue Directions to the Board was established. Since then, however, the Board has evolved into an independent decision-making body. I believe that it is more appropriate, therefore, for the Board to set its own guidance in relation to the application of the statutory release test that Parliament has put in place*”. Véase también ARNOTT y CREIGHTON, *Hearings*, 2014, pp. 39-40, párrafo 3.37. El *statutory release test* que se menciona en esa declaración, hace referencia a la prueba sobre la peligrosidad que debe llevar a cabo la JLC para determinar si concede o no la libertad condicional. Sobre esta cuestión, me referiré *infra*, apartado 4.B.3.2.x.

C. Composición de la Junta de Libertad Condicional

En los primeros años de funcionamiento de este órgano, se pensaba que era útil que las personas que tomaban la decisión de conceder la libertad condicional tuvieran un buen conocimiento del sistema de justicia penal sobre la valoración del riesgo. Por esa razón, en 1967 el legislador decidió que los miembros de la Junta de Libertad Condicional debían ser elegidos (aunque no de forma exclusiva), de cuatro categorías estatutarias: jueces, psiquiatras, agentes de libertad condicional y criminólogos¹²⁹². Se trata, por tanto, de un equipo más multidisciplinar en comparación con la composición de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria españoles.

Actualmente la JLC, como órgano, está compuesta por más de 200 personas¹²⁹³ y, en cuanto al número que componen concretamente los comités de cadena perpetua discrecional –a las que nos hemos referido *supra* apartado 2A-, que se encargan de la concesión de la libertad condicional de las personas condenadas a penas indeterminadas, desde 1992 (año en que fueron creados) y hasta 2009, estaban compuestos por tres miembros, que dirigían el procedimiento de audiencia. El juez era quien presidía ese comité y normalmente se incluía un psiquiatra o psicólogo. El tercer miembro podía ser un agente de libertad condicional o un criminólogo¹²⁹⁴. Sin embargo, a partir de la modificación introducida por las Reglas sobre la JLC en 2009¹²⁹⁵ ya no es necesario que sean tres los miembros de estos comités, pudiendo estar compuestos por una única persona. Así, actualmente, pueden estar compuestos de entre uno y tres miembros¹²⁹⁶, dependiendo de la complejidad del caso. Hasta la modificación introducida por las Reglas

¹²⁹² El agente de libertad condicional (*probation officer*) se describe en la legislación como una persona que tiene conocimiento y experiencia en la supervisión y el cuidado de los presos puestos en libertad. Se trata de una figura con gran tradición en el Reino Unido e inexistente en España. La relación de uno a uno entre el agente de LC y la personas puesta en libertad condicional o de quien cumple una pena comunitaria siempre ha sido el punto central de la supervisión en aquel país (Para mayor información sobre el papel que tiene esta persona y los cambios que se han producido en los últimos años, véase SHAPLAND y otros, “One-to-one supervisión”, p. 139). En cuanto al criminólogo, la ley lo describe como la persona que tiene conocimientos sobre las causas de la delincuencia y el tratamiento del delincuente. Véase Anexo 2 de la Ley de Justicia Penal de 1967: “*The Parole Board shall include among its members- (a) a person who holds or has held judicial office; (b) a registered medical practitioner who is a psychiatrist; (c) a person appearing to the Secretary of State to have knowledge and experience of the supervision or after-care of discharged prisoners; and (d) a person appearing to the Secretary of State to have made a study of the causes of delinquency or the treatment of offenders*”. Posteriormente, también se sumaron miembros independientes, personas con experiencia por haber trabajado en el sistema de justicia penal. Pueden haber sido magistrados, haber trabajado con la policía, en prisión o en agencias de voluntarios o ser abogados cualificados. SHUTE, “Parole”, p. 29.

¹²⁹³ Véase el Informe anual de la JLC 2015-2016, pp. 81 y ss., para conocer los nombres y la experiencia profesional de esas 200 personas. Cuando la Junta fue creada en 1967, constaba de 17 miembros en total. Un presidente y otros 16 miembros: 4 jueces, 2 psiquiatras, 2 agentes de libertad condicional, 2 criminólogos y 6 miembros independientes (Véase *Report of the Parole Board for 1968*, p. 5). Cuarenta años más tarde, en 2007, los miembros aumentaron hasta los 145, casi la mitad de los cuales eran miembros independientes y la otra mitad estaba compuesta por jueces (26%), psiquiatras (10%), agentes de libertad condicional (12%) y criminólogos (3%). Véase Informe anual de la JLC 2007-2008, pp. 88-100. La composición actual de la Junta es similar a la de 2007.

¹²⁹⁴ PADFIELD, *Beyond the Tariff*, p. 88.

¹²⁹⁵ *PB (Amendment) Rules 2009*.

¹²⁹⁶ Este cambio se produjo con las Reglas de 2009, las cuales modifican las reglas de 2004. En concreto el punto 5.b.ii modifica la regla 3.3 para cambiar así la composición del comité que realiza las audiencias, pasando de estar constituido por tres miembros a poder estar constituido por uno o más.

sobre la JLC de 2014, el comité solía estar presidido por un miembro del ámbito judicial (juez), pero esa exigencia ha sido eliminada¹²⁹⁷. En cuanto a los otros dos miembros, normalmente se incluyen un psicólogo o psiquiatra (cuando las circunstancias lo requieren), y el tercero suele ser normalmente un miembro independiente o un agente de libertad condicional¹²⁹⁸.

D. Estatus jurídico: dudas sobre su independencia y carácter judicial

Como se ha explicado anteriormente, en 1967 el gobierno estimó que la decisión de liberar a un prisionero podría ser apoyada por un consejo compuesto por un grupo de expertos, naciendo así la Junta de Libertad Condicional.

En sus comienzos, en el año 1967 y hasta 1991, la Junta era simplemente un órgano consultivo¹²⁹⁹, sólo podía hacer recomendaciones a la Secretaría de Estado en relación con las penas de prisión (tanto indeterminadas como determinadas) y sólo cuando ésta había decidido remitirle el caso. En cuanto a las cadenas perpetuas, la Secretaría de Estado tenía discrecionalidad total para fijar la tarifa y también para decidir acerca de la libertad condicional. La única función estatutaria que correspondía a la JLC era que, ante una posible concesión de la libertad condicional por parte del ejecutivo de una persona que cumplía una cadena perpetua, esa decisión tenía que ser sometida a su consideración, ya que, tras la abolición de la pena capital en 1965, la Secretaría de Estado no podía conceder la libertad condicional a una persona condenada a cadena perpetua, a menos que hubiera recibido primero una recomendación positiva por parte de aquel órgano. Sin embargo, el ejecutivo no estaba obligada a seguir dicha recomendación y podía negarse a liberar a ese preso sin dar ninguna razón sobre el porqué de tal decisión. Las únicas recomendaciones que sí debían ser obligatoriamente respetadas eran las relativas a los casos de revocación: Si la JLC decidía que la revocación no era correcta y recomendaba la puesta en libertad inmediata, esta decisión debía ser respetada por el ejecutivo¹³⁰⁰.

Cuando se creó la Junta, estaba muy claro que no había necesidad -o intención- de que fuera algo más que un brazo administrativo adicional de la Secretaría de Estado. La concepción legal de que la libertad condicional era sólo un acto de misericordia del ejecutivo y el papel meramente consultivo de la Junta en ese proceso (aunque sus

¹²⁹⁷ Véase modificación nº 3 de las *Parole Board (Amendment) Rules* 2014, que modifican la regla 5.4.b de las Reglas sobre la JLC de 2011.

¹²⁹⁸ SHUTE, "Parole", p. 30 y *PB Annual Report 2015-2016*, p. 9.

¹²⁹⁹ PADFIELD, "Amending", p. 691.

¹³⁰⁰ Véase la Ley de Justicia Penal de 1967, arts. 61 y 62.

decisiones fueran vinculantes en casos de revocación), se reflejaba en las preocupaciones expresadas por la Junta en los Informes Anuales¹³⁰¹.

Los procedimientos seguidos en las solicitudes de libertad condicional desde la creación de la Junta, hasta después de la entrada en vigor de la Ley de Justicia penal de 1991, estaban lejos de ser considerados judiciales, a pesar de la participación de los jueces, y actualmente son irreconocibles a la luz de las garantías procesales que se han desarrollado desde entonces. Las decisiones relativas a la liberación inicial se efectuaban sobre el papel, sin previa audiencia, y no se divulgaba el material sobre el que se había basado la decisión y, por consiguiente, no existía oportunidad real de hacer alegaciones. Además, tampoco se motivaban las decisiones tomadas (excepto en los casos de revocación)¹³⁰².

En los últimos años, un gran número de decisiones tomadas por el TEDH obligó a adoptar medidas, en aras a dotar a la Junta de un carácter más similar al de un órgano judicial (a los que me referiré en el siguiente apartado). Sin embargo, a pesar de ello, muchos continúan pensando que la Junta sigue sin ser un tribunal independiente¹³⁰³. El presidente de la JLC (2004-2007), Duncan, ya había afirmado en 2007 que “Nuestro principal objetivo es el mismo que tiene un tribunal judicial en las audiencias públicas, sin embargo, nuestro estatus jurídico es el de un organismo público ejecutivo no ministerial, patrocinado por el Ministerio del Interior”¹³⁰⁴. También los propios tribunales nacionales han emitido sentencias en las que reconocen que la JLC no es un tribunal independiente¹³⁰⁵.

Son varios los elementos o características que hacen cuestionar la independencia de este órgano. La Secretaría de Estado ha sido parte en todos los procedimientos de la

¹³⁰¹ CREIGHTON, “The Parole Board”, p. 110.

¹³⁰² ARNOTT y CREIGHTON, *Hearings*, 2006, p. 3.

¹³⁰³ PADFIELD, “Amending”, p. 691.

¹³⁰⁴ *Executive Non-Departmental Public Body, NDPB*. Adquirió dicha naturaleza jurídica el 1 de julio de 1996 (mediante la *Criminal Justice and Public Order Act 1994* y actualmente sigue teniendo esa naturaleza jurídica, véase: <https://www.gov.uk/government/organisations#ministry-of-justice>. DUNCAN, “Locked up?”, p.18

¹³⁰⁵ La sentencia más famosa es la del Tribunal de Apelación en el caso EWCA, *Brooke* (2008), en la que se sostuvo que este órgano no era lo suficientemente independiente de la Secretaría de Estado, tal y como se requiere en el Derecho común inglés y el art. 5.4 del CEDH. El juez Phillips, párrafo 79, concluyó que “Tanto mediante la emisión de instrucciones como mediante el ejercicio del control sobre el nombramiento de miembros de la Junta, la Secretaría de Estado ha tratado de influir en la manera en que ésta lleva a cabo su evaluación sobre la peligrosidad criminal”. Esa sentencia hizo que el Gobierno se planteara seriamente trasladar la JLC al Servicio de Tribunales, es decir, que fuera parte de ese servicio para que tuviera mayor independencia, realizando así una consulta en 2009 titulada “*The Future of the Parole Board, Consultation Paper 14/09*”. Sin embargo, señala PADFIELD, “A new chapter”, p. 380, que nada ha cambiado desde entonces.

JLC hasta 2012¹³⁰⁶ y nombra al presidente y los miembros¹³⁰⁷. También determina sus mandatos¹³⁰⁸ y es responsable de su disciplina y destitución¹³⁰⁹. Así mismo, contrata, directa o en comisión de servicios, a gran parte del personal de la Junta, entre ellos, a los que aportan pruebas a los comités, ya que éstos son los agentes de libertad condicional que son contratados por el Servicio Nacional de Gestión del Delincuente¹³¹⁰. Otra de las dificultades obvias para el funcionamiento independiente de la Junta de Libertad Condicional es que, como se ha adelantado *supra* apartado 2.B, la Secretaría de Estado tiene potestad, por ley, para aprobar las reglas y emitir instrucciones sobre el procedimiento de libertad, que la Junta debe tener en cuenta en el desarrollo de sus funciones¹³¹¹. Como señaló el Juez Walker del *High Court* en el caso *Girling* (2005), es difícil entender “cómo pueden considerarse apropiadas las instrucciones emitidas por la Secretaría de Estado cuando la JLC está cumpliendo una función jurisdiccional y, sobre todo, cuando esa función requiere que la Junta resuelva una disputa entre el Ministerio de Justicia, por un lado, y el prisionero por otro”¹³¹².

3. El impacto de la jurisprudencia del TEDH sobre el procedimiento de concesión de la libertad condicional

Como se ha señalado anteriormente, la JLC como órgano y su función respecto a las penas indeterminadas se ha ampliado inmensamente desde que fue creada en 1967. Tradicionalmente, el Gobierno detentó la potestad absoluta para decidir si se debía permitir al prisionero salir en libertad, pero a lo largo de los años ese poder fue pasando a manos de la Junta. Estos cambios se han producido, en gran parte, como resultado del

¹³⁰⁶ THORNTON, “Current practice”, pp. 139-140. Aunque me referiré al papel del ejecutivo en el procedimiento de concesión de la libertad condicional, *infra* apartado 4.B.3.2.2, cabe adelantar que en los primeros años de la creación de los comités de cadena perpetua discrecional el ejecutivo emitía su opinión de forma verbal en la vista oral, pero más tarde empezó a presentar simplemente un breve escrito sobre la procedencia o no de la libertad condicional. Actualmente, ya no emite una opinión de forma rutinaria y no está representada en las audiencias orales (véase el *PSI* 36/2012, párrafo 3.43 y confirmado por el *PSI* 22/2015, párrafo 3.52).

¹³⁰⁷ Ley de Justicia Penal 2003, *anexo* 19, párrafo 2.1.

¹³⁰⁸ Antes los nombramientos los hacía por períodos más cortos (tres años), que los dos períodos sucesivos de cinco años que se consideran convenientes para los tribunales (DUNCAN, “Locked up?”, p.18); actualmente lo hace por períodos de 5 años (ARNOTT y CREIGHTON, *Hearings*, 2014, p. 7, párrafo 1.13).

¹³⁰⁹ THORNTON, “Current practice”, p. 140.

¹³¹⁰ Este servicio (nombre original: *National Offender Management Service, NOMS*) es una Agencia ejecutiva del Ministerio de Justicia, llamada desde abril de 2017 *Her Majesty's Prison and Probation Service*. Como señala el informe anual de este servicio, 2016-2017, p. 3: “*Our role is to commission, provide and regulate the delivery of offender management services in the community and in custody ensuring best value for money from public resources. We work to protect the public and reduce reoffending by delivering the punishment and orders of the courts and supporting rehabilitation by helping offenders to reform their lives.*”

¹³¹¹ Ley de Justicia Penal de 2003, art. 239. 5 y 6

¹³¹² EWHC, *Girling*, párrafo 71. El Juez concluyó que no era apropiado que aquel tuviese ese poder en los casos en que la Junta ejerce sus poderes judiciales y está obligada por el art. 5.4 a actuar como órgano judicial. Sin embargo, añadió que no había nada incorrecto en que el Ministerio de Justicia emitiese instrucciones a la Junta en el desempeño de sus funciones no judiciales, es decir, las de asesoramiento, donde no hay necesidad de que la Junta actúe como un tribunal independiente. Esta sentencia fue posteriormente recurrida al *Court of Appeal* por la Secretaría de Estado en los términos que se explicarán *infra* B.3.2.2.b).

impacto que han tenido las interpretaciones realizadas por el TEDH sobre el art. 5.4 CEDH en relación con las penas indeterminadas. En este apartado haré referencia a la evolución producida hacia la progresiva judicialización del procedimiento de libertad condicional, explicando cuáles fueron las sentencias clave y de qué manera fueron transformando el procedimiento a seguir en el caso de las penas indeterminadas.

A modo de síntesis, estas decisiones del TEDH establecieron de manera concluyente que la privación de libertad tras la finalización de la pena mínima en el caso de esas penas se justifica únicamente por puras razones de protección pública. Por ello, en virtud del art. 5.4 CEDH, la prolongación más allá de ese periodo mínimo debe ser revisada periódicamente y esa revisión debe ser realizada por un órgano que tenga carácter judicial, lo que exige que sea independiente del ejecutivo y de las partes, y que tenga el poder de decidir y ordenar la puesta en libertad de cualquier preso que considere que su continuación en prisión ya no es necesaria para la seguridad o protección ciudadana. Como consecuencia de lo anterior, el poder del ejecutivo para conceder la libertad condicional fue desplazándose a la JLC, que ya no actuaría como órgano consultivo, sino que tendría poder para tomar decisiones vinculantes. Esta judicialización del proceso de libertad condicional se produjo de forma gradual.

La JLC llevaba en funcionamiento 24 años (desde 1967, fecha de su creación, hasta 1991) antes de que se le concediera, por vez primera, poder para decidir acerca de la libertad condicional de las penas indeterminadas. Esta extensión se produjo tras dos decisiones del Tribunal de Estrasburgo en los casos *Weeks c. Reino Unido* (1987) y *Thynne c. Reino Unido* (1990), aunque en un primer momento, dicha extensión sólo alcanzó a la cadena perpetua discrecional¹³¹³. El TEDH afirmó que la cadena perpetua discrecional estaba compuesta por dos fases diferenciadas: una primera, que tenía una finalidad punitiva y otra segunda, cuya finalidad era la protección o la seguridad de la sociedad, siendo la primera representada por la tarifa. Una vez cumplida la parte punitiva, los demandantes tenían derecho, en virtud del art. 5.4 CEDH, a iniciar un proceso para determinar la legalidad de la prolongación de su privación de libertad, lo cual debía ser examinada por un tribunal con capacidad para tomar una decisión vinculante, de la que la JLC en aquel momento carecía¹³¹⁴.

¹³¹³ Se dio efecto a este cambio mediante el art. 34.3.b de la Ley de Justicia Penal de 1991. En ese artículo se reconoció el poder de la JLC para ordenar la libertad condicional de las personas condenadas a cadena perpetua discrecional. Esa ley fue la que introdujo los cambios del régimen de libertad condicional de las personas condenadas a cadena perpetua discrecional tras el pronunciamiento del Tribunal en el caso *Thynne*.

¹³¹⁴ TEDH, *Weeks c. Reino Unido*, párrafos 58 y 68; y TEDH, *Thynne c. Reino Unido*, párrafos 76 y 80. Ambas sentencias han sido estudiadas en profundidad en el capítulo segundo, apartado II.

En los siguientes años, debido a otras sentencias que dictó el Tribunal de Estrasburgo, este razonamiento alcanzó a diferentes penas. En 1997, tras el caso *Hussain c. Reino Unido* (1996) y *Singh c. Reino Unido* (1996), la JLC adquirió el poder para decidir sobre la libertad condicional de la cadena perpetua preceptiva para jóvenes (de entre 10 y 17 años)¹³¹⁵. Finalmente, fue en mayo de 2002, tras el pronunciamiento del TEDH en el caso *Stafford c. Reino Unido* cuando este proceso alcanzó el climax, al sostener ese tribunal que la potestad que tenía la Secretaría de Estado para denegar la concesión de otorgar la libertad condicional, a pesar de que la JLC la hubiese recomendado en relación con una cadena perpetua preceptiva, constituía una violación del art. 5.4 CEDH¹³¹⁶. Así, en 2003, la JLC obtuvo también el poder para autorizar la libertad condicional de las personas condenas a esas penas. Finalmente, en 2005, ese poder se amplió a las penas de prisión para la protección pública (IPP) cuando fueron introducidas ese año¹³¹⁷. Como resultado de la anterior evolución, en la actualidad, la continuación en prisión más allá del periodo punitivo de todos los condenados a penas indeterminadas corresponde a la JLC.

Tras las dos sentencias que marcaron el inicio hacia la conquista del poder de la JLC para tomar las decisiones relativas a la libertad de las personas condenadas a penas indeterminadas, *Weeks* (1987) y *Thynne* (1990), el Gobierno tuvo considerables dificultades para decidir cómo responder a la inesperada declaración por parte del TEDH que le obligaba a dotar a aquel órgano de carácter judicial. Finalmente, en una etapa tardía en la aprobación de la Ley de justicia penal de 1991, anunció que la JLC ostentaría el poder para decidir en los casos de cadena perpetua discrecional. Sin embargo, como se puede apreciar en la declaración del Ministerio del Interior en el Parlamento, cuando se introdujeron las disposiciones necesarias para acomodar la Ley a lo que había dicho el TEDH, el carácter de la Junta debía ser doble: por un lado, como órgano jurisdiccional con poder para decidir acerca de la libertad condicional mediante una audiencia en los casos de cadena perpetua discrecional y, por otro, como un órgano consultivo del ejecutivo para el resto de las funciones¹³¹⁸. Por tanto, cada ampliación gradual de las facultades de la Junta en relación con los casos de cadena perpetua, era tratada como una

¹³¹⁵ El nombre original es *Detention During Her Majesty's Pleasure* y, como se explicó en el capítulo primero, apartado II, se aplica a quien tiene, al menos 10 años y no llega a los 18 en el momento de cometer los hechos. La ampliación del poder de la JLC sobre estas penas se materializó mediante el art. 28 de la Ley sobre el Crimen de 1997. Ese artículo ha reemplazado y reproducido, en gran parte, el art. 34 de la Ley de 1991. Un año más tarde, en 1998, ese poder se extendió a la cadena perpetua automática.

¹³¹⁶ La ampliación del poder de la JLC respecto a estas penas se produjo mediante el art. 275 de la Ley de Justicia Penal de 2003 (que modifica el art. 28 de la Ley de 1997).

¹³¹⁷ Esa extensión no se produjo tras otro pronunciamiento concreto del TEDH sobre esas penas, sino por modificación de la ley nacional, en concreto, mediante los arts. 225(4) (para adultos) y 226(4) (para menores de 18 años) de la Ley de Justicia Penal de 2003.

¹³¹⁸ THORNTON, "Current practice", p. 133.

expansión mínima de su función como órgano jurisdiccional, sin que afectase a su principal cometido como órgano consultivo.

Concretamente la sentencia *Thynne* impulsó cambios profundos en el sistema de libertad condicional en el Reino Unido, siendo uno de los principales la creación de los comités de cadena perpetua discrecional que fueron introducidos por la Ley de Justicia Penal de 1991¹³¹⁹. Así mismo, el 1 de octubre de 1992 entraron en vigor las Reglas sobre la Junta de Libertad Condicional (*Parole Board Rules 1992*), según las cuales los procedimientos llevados a cabo por los comités debían respetar o cumplir con una serie de garantías a la hora de decidir si se concede o no la libertad condicional a las personas condenadas a cadena perpetua discrecional. Esas garantías eran las siguientes: la celebración de una vista oral, acceso a todas las pruebas que se presenten ante la JLC, representación legal, derecho a llamar a testigos y a interrogar (o conainterrogar) a aquellos que han elaborado los informes sobre la persona interna. Éstas fueron ampliándose de forma progresiva, a cada pronunciamiento del TEDH, a las demás categorías de penas indeterminadas, mediante la introducción de nuevas Reglas sobre la JLC que regulan el procedimiento de concesión de la libertad condicional. Así, en 2004, todas las demás categorías de penas indeterminadas tenían derecho a una a una vista oral y al resto de garantías que se han señalado.

Como se ha podido observar, la interpretación del CEDH ha proporcionado un instrumento fundamental para desafiar el papel que ostentaba la Secretaría del Estado para decidir acerca de la libertad condicional¹³²⁰. Concretamente en relación con las vistas orales, el papel del TEDH se hace evidente cuando se comparan las situaciones en las que los jueces nacionales simplemente han aplicado las normas del *common law* de equidad (*fairness*) con aquellas en las que la ley ha sido modificada por influencia del Tribunal de Estrasburgo, al declarar que el art. 5.4 era aplicable.

En el primer caso, los presos tradicionalmente han tenido derecho a exigir una audiencia sólo en circunstancias específicas, a menudo excepcionales. Se mantenía la postura de que en el *common law* no existe un derecho general a la audiencia. De hecho, incluso después de que el TEDH dijera en *Hussain* (1996) que la citada disposición era aplicable también a la cadena perpetua preceptiva para jóvenes, los Tribunales ingleses rechazaron, a la espera de los cambios legislativos tras la sentencia de Estrasburgo,

¹³¹⁹ ELLIOTT, “Parole Board”, p. 48. Hubo mucha actividad en la Junta para conseguir que los nuevos comités estuvieran en funcionamiento para octubre de 1992. Estos preparativos incluyeron visitas a los Tribunales de Revisión de la Salud Mental (*Mental Health Review Tribunals*) como precursor de la redacción de las Reglas de la Junta de libertad condicional de 1992.

¹³²⁰ ELLIOTT, “Parole Board”, pp. 46-47 y 53.

mantener que las vistas orales debían preceder las decisiones de libertad condicional en esos casos¹³²¹.

Lo anterior contrasta con el enfoque del art. 5.4 basado en categorías: siempre que el caso corresponda a una de las categorías de penas a las que se aplica dicho precepto, la vista oral se aplica automáticamente. Por eso, las sentencias emblemáticas del TEDH que extienden el art. 5.4 a las decisiones de libertad condicional relativas a las penas indeterminadas impulsaron profundas reformas en el procedimiento seguido por la JLC, provocando un cambio del *common law*, donde las vistas orales solo procedían cuando eran necesarias (generalmente, solo en circunstancias excepcionales) a una situación en la que llegaron a ser la norma¹³²². Respecto a la celebración de las vistas o volveremos a referirnos a ellas, *infra* apartado 4.B.3.2, para explicar, con mayor profundidad, la evolución que se ha producido y cuál es la situación actual.

Por todo lo expuesto, se puede concluir que el TEDH ha jugado un papel fundamental en el aumento de las garantías procedimentales aplicables a las decisiones de libertad condicional. Como sostiene ELLIOT, es muy poco probable que en ausencia del art. 5.4 CEDH el derecho a una audiencia estuviera tan extendido como lo está en la actualidad¹³²³.

4. El proceso hacia la libertad condicional

En el proceso hacia la libertad condicional hay dos momentos importantes que tienen una influencia directa sobre la posibilidad de alcanzarla. El primero es cuando se valora y decide si procede trasladar al preso a un régimen abierto (revisión pre-tarifa) y la segunda, cuando se decide conceder o no la libertad condicional (revisión post-tarifa). En los siguientes dos apartados (A y B) me centraré en los procedimientos que se siguen para valorar esas dos cuestiones.

¹³²¹ ELLIOTT, “Parole Board”, pp. 53-54.

¹³²² ELLIOT, “Parole Board”, p. 54. Otro cambio que demuestra la influencia de la jurisprudencia del TEDH es la relativa a las razones que debe dar la JLC cuando deniega la libertad condicional. Los tribunales ingleses siempre han rechazado el argumento de que ese órgano estuviera obligado a justificar su decisión no favorable a la libertad condicional (*Payne c. Lord Harris of Greenwich*, 1981; EWHC, *Gunnell*, 1984; EWHC, *Bradley*, 1991). El punto de inflexión fue el caso EWHC, *Wilson*, 1992, en la que el Tribunal de Apelaciones sostuvo que el demandante tenía derecho a saber por qué en su última revisión no se había recomendado su libertad condicional. Sin embargo, hay que señalar que el Tribunal fue persuadido para apartarse de su jurisprudencia anterior debido, en parte, a que en un caso resuelto por el TEDH dos años antes, el caso *Thynne* (1990), que fue traído a colación por el recurrente), el Tribunal de Estrasburgo, sostuvo que los procedimientos de la JLC en los casos de cadena perpetua discrecional que no cumplieren con los requisitos de una audiencia y la divulgación de la información, suponía una violación del art. 5.4 del CEDH (TEDH, *Thynne c. Reino Unido*, párrafo 28-30 y 80).

¹³²³ ELLIOT, “Parole Board” p. 55.

A. La revisión pre-tarifa y la recomendación sobre el traslado al régimen abierto.

Tres años (o tres y medio) antes de que la pena mínima sea cumplida, tendrá lugar la primera revisión del caso ante un comité ordinario. Hay que subrayar que la práctica de remitir los casos por parte de la Secretaría del Estado al comité es solo una cuestión de política, ya que no hay ninguna obligación legal de proceder a esa remisión antes de que finalice la tarifa¹³²⁴. El objetivo de esta revisión es dar la posibilidad al comité para que recomiende el tercer grado o régimen abierto si lo considera necesario, y así, el preso pueda ser evaluado para la libertad condicional¹³²⁵ una vez haya cumplido la pena mínima¹³²⁶. No se trata de una revisión completa, pero tiene importantes implicaciones para el interno.

Es también importante recalcar que, aunque el comité en esta primera revisión puede aconsejar a la Secretaría de Estado sobre la progresión de grado de los prisioneros de un régimen cerrado a uno abierto, el comité no tiene poder de decisión sobre este punto: la decisión recae sobre la Secretaría de Estado. El art. 5.4 CEDH no se aplica a las revisiones pre-tarifa, por lo que la remisión por parte del ejecutivo al comité es sólo para conocer la opinión de este último sobre la idoneidad o no del traslado al régimen abierto. En otras palabras, para la progresión a ese régimen es necesaria la aprobación de la Secretaría de Estado¹³²⁷.

Para muchas personas que cumplen una pena indeterminada es esencial el traslado a un régimen abierto para poder tener una posibilidad realista de conseguir la libertad condicional cuando se cumpla la tarifa. Esto es importante, particularmente, para aquellas personas que tienen tarifas largas, ya que éstas necesitarán pasar un tiempo en condiciones abiertas para establecer un plan de libertad y para que puedan demostrar que se puede confiar en que cumplirán con las condiciones impuestas durante la libertad condicional¹³²⁸. En la mayoría de los casos es necesario un traslado gradual del régimen cerrado al abierto, aunque las decisiones deberán tomarse caso por caso. En términos

¹³²⁴ ARNOTT y CREIGHTON, *Hearings*, 2014, pp. 179 y 181, párrafos 8.38-8.42; y SHUTE, “Punishing murderers”, pp. 884-885.

¹³²⁵ Este sistema se asemeja al español donde, para la concesión de la libertad condicional, se exige que previamente se haya disfrutado de los permisos de salida y el 3º grado penitenciario. Es un proceso o una especie de escalera, en el que cada paso es necesario para acceder al siguiente escalón: el no disfrute de las figuras penitenciarias mencionadas dificultará la concesión de la LC. Nos centraremos en profundidad en el sistema español *infra* apartado II.

¹³²⁶ En cuanto a las personas condenadas a penas indeterminadas cuyas tarifas son muy cortas, de 3 años o menos, los plazos del procedimiento tanto pre-tarifa como post-tarifa se acortan. Así, la revisión a realizar por parte del comité puede producirse relativamente poco después de la condena y los presos tendrán prioridad para los cursos sobre comportamiento delictivo. Véase PSO 4700, capítulo 4 “*Serving the indeterminate sentence*”, 2010, párrafo 4.10.2 y PSO 6010, *Generic Parole Process*, 2009, párrafo 2.2.

¹³²⁷ ARNOTT y CREIGHTON, *Hearings*, 2014, pp. 39, párrafo 3:34, p. 178, párrafo 8:35 y p. 183, párrafo 8:49.

¹³²⁸ Véase las instrucciones aprobadas por la Secretaría de Estado en 2004 *transfer of life sentence prisoners to open conditions*, párrafo 1 y las actualmente en vigor de 2015, párrafos 1 y 2.

generales, cuanto mayor es el tiempo de custodia que debe cumplirse en prisión, es más probable que se requiera un período en condiciones abiertas¹³²⁹.

Según las últimas instrucciones emitidas en 2015 por la Secretaría de Estado, aunque se reconoce que permanecer un tiempo en régimen abierto puede ser particularmente beneficioso para aquellas personas condenadas a penas indeterminadas que han permanecido en prisión un largo periodo, se puntualiza que no en todos los casos es necesario que el preso haya pasado un tiempo en régimen abierto antes de que el comité la ponga en libertad¹³³⁰. Sin embargo, en la práctica, ha sido muy poco habitual que se conceda la libertad condicional a una persona que previamente no haya disfrutado del régimen abierto. La concesión de la libertad condicional directamente desde el régimen cerrado ha sido posible sólo en circunstancias excepcionales¹³³¹.

En el siguiente apartado se explicará cuál es el procedimiento que debe seguirse para poder tomar la decisión sobre el traslado a un régimen abierto.

A.1 El procedimiento

En cuanto al procedimiento que se sigue a la hora de decidir acerca del traslado al régimen abierto, se han producido diferentes modificaciones.

El primer cambio hace referencia a la forma que toma la revisión: revisión mediante una vista oral (*oral hearing*) o sobre el papel (*on papers*). Hasta la introducción de la nueva política de la JLC en 2007, todos los casos eran estudiados sobre el papel, es decir, a través del estudio de los informes; la persona presa no tenía derecho a ser oída en esta fase. La vista oral sólo se producía al terminar de cumplir la tarifa ante el comité de cadena perpetua discrecional¹³³².

En la actualidad, de acuerdo con esa nueva política de la JLC, aunque el preso sigue sin tener un derecho reconocido legalmente a una vista oral en esta fase pre-tarifa, si el comité considera que existen posibilidades de que el preso alcance el tercer grado, deberá

¹³²⁹ Véase el *PSO 4700*, capítulo 4, 2010, párrafo 4.8.1.

¹³³⁰ Instrucciones sobre el traslado al régimen abierto, 2015, párrafo 2. Como señala el *PSO 4700*, capítulo 4, 2010, párrafo 4.10.5, la no necesidad de transcurrir un tiempo en régimen abierto se da en los casos de personas con tarifas cortas. En esos casos en los que es probable que al cumplimiento de la tarifa se consiga la libertad condicional, no es esencial que previamente hayan pasado un tiempo en aquel régimen. El *PSO 4700* señala así: *Short tariff ISPs with tariffs of 30 months can be compared with determinates serving 4 to 5 years, 80% of whom are released from closed prisons. It is, therefore, not essential for those short tariff ISPs who are likely to be released on tariff expiry, to spend a period in open conditions, but the principle as to whether a period in open conditions is necessary is a decision which must be made on a case by case basis, taking into account the presenting circumstances.*

¹³³¹ Véase ELLIOT, "Parole Board", p. 50; y PADFIELD y LIEBLING, *Discretionary Lifer Panels*, p. 79.

¹³³² Como se ha explicado previamente, *surpa* apartado 3, el derecho a una vista oral post-tarifa, finalmente se amplió a todas las diferentes modalidades de penas indeterminadas tras el caso *Stafford c. Reino unido* en 2002. Sin embargo, como se verá *infra* apartado 4.B.3.2.2, tras las modificaciones introducidas en 2004 la vista oral no siempre se celebrará.

celebrarse una¹³³³. En otras palabras, el preso solo podrá ser trasladado al régimen abierto tras la celebración de una vista oral. Si eso sucediera, entonces el procedimiento a seguir sería similar al de las audiencias celebradas tras la tarifa (que se explicará *infra* apartado B.3.2.2). Si, por el contrario, el comité considera que la persona interna no cumple con los requisitos para alcanzar el régimen abierto, se le enviará una carta de denegación¹³³⁴. Esta misma política se aplica para las concesiones de libertad condicional post-tarifa. En consecuencia, el régimen abierto (que puede producirse tanto antes como después de cumplir la tarifa), así como la libertad condicional post-tarifa, sólo se concederán tras la celebración de una vista oral.

El segundo cambio se produjo en 2009. Hasta entonces todos los casos se remitían directamente y de forma automática a un comité de la Junta que se reunía los viernes por la mañana¹³³⁵. Esa práctica terminó en noviembre de ese año cuando se introdujo un procedimiento para filtrar los casos¹³³⁶. El objetivo de ese filtro era asegurar que solo se remiten aquellos casos en los que exista una posibilidad razonable de que el comité recomiende el traslado al tercer grado, reduciendo de esta manera la carga de trabajo de ese órgano¹³³⁷. Por tanto, sólo si hay posibilidades razonables de que el comité recomiende el tercer grado, la Secretaría del Estado le remitirá el caso a ese órgano¹³³⁸ (y éste deberá realizar una vista oral, de acuerdo con la política en vigor desde 2007).

En 2009 se produjo otro cambio más: se unificaron los procedimientos, introduciendo uno único tanto para las revisiones pre-tarifa como para las revisiones post-tarifa¹³³⁹. Las razones que motivaron esta unificación fueron dos. La primera fue la nueva política adoptada en 2007 por la JLC de realizar vistas orales en los casos en que existe una posibilidad razonable de conceder tanto el régimen abierto como la libertad condicional. La segunda fue la modificación introducida en 2009 en las Reglas sobre la JLC de 2004, en la que se eliminó el derecho a una audiencia de forma automática una vez cumplida la tarifa, que se había reconocido tras el caso *Stafford* a todas las personas

¹³³³ PAROLE BOARD, *Policy and Guidance: Lifer oral hearings*, 2007. Véase también *Parole Board Oral Hearings Guide*, 2014, capítulo 1, párrafo 2.1.1 y Anexo E, p. 83, párrafo 4.2. Esta Guía hace referencia a esa política y apunta que las decisiones sobre la concesión del régimen abierto, sea antes de cumplir la tarifa o después, deberá siempre decidirse en una audiencia.

¹³³⁴ CREIGHTON y ARNOTT, *Prisoners*, p. 496, párrafo 10.111.

¹³³⁵ PADFILED y LIEBLING, *Discretionary Lifer Panels*, p. 19 y PARTINGTON, *English Legal System*, 2017, p. 146

¹³³⁶ Ese cambio fue introducido por la *PSI 33/2009 Pre-Tariff Sift Reviews for Indeterminate Sentence Prisoners* y se confirma en la *PSI 36/2012 Generic Parole Process* (que sustituye a la anterior), y actualmente en la *PSI 22/2015*, párrafos 4.1- 4.3 (que sustituye a la *PSI 36/2012*).

¹³³⁷ ARNOTT y CREIGHTON, *Hearings*, 2014, pp. 179-180, párrafo 8.38.

¹³³⁸ Si el caso no se remite al comité, todavía cabe la posibilidad de una nueva reconsideración en caso de que se haya producido un progreso excepcional como, por ejemplo, que tras la primera revisión el preso haya completado un trabajo clave de reducción del riesgo con la consiguiente reducción de su peligrosidad. Véase *PSI 36/2012*, párrafo 4.21 y, actualmente, *PSI 22/2015*, párrafo 5.

¹³³⁹ Como consecuencia de ello se aprobó el *PSO 6010, Generic parole process*, 2009, párrafo 1.1.2.

que cumplían una pena indeterminada¹³⁴⁰. En consecuencia, al convertirse el derecho a una audiencia en una cuestión discrecional en lugar de un derecho, no había ninguna diferencia práctica entre los procedimientos pre-tarifa y post-tarifa.

De todas formas, es importante señalar que a pesar de que el procedimiento de revisión pre-tarifa y post-tarifa es el mismo, existen algunas diferencias legales. Como se ha explicado anteriormente, en el primer caso no se aplica el art. 5.4 CEDH. Tal y como ha señalado el TEDH, el control de legalidad que se reconoce en ese precepto no es posible ejecutarlo sobre el periodo anterior a la tarifa, porque ese control se entiende incorporado en la sentencia original. El traslado de un prisionero a un régimen abierto sigue considerándose una decisión que tiene relación con las condiciones de la prisión, en comparación con la decisión post-tarifa en la que lo que está en juego es la libertad¹³⁴¹. Como consecuencia de ello, la garantía consustancial a esa disposición relativa al carácter judicial que debe tener el órgano que realiza el control de legalidad, que exige que aquél sea independiente del ejecutivo y que sus decisiones sean vinculantes, no son predicables de las revisiones pre-tarifa. En otras palabras, la decisión de conceder el tercer grado antes de terminar la tarifa no está sujeta al control del Convenio¹³⁴². De hecho, en el sistema inglés, como hemos señalado, la remisión al comité es sólo para conocer su opinión respecto a la idoneidad del traslado al régimen abierto; el comité no tiene poder de decisión sobre esa cuestión. Por ello, en este tipo de revisiones en los que se decide acerca del régimen abierto, la Secretaría de Estado sigue teniendo potestad para emitir instrucciones al comité, incluido el test o la prueba de peligrosidad que debe aplicar¹³⁴³.

A. 2. Dificultades para alcanzar el tercer grado y su repercusión en la libertad condicional

Como se ha señalado en el apartado anterior, la Secretaría de Estado no está obligada a seguir la recomendación del comité y, por tanto, puede rechazar la recomendación de éste de transferir a un preso al régimen abierto. Esto supondrá una dificultad a la hora de tomar la decisión post-tarifa respecto a la libertad condicional, por

¹³⁴⁰ Esa modificación se realizó mediante las *Parole Board (Amendments) Rules* 2009, apartado nº 10, para sustituir en la regla 12 el término “*require*”, lo que permitía al preso exigir una audiencia, por el término “*request*”, lo que significa que el preso ya solo podía solicitar, pero no tenía un derecho garantizado.

¹³⁴¹ ARNOTT y CREIGHTON, *Hearings*, 2014, p. 181, párrafo 8:43.

¹³⁴² Para mayor información, véase capítulo segundo, apartado II, 4.B.

¹³⁴³ ARNOTT y CREIGHTON, *Hearings*, 2014, pp. 183-184, párrafo 8:49. Cabe señalar también que cuando se decide llevar a cabo una vista oral para decidir acerca de la concesión o no del tercer grado, según las Reglas de la JLC 2011, regla 3, no se aplicaban esas reglas a esa revisión, aunque la Junta podía elegir utilizarlas como patrón. Sin embargo, las reglas actualmente en vigor, las *Parole Board Rules 2016*, señalan que las reglas se aplican a todos los casos remitidos a la Junta, no exclusivamente a los casos de libertad condicional y de revocación como lo hacían las reglas de 2011.

no haber tenido oportunidad de evaluar al prisionero en unas condiciones abiertas¹³⁴⁴. Es muy poco probable que el preso sea puesto en libertad, incluso después de la siguiente audiencia, ya que no habrá pasado tiempo en tercer grado¹³⁴⁵.

En el estudio realizado por PADFIELD y LIEBLING, en el que observaron 52 vistas orales celebradas por los comités de cadena perpetua discrecional¹³⁴⁶, las autoras advirtieron que, aunque ese comité podía ordenar la libertad condicional, la realidad era que los presos del estudio no la conseguían, salvo que previamente hubieran estado en el régimen abierto y solo el 23% de los prisioneros de la muestra del estudio se encontraban en esa situación¹³⁴⁷.

También ELLIOT afirma que las decisiones relativas a la progresión de grado están, inextricablemente, unidas con el procedimiento de concesión de la libertad condicional. La concesión de la libertad condicional directamente desde el régimen cerrado es posible sólo en circunstancias excepcionales. Por tanto, ese autor argumenta que el requisito inherente en el art. 5.4 CEDH que señala que la libertad condicional debe decidirse por un órgano independiente que tenga poder para ordenar la puesta en libertad, solo tendrá verdadero efecto si ese órgano también tiene poder de decisión sobre la progresión de grado¹³⁴⁸. En una línea similar, PADFIELD y LIBELING, consideran que el foco no debería centrarse únicamente en el procedimiento de concesión de libertad condicional sino, más ampliamente, en todo el proceso que influye en la concesión de la libertad condicional, es decir, todo el proceso de ejecución de la cadena perpetua¹³⁴⁹.

Es particularmente importante que las personas condenadas a una cadena perpetua tengan la oportunidad de progresar dentro del sistema penitenciario hacia el tercer grado. Un factor especialmente relevante que ayuda a avanzar dentro de prisión, es el cumplimiento de los programas de rehabilitación. Si la persona interna tiene que convencer al comité para que le conceda la libertad, es fundamental que tenga la

¹³⁴⁴ ELLIOTT, "Parole Board", p. 50-51.

¹³⁴⁵ PADFIELD, *Beyond the Tariff*, p. 97.

¹³⁴⁶ PADFIELD y LIEBLING, *Discretionary Lifer Panels*, *pássim*. El estudio se realizó entre marzo y diciembre de 1999 con motivo de la introducción en 1992 de los nuevos comités de cadena perpetua discrecional para analizar la naturaleza y la calidad de las decisiones tomadas por ese comité.

¹³⁴⁷ PADFIELD y LIEBLING, *Discretionary Lifer Panels*, p. 5, figura 1.1 y p. 80. En el estudio citado, fueron 9 de 52 a quienes se les concedió la libertad condicional y todos ellos estaban en el tercer grado. Por otra parte, de los 12 presos a quienes el comité había recomendado el régimen abierto, en la mitad de los casos, la opinión de la Secretaría de Estado era que los presos no debían ser trasladados a un régimen abierto. En otros 4 casos, no expresó ninguna opinión. Por tanto, sólo en dos casos en los que el comité recomendó el traslado a un régimen abierto, la Secretaría de Estado apoyó tal decisión en la vista oral. En dos de los 4 casos en los que no se pronunció, pero donde el comité sí había recomendado el cambio de régimen, el prisionero fue trasladado a ese régimen. Datos similares nos llegan desde España. Nos referiremos al caso español, *infra* apartado II. 3A.

¹³⁴⁸ ELLIOTT, "Parole Board", pp. 50-51.

¹³⁴⁹ PADFIELD y LIEBLING, *Discretionary Lifer Panels*, pp. 141-142. Véase también PADFIELD, *Beyond the Tariff*, p. 87.

oportunidad de completar los cursos necesarios¹³⁵⁰. De hecho, tal y como se pudo observar en el estudio señalado, la finalización exitosa de los cursos, muchas veces era un requisito previo para la progresión dentro del régimen penitenciario¹³⁵¹. La realización o no de los programas sobre conducta delictiva es un factor importante para progresar dentro del régimen penitenciario, que claramente tiene consecuencias importantes para la duración total de la condena¹³⁵².

En conclusión, una dificultad clara para las personas condenadas a una pena indeterminada es alcanzar el régimen abierto penitenciario. Los comités sólo pueden recomendarlo, puesto que es la Secretaría de Estado quien decide si acepta o no dicha recomendación; el ejecutivo tiene el control. Por tanto, esta primera revisión, es una fase clave, aunque invisible, en el camino hacia la libertad condicional. No existe ningún estudio o datos publicados sobre la eficacia de esta revisión temprana. Sin embargo, pocos condenados a una pena indeterminada son puestos en libertad condicional una vez cumplen el plazo mínimo, lo cual sugiere que se podría hacer más para acelerar la progresión dentro del sistema penitenciario hacia la libertad condicional, especialmente, de los que no son peligrosos¹³⁵³.

B. La revisión post-tarifa y la decisión sobre la concesión de la libertad condicional

Este apartado tiene como objetivo explicar el procedimiento de revisión de las penas de prisión indeterminadas mediante la cual se decide si procede conceder la libertad condicional. Para ello, primero explicaré en qué momento del cumplimiento de la pena indeterminada la persona presa tiene derecho a que se revise su condena y, con ello, optar a la libertad condicional y, segundo, describiré el procedimiento mediante el cual se efectúa esa revisión.

En relación con el procedimiento de revisión, debido a una serie de sentencias del TEDH y algunas nacionales (como la sentencia *Osborn*)¹³⁵⁴, éste ha sufrido importantes modificaciones. Por ello, primero haré una breve referencia al procedimiento que estuvo en vigor antes de los pronunciamientos del TEDH que impulsaron la creación de los

¹³⁵⁰ PADFIELD, “Public protection”, p. 116. La falta de disponibilidad de los cursos considerados necesarios para aquellos que tratan de prepararse para salir de prisión, fue fuertemente condenada, primero, por los tribunales nacionales y posteriormente, por el TEDH. Véase EWCA, *Wells c. JLC* (2009) y TEDH, *James, Wells y Lee c. Reino Unido* (a la que nos hemos referido en el capítulo segundo, apartado II).

¹³⁵¹ PADFIELD y LIEBLING, *Discretionary Lifer Panels*, pp. 39 y 44.

¹³⁵² PADFIELD, *Beyond the Tariff*, p. 105.

¹³⁵³ Las estadísticas anuales que presenta la Junta de Libertad Condicional apuntan en torno a un 20%. Véase el Informe anual de la JLC 2008-2009, p. 51; el correspondiente al año 2011-2012, p. 39 y el del año 2012-2013, p. 39.

Véase también PADFIELD, *Beyond the Tariff*, p. 83

¹³⁵⁴ UKSC, *Osborn y Booth*, 2013 (en lo sucesivo, sólo *Osborn*). A esta sentencia nos volveremos a referir (*infra*, apartado B.3.1.4) para explicar en detalle las consecuencias que tuvo ese pronunciamiento.

comités de cadena perpetua discrecional y, posteriormente, me centraré en el procedimiento seguido después de la introducción de esos comités. Como se verá, después de la introducción de los citados comités, el procedimiento que ha estado en vigor tampoco ha sido uniforme, por tanto, también me referiré a esos cambios por su gran relevancia.

B.1. Momento en el que se efectúa la revisión

La exposición de este apartado se divide en dos partes. En primer lugar, se explica cuándo se produce la valoración sobre la concesión de la libertad condicional en las penas indeterminadas y, en segundo lugar, cuándo se produce en el caso de las penas extendidas, debido a las particularidades que presenta esta última. Aunque como ya se adelantó en el capítulo primero, apartado II, tanto las penas indeterminadas como las penas extendidas se imponen cuando el sujeto es considerado peligroso y, por consiguiente, el comité debe decidir si concede o no la libertad condicional, existen ciertas diferencias entre ambas penas en relación con la concesión de la libertad condicional.

B.1.1 Las penas indeterminadas.

La evaluación sobre la puesta en libertad se produce una vez se haya cumplido íntegramente el plazo mínimo o punitivo. En ese momento es cuando el comité evalúa la peligrosidad del preso y, por consiguiente, si procede o no la concesión de la libertad condicional. En caso de resultado desfavorable a la liberación, se volverán a realizar nuevas revisiones, “al menos” cada dos años¹³⁵⁵. Varias sentencias del TEDH han declarado la necesidad de un enfoque más flexible respecto a la frecuencia de las audiencias¹³⁵⁶. Este principio ha sido aceptado en el derecho nacional y, por consiguiente, el preso puede solicitar a la Secretaría del Estado que se adelante la fecha de la audiencia si existen razones que lo justifican¹³⁵⁷.

¹³⁵⁵ Art. 28.7.b de la Ley sobre el crimen de 1997 (anterior art. 34.5 de la LJP de 1991).

¹³⁵⁶ Véase *supra*, capítulo segundo, apartado II.4.C.

¹³⁵⁷ La principal sentencia del derecho nacional, EWCA, *MacNeill* (2001) resume las diferentes sentencias emitidas por el TEDH y recalca la necesidad de una valoración individual para determinar si es necesaria una revisión anterior. Antes de la entrada en vigor de las Reglas de la JLC de 2004, el comité, por sí mismo, podía recomendar (aunque únicamente recomendar) una revisión anterior. Sin embargo, desde las citadas reglas (regla 20 y también las actuales Reglas de 2016, regla 24.2) señalan expresamente que el comité “solo” debe hacer referencia a los asuntos que la Secretaría de Estado le haya remitido expresamente. En opinión de THORNTON, “Current practice”, p. 142, significa que la intención de esa regla es impedir que el comité se pronuncie acerca de la fecha de la siguiente revisión. En la misma línea, señalan ARNOTT y CREIGHTON, *Hearings*, 2010, p. 298, párrafo 14:25, que la decisión de la fecha de la siguiente revisión corresponde a la Secretaría de Estado (concretamente a la unidad “Public Protections Casework Section”, PPCS) y no al comité. También la *Member Case Assesment Guidance*, 2017, pp. 7 y 8 (en lo sucesivo *MCA Guidance*), recoge como opción no disponible para el comité durante el desarrollo de la vista oral la de recomendar una nueva fecha de revisión (*options not available at oral hearing: future date release*). Esa guía contiene orientaciones que van dirigidas al miembro que realiza la primera revisión preliminar post-tarifa sobre el papel, para indicarle cómo debe realizar esa revisión. Al procedimiento seguido en ese caso nos referiremos, *infra* apartado B.3.2.1.

Como se puede apreciar, la liberación de personas sujetas a penas indeterminadas nunca es automática, ya que nunca se concederá sin que previamente el comité esté seguro de que el índice de peligrosidad es asumible¹³⁵⁸. Esto significa que estas personas podrían seguir detenidas una vez hayan cumplido el periodo mínimo con base en el riesgo de reincidencia (pudiendo incluso, en el caso de los presos sujetos a una pena IPP, permanecer en prisión, muy por encima de la pena máxima establecida por ley para el delito por el que cumplen condena, como ha ocurrido en muchas ocasiones¹³⁵⁹). En síntesis, las penas indeterminadas contienen un período de “castigo”, representada por el periodo punitivo, y un período “preventivo”, que está sujeto a la evaluación del riesgo por parte de la Junta de Libertad Condicional.

En relación con la evaluación del riesgo, es importante recordar la jurisprudencia del TEDH. Según ha señalado ese Tribunal, la prolongación de la privación de libertad más allá del plazo punitivo, debe respetar el requisito de la identidad de fundamentación entre la sentencia que permitió imponer la pena indeterminada y el motivo que lleva a prolongar la privación de libertad (garantía que deriva del art. 5.1 CEDH). Esto implica que la continuación de la privación de libertad más allá de la tarifa debe estar fundamentada en la sentencia impuesta, por lo que la percibida peligrosidad futura que impide conceder la libertad condicional debe evidenciar la probabilidad de comisión de nuevos delitos similares, aunque no idénticos, a los que llevó a imponer la pena indeterminada, es decir, un delito grave que atente contra bienes jurídicos personales. En otras palabras, la denegación de la libertad condicional por la probabilidad de comisión de cualquier delito no respetará la identidad de fundamentación que da base legal a esa privación de libertad¹³⁶⁰.

B.1.2. La pena de prisión extendida

En el caso de las personas condenadas a una pena extendida¹³⁶¹, al tratarse de una pena determinada (aunque la misma haya sido impuesta por la peligrosidad que presenta el sujeto), no existe una tarifa o plazo mínimo de cumplimiento, sino un plazo máximo determinado, concretado por el juez en la condena. El juez, al dictar sentencia, fija tanto un periodo concreto de custodia como el periodo que ha de durar la libertad vigilada¹³⁶².

¹³⁵⁸ El nivel o grado de peligrosidad y el tipo de delitos de posible comisión tras la concesión de la libertad condicional que permite a la Junta liberar a una persona, se estudiará *infra* a apartado, 8.2.iv

¹³⁵⁹ Véase *supra* capítulo primero, apartado II, 4.B.3.2.

¹³⁶⁰ Sobre esta cuestión y otras implicaciones que derivan de la garantía de la identidad de fundamentación, nos hemos pronunciado de forma extensa al estudiar la jurisprudencia del TEDH, véase *supra* capítulo segundo, apartado II.3.B.2.1

¹³⁶¹ Como ya se explicó en el capítulo primero, apartado II, esa pena sería la equivalente a la pena de prisión seguida de la libertad condicional.

¹³⁶² Para mayor información, véase *supra* capítulo primero, apartado II, 4.B.2.2.4.

En lo que se refiere a la libertad condicional de las personas sometidas a esta pena, en cuestión de pocos años, la regulación sobre esta materia ha sufrido cuatro modificaciones.

En 2005, cuando se introdujo la pena, la libertad condicional tenía lugar al cumplimiento de la mitad de la parte custodial de la pena y estaba sujeta a discreción del comité, es decir, éste debía considerar que ya no era necesario para proteger a la sociedad que el penado continuase en prisión¹³⁶³. Posteriormente, tras las modificaciones introducidas por la Ley de Justicia Penal de 2008, la puesta en libertad se producía también al cumplir la mitad del periodo de prisión, pero ya no dependía del comité, sino que era automática¹³⁶⁴.

Pocos años más tarde, a raíz de la Ley sobre determinación de la pena de 2012, la libertad condicional se seguía produciendo de forma automática, pero al cumplimiento de las dos terceras partes del periodo de custodia. Sin embargo, en la regulación de 2012 existían dos excepciones, en cuyo caso la concesión de la libertad condicional quedaba en manos del comité. La primera era cuando la duración de la parte de custodia era de 10 años o más y, la segunda, cuando la persona había cometido un delito grave¹³⁶⁵. Así, cuando el período de custodia era de 10 años o superior o aun siendo menor a 10 años el delito cometido era grave, la puesta en libertad quedaba a discreción del comité¹³⁶⁶. Por consiguiente, si el comité no concedía la libertad al de dos tercios del periodo de custodia, cumpliría la totalidad del periodo de custodia, pero sujeto a revisiones anuales, y al finalizar el periodo de custodia su liberación era automática¹³⁶⁷.

Finalmente, estas disposiciones de pesadilla (tal y como han sido catalogadas por PADFIELD¹³⁶⁸), fueron modificadas, primero, por el art. 8 de la Ley de Rehabilitación del Delincuente de 2014 y segundo, por las modificaciones introducidas por la Ley de justicia Penal y Tribunales de 2015, actualmente en vigor. Según el art. 4 de esta última ley, todos los condenados después de la entrada en vigor de la misma podrán salir en libertad condicional al cumplimiento de las 2/3 partes de la parte de custodia previa

¹³⁶³ Art. 247 de la Ley de Justicia Penal de 2003. Por tanto, si la Junta de libertad condicional no concedía la libertad al cumplimiento de la mitad de la pena de prisión, el prisionero podía llegar a cumplir la totalidad del periodo de prisión. Véase GARTON y STRICKLAND, “Early release”, p. 4.

¹³⁶⁴ Art. 25 de la Ley de Justicia Penal de 2008. ASHWORTH, *Sentencing*, 2010, p. 233, criticó que la liberación automática de una persona condenada a una pena extendida suponía una “dilución extraña” (*strange dilution*) de la función de la protección de la sociedad, ya que la peligrosidad del condenado no era evaluada por la Junta, cuando la imposición de esa pena exige la existencia de la peligrosidad.

¹³⁶⁵ ASHWORTH, *Sentencing*, 2015, p. 243. La lista de delitos graves se recoge en la lista 15B que fue introducida por el anexo 18 de la Ley de 2012. Para mayor información, véase el Capítulo primero, apartado II.

¹³⁶⁶ Apunta PADFIELD, “Extended sentences”, p. 6, que el art. 125 sobre la libertad condicional de las personas sometidas a una pena extendida es enormemente compleja. Este art. 125 introduce el art. 246A en la Ley de Justicia penal de 2003.

¹³⁶⁷ GARTON y STRICKLAND, “Early release”, p. 4, y PADFIELD, “Extended sentences”, p. 2.

¹³⁶⁸ PADFIELD, “Extended sentences”, p. 6.

valoración del comité. Otro de los cambios es que, en caso de no conseguir la libertad condicional en ese momento, se volverá a revisar otra vez al de dos años¹³⁶⁹ (y no al de uno, como en la regulación anterior). La salida sigue siendo automática al finalizar toda la parte de custodia¹³⁷⁰.

Por último, debe hacerse referencia a una cuestión relevante que se plantea respecto a las penas extendidas, que es la relativa a cuándo se empieza a contar el periodo de extensión (libertad vigilada). Antes de las modificaciones de 2008, cuando la concesión de la libertad condicional, tras cumplir la mitad de la pena, dependía de la evaluación realizada por el comité (como en la actualidad), existían diferentes opiniones respecto a esta cuestión. THOMAS propuso que comenzara una vez se concede la libertad condicional, de tal manera que el periodo de extensión (libertad vigilada) se ejecutaría de forma simultánea con la libertad condicional. Según esta interpretación, el periodo de extensión ya no parece necesaria, pues el comité sólo puede conceder la libertad condicional si considera que el preso ya no supone un riesgo para la sociedad¹³⁷¹.

Sin embargo, el Tribunal de Apelación decidió en el caso *S, Burt y otros* (2005) que el periodo de extensión comienza una vez ha concluido toda la parte de custodia, incluido cualquier periodo transcurrido en libertad condicional. El Tribunal argumentó que el objetivo del periodo de extensión era prolongar la supervisión, mientras que la propuesta de THOMAS podía reducir la pena en los casos en que el periodo de extensión fuera más corto que el periodo de libertad condicional¹³⁷². Teniendo en cuenta que, en concreto, a raíz de la modificación de 2008 la libertad condicional era automática, es decir, sin la previa valoración del comité, en opinión de AUMÜLLER la interpretación del Tribunal parece, en ese caso, correcta. De lo contrario, explica ese autor, en todos los casos en los que el periodo de extensión sea más corto que la mitad del periodo de custodia, el periodo de extensión supondrá el acortamiento del periodo que ha de pasar en supervisión en la comunidad y, por tanto, una disminución de la duración de la pena en general¹³⁷³. Sin embargo, como se ha señalado, en la actualidad la libertad condicional depende del comité, por lo que el razonamiento de THOMAS parece más razonable.

¹³⁶⁹ HARRIS y PADFIELD, *Sentencing Referencer 2016*, p. 127.

¹³⁷⁰ Art. 125 de la Ley sobre determinación de la pena de 2012 que introduce el art. 246A.7 en la Ley de Justicia Penal de 2003. Véase lo apuntado por HARRIS y NICOLA, *Sentencing Referencer 2016*, p. 127, en relación a dicho precepto.

¹³⁷¹ Art. 247.3 de la Ley de Justicia Penal antes de las modificaciones de 2008. Véase THOMAS, *Sentencing Referencer 2005/2006*, p. 182 y ss; y ARCHBOLD, *Criminal Pleading*, párrafo 5-288. Como se ha señalado *supra*, capítulo primero, apartado II. 2.A y 2C, David Thomas ha sido la autoridad dominante en el tema de la determinación de la pena.

¹³⁷² *S, Burt y otros*, párrafo 15 y ss.

¹³⁷³ AUMÜLLER, "Dangerous offenders", p. 14.

B.2 Procedimiento anterior a la introducción de los comités de cadena perpetua discrecional

Hasta la creación de los comités de cadena perpetua discrecional en 1992, todas las penas de prisión indeterminadas eran revisadas al finalizar la tarifa siguiendo un procedimiento similar. Ese procedimiento era el que siguió aplicándose en el caso de la cadena perpetua preceptiva, hasta que, a raíz de la sentencia dictada por el TEDH en *Stafford* se decidiera, en 2004, que también en el caso de esas penas debía aplicarse el mismo procedimiento seguido en los nuevos comités de cadena perpetua discrecional. En los siguientes dos párrafos, explicaré, de forma breve, cuál era ese procedimiento que se desarrollaba en los comités de cadena perpetua preceptiva¹³⁷⁴, para que se pueda apreciar el cambio que se produjo como consecuencia de los pronunciamientos del TEDH y la consiguiente creación de los citados comités de cadena perpetua discrecional. El procedimiento seguido en esos últimos, será objeto de estudio en el siguiente apartado (B.3).

En los comités de cadena perpetua preceptiva los casos eran conducidos por escrito por ese órgano, pero la decisión final sobre la concesión de la libertad condicional correspondía a la Secretaría de Estado¹³⁷⁵. El comité sólo podía recomendar la puesta en libertad, pero el ejecutivo no tenía por qué seguir su consejo. El preso no estaba presente, aunque tenía derecho a presentar su caso, por escrito y por medio de una entrevista¹³⁷⁶ con un miembro de la JCL, que luego elaboraba un informe. Esa persona no podía ser un miembro del comité que estudiaría posteriormente el caso y recomendaba al ejecutivo si debía conceder o no la libertad condicional.

Es importante resaltar, en relación con las garantías procesales, que desde la creación de la JLC en 1967 hasta después de la entrada en vigor de la Ley de Justicia Penal de 1991 y la creación de los comités de cadena perpetua discrecional, a pesar de la participación de los jueces, estaban lejos de ser considerados procedimientos judiciales. Las decisiones sobre la libertad condicional eran conducidas sobre el papel, no se revelaba el material sobre el que se tomaban las decisiones y, por tanto, no existía una posibilidad real de presentar alegaciones y el comité tampoco daba las razones de su decisión (excepto en los casos de revocación de la libertad condicional)¹³⁷⁷.

¹³⁷⁴ Nombre original: *Mandatory Lifer Panel*.

¹³⁷⁵ Art. 29 de la Ley sobre el Crimen de 1997.

¹³⁷⁶ Las entrevistas con las personas condenadas a cadena perpetua preceptiva terminaron el 31 de diciembre de 2002 con la introducción de un nuevo procedimiento, las vistas orales, establecidas en respuesta a la decisión del TEDH en el caso *Stafford c. Reino Unido* en 2002. Véase *PB Annual Report 2002-2003*, p. 24.

¹³⁷⁷ ARNOTT y CREIGHTON, *Hearings* 2014, p. 3, párrafo 1.5, cuadro 4.

B.3 Procedimiento posterior a la creación de los comités de cadena perpetua discrecional en 1992.

Este apartado está dividido en dos grandes partes. La primera, está dedicada a detallar los cambios que ha sufrido el sistema de revisión de las penas indeterminadas. La segunda, tiene como objetivo describir cómo se desarrolla el procedimiento de evaluación, explicando cuáles son las diferentes fases: desde el examen preliminar hasta la fase de la audiencia y la decisión final.

B.3.1. Evolución del procedimiento: desde 1992 hasta la actualidad

Una vez fueron creados los comités, éstos adquirieron competencia para efectuar la revisión post-tarifa y decidir si se concede o no la libertad condicional de las personas condenadas a una pena de cadena perpetua discrecional. El Tribunal de Estrasburgo consideró que las personas condenadas a esas penas debían ser examinadas por un órgano con poder para ordenar la libertad condicional, sin necesidad de la aprobación del ejecutivo. En un principio estos comités se encargaban de valorar la concesión de la libertad condicional exclusivamente de las personas condenadas a esas penas (de ahí el nombre del comité). Con el transcurso de los años y los diferentes pronunciamientos del TEDH en el que se fue reconociendo el derecho a la revisión del art. 5.4 CEDH al resto de penas indeterminadas, se amplió ese derecho a todas ellas.

La característica principal de esos comités es que la decisión sobre la libertad condicional se decide mediante la celebración de una vista oral en la que el preso está presente. Sin embargo, con el transcurso de los años, se han producido una serie de modificaciones importantes en relación con el derecho a una audiencia, así como también sobre la composición del comité que las realiza. Por ello, aunque durante un tiempo todas las personas condenadas a una pena indeterminada tenían derecho a que su caso fuera estudiado mediante una vista oral, esto cambió en 2009. Como consecuencia de las diversas modificaciones producidas en las reglas sobre la JLC, no siempre se celebra una audiencia, ni el caso es evaluado por un comité compuesto por tres miembros.

En los siguientes cuatro apartados, explicaré cuál ha sido el procedimiento seguido una vez fueron creados estos comités y las modificaciones que se han producido al respecto hasta la actualidad.

B.3.1.1. Derecho a una audiencia para las cadenas perpetuas discrecionales

Como consecuencia del pronunciamiento del TEDH en el caso *Thynne*, a partir del año 1992, un preso condenado a cadena perpetua discrecional que había completado su pena mínima tenía derecho a una audiencia ante un comité de cadena perpetua discrecional¹³⁷⁸.

El procedimiento de libertad condicional ante ese comité lo iniciaba (y lo inicia también en la actualidad) la Secretaría de Estado (en la práctica, Instituciones Penitenciarias, la Unidad de Cadena Perpetua), no el preso. Es una obligación legal que los casos de todas las personas condenadas a cadena perpetua sean remitidos a ese órgano al finalizar la tarifa¹³⁷⁹.

La persona presa tenía derecho a una audiencia y, por ello, sólo ella podía renunciar a la celebración de la audiencia¹³⁸⁰. La audiencia se celebraba en la prisión de forma privada y el preso también era informado de su derecho a estar representado. A partir de entonces, el procedimiento seguía un calendario estricto, siguiendo lo prescrito por las Reglas sobre la JLC¹³⁸¹. Sin embargo, como explicaré en el siguiente apartado, a partir del 2004 el derecho a la audiencia sufriría ciertas modificaciones.

B.3.1.2 Extensión de la audiencia a todas las penas indeterminadas y el sistema de filtro

Como resultado de la decisión de la Cámara de los Lores en el caso *Anderson* (2002)¹³⁸², que siguió el pronunciamiento del TEDH en *Stafford*, la JLC se enfrentó a una crisis. De repente, todas las personas condenadas a una pena de prisión perpetua (tanto preceptiva como discrecional) tenían derecho a una audiencia después de la expiración de la tarifa. Desde el punto de vista de la Junta, se produjo un aumento alarmante de casos

¹³⁷⁸ Posteriormente, en 1997, ese derecho también fue ampliado a la cadena perpetua obligatoria para jóvenes tras el caso *Hussain* y el caso *Singh* ese derecho se amplió a la cadena perpetua obligatoria para jóvenes.

¹³⁷⁹ El art. 28.7 de la Ley sobre el crimen 1997 señala que la persona condenada a cadena perpetua puede requerir a la Secretaría de Estado que remita su caso al comité. Sin embargo, aunque el lenguaje de la ley lo expresa como un derecho que tiene el preso de reclamar a la Secretaría de Estado que realice la remisión y, por tanto, pone la carga de exigir esa revisión en el preso, en la práctica, esto se hace automáticamente, sin que el preso tenga que presentar ninguna solicitud. La propia página Gobierno del Reino Unido (<https://www.gov.uk/getting-parole/life-and-indeterminate-sentences>) también señala que el preso no tiene que hacer nada, sino que será el gobierno quien solicitará el inicio del procedimiento. PADFIELD, *Beyond the Tariff*, p. 84, opina que, dado que el art. 5.4 CEDH señala que toda persona privada de libertad tiene derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, lo que se habría esperado es que el procedimiento de libertad condicional lo iniciase el preso, no la Secretaría de Estado. ARNOTT y CREIGHTON, *Hearings*, 2014, p. 196, por su parte consideran que se podría argumentar que, dado que el deber de realizar la revisión es una obligación positiva del estado, un sistema que exigiera al preso presentar el recurso, vulneraría el art. 5.4.

¹³⁸⁰ La carta que se le enviaba al preso indicaba: “Tú tienes derecho a insistir sobre una audiencia en el cual puedes estar presente. Se te requiere que, en el plazo de 5 semanas, desde la fecha de esta notificación, informes al comité y al Secretario de Estado si deseas o no asistir a la audiencia”.

¹³⁸¹ PADFIELD, *Beyond the Tariff*, p. 84.

¹³⁸² UKHL, *Anderson*, 2002.

que debían ser valorados mediante una audiencia, lo que supuso también unos costes extraordinarios¹³⁸³.

Para hacer frente a la situación del aumento incesante de casos que exigían una audiencia, la JLC ideó en 2003, lo que se ha conocido como un “sistema de filtro”, con el objetivo de evitar que todos los casos tuvieran que ser valorados en una audiencia¹³⁸⁴. Aunque en un primer momento este sistema fue pensado sólo para las personas condenadas a cadena perpetua preceptiva, como puso de manifiesto el Informe de la JLC 2002-2003, al obtener buenos resultados, se extendió también a la cadena perpetua discrecional y a la cadena perpetua preceptiva para jóvenes¹³⁸⁵. Así, ese sistema fue introducido en las Reglas sobre la Junta de Libertad Condicional de 2004¹³⁸⁶.

De esta forma, en lugar de celebrar directamente una audiencia, primero un único miembro de la Junta¹³⁸⁷ estudiaba el expediente de libertad condicional y tomaba una decisión provisional. Esta decisión podía ir en tres direcciones: que el preso no es apto para la libertad condicional, que las circunstancias del caso requieren una audiencia o que el preso es apto para la libertad condicional.

En el primer caso, el preso tenía dos opciones, aceptar esa decisión o rechazarla a favor de una audiencia completa, en cuyo caso el preso tenía derecho a exigir la celebración de la audiencia¹³⁸⁸, para que de esta manera el procedimiento se ajustase a la decisión tomada por el TEDH en *Stafford*. En el segundo caso, en el que se requiere la celebración de una audiencia, ésta se celebraba en la prisión donde se encontraba el preso privado de libertad en cuestión de dos meses¹³⁸⁹. Por último, en el caso de que se decidiese que el preso era apto para la libertad condicional, esa decisión se revisaba de nuevo por escrito, pero por un comité compuesto por tres miembros (y no por un solo miembro como en la primera revisión)¹³⁹⁰. Ese comité podía o bien confirmar la decisión tomada por ese único miembro¹³⁹¹ -en cuyo caso la Secretaría de Estado podía exigir una audiencia

¹³⁸³ Informe anual de la JLC 2002-2003, p. 10 y PADFIELD, “Parole Board”, p. 6.

¹³⁸⁴ La interpretación que hizo la JLC sobre la sentencia *Stafford* es que, el TEDH no dictaminó que todas las personas a cadena perpetua tenían derecho a una audiencia, sino que no debían ser privados de la libertad después del plazo mínimo impuesto sin que tuvieran la posibilidad de una vista oral. Ante esa situación, para respetar el pronunciamiento del Tribunal de Estrasburgo, idearon el sistema de filtro. Véase el Informe anual de la JLC 2002-2003, pp. 10 y 14.

¹³⁸⁵ Informe anual de la JLC 2002-2003, p. 14.

¹³⁸⁶ Reglas de la JLC 2004, reglas 3.1 y 11.1.

¹³⁸⁷ En relación con el miembro que realiza el estudio sobre el papel, en 2008 se introdujeron los llamados IMC (*Intensive Case Management*) y en 2014 los MCA (*Member Case Assessment*), sustituyendo a los anteriores. Para mayor información sobre la función de estas personas, véase Parole Board, *Intensive Case Management Oral Hearings General Guidance*, 2008 y *MCA Guidance*, 2017, así como el *PB Annual Report 2014-15*, p. 12.

¹³⁸⁸ Reglas de la JLC 2004, regla 12.1, utiliza el verbo “require”: “the prisoner may require a three-member oral hearing...”

¹³⁸⁹ Reglas de la JLC 2004, reglas 18.1 y 18.2.

¹³⁹⁰ Reglas de la JLC 2004, reglas 3.2 y 13.

¹³⁹¹ Reglas de la JLC 2004, regla 13.2.b.

oral¹³⁹²- o bien remitir el caso a una vista oral completa¹³⁹³. Por tanto, había un filtro de sólo un miembro, un posible comité de tres miembros y una posible audiencia oral de tres miembros¹³⁹⁴.

B.3.1.3 La celebración de la vista oral sólo en determinados casos. Derecho a solicitarla, no a exigirla

Como se ha adelantado en el apartado anterior, durante el periodo comprendido entre 2003 y 2009 todas las personas condenadas a penas indeterminadas tenían derecho a una audiencia, ya que, a pesar de que en 2003 se introdujera el sistema de filtro, evitando de esa manera que un número importante de casos pasasen a ser evaluados mediante una vista oral, el preso podía exigir la celebración de aquélla si, tras la revisión realizada por escrito, se le denegaba la libertad condicional.

Sin embargo, esta situación cambió en 2009 debido a las modificaciones introducidas por las Reglas sobre la JLC de 2009¹³⁹⁵, lo que fue confirmado posteriormente por las Reglas de 2011 y las de 2016 (actualmente en vigor)¹³⁹⁶. Como consecuencia de ello, en caso de que en la revisión unilateral ese miembro de la Junta decida no conceder la libertad condicional, el preso sólo podrá solicitar que se celebre una audiencia, en lugar de exigirla, como sucedía con las reglas de 2004¹³⁹⁷.

¹³⁹² Reglas de la JLC 2004, regla 13.4.

¹³⁹³ Reglas de la JLC 2004, regla 13.2. Véase también en relación con el procedimiento descrito PADFIELD, “Parole Board”, p. 7 y SHUTE, “Punishing Murderers”, p. 889.

¹³⁹⁴ El informe anual de la JLC indica que en 2003-2004 fueron “filtrados” 295 casos, y 124 fueron resueltos sin necesidad de una audiencia, lo que resultó en un ahorro para la Junta de 155,500£ (*PB Annual Report 2005-2006*, p. 64. Los ahorros de la JLC son sólo una parte, ya que habría que añadir los ahorros que supone el no tener a una persona en prisión: el coste promedio anual por prisionero en 2003-2004 fue de 25.718)¹³⁹⁴. Señala PADFIELD, “Parole Board”, p. 7, que presumiblemente, en la gran mayoría de estos casos se trataba de presos que se encontraban en régimen cerrado y tendrían pocas posibilidades de ser liberados. Sin embargo, a pesar de la poca probabilidad de conseguir la libertad condicional, pone de relieve lo positivo que puede resultar una audiencia en esos casos, ya que no es raro que tras una vista oral se logre una mejora en la condición del preso. Por ello, considera que existen argumentos sólidos para insistir y defender que todos los condenados a unas penas indeterminadas, tras finalizar la tarifa, deberían tener derecho a una audiencia, independientemente de que lo soliciten o no, más aún, teniendo en cuenta que las entrevistas que realizaba un miembro de la JLC a las personas condenadas a una cadena perpetua preceptiva, prácticamente desaparecieron en marzo de 2003 debido a razones presupuestarias.

¹³⁹⁵ *Parole Board (Amendment) Rules 2009*.

¹³⁹⁶ Las *Parole Board Rules 2004*, regla 12.1, utilizaba la expresión “*may require*”; sin embargo, en el 2009 la *Parole Board (Amendment) Rules 2009* sustituyó esa expresión por la de “*request*” (modificación nº10). Esa misma expresión se mantiene en la *Parole Board Rules 2011*, regla 17.1 y finalmente en la *Parole Board Rules 2016*, regla 15.1 opta por la expresión “*may apply*” que tiene el mismo efecto que la expresión “*request*”. La Guía sobre las vistas orales de la JLC, 2012, capítulo 1, punto 1.3 recogen expresamente que no existe un derecho a una audiencia señalando “*An oral hearing is not an entitlement*”. También en la Guía de 2014, anexo E se señala “*There remains no statutory entitlement by right to an oral hearing before the Parole Board for any case other than life or indeterminate sentenced prisoners who are assessed as ‘not unsuitable’*”.

¹³⁹⁷ Cuando se confirmó este cambio en las Reglas de 2011, la modificación se justificó con referencia al aumento dramático de las audiencias a realizar respecto a las décadas previas. En el periodo 2000-2001 la Junta de Libertad Condicional celebró 272 audiencias, pero este número incrementó a 3.723 entre 2010-2011, un aumento de 1.270 por ciento (véase el memorándum explicativo de las Reglas de la JLC de 2011, párrafo 7.2). El principal factor de ese aumento de la carga de trabajo fue el gran número de personas que cumplían penas de prisión para la protección de la sociedad (IPP), después de que éstas entraran en vigor en 2005. En 2013-2014, la JLC celebró 2.725 audiencias sobre las penas IPP y se concedió la libertad en 880 casos (32%)¹³⁹⁷. Si bien esta tasa de liberación parece razonablemente alta, es importante señalar que alrededor de 1.500 presos que eran “elegibles” o aptos para la libertad condicional ya fueron filtrados mediante la revisión realizada por escrito y, por lo tanto, no se llegó a la vista oral. Si añadimos estas cifras en el total, el índice de liberación cae a alrededor del 21%. Ese mismo año, 438 presos condenados a penas indeterminadas ingresaron de nuevo en prisión tras la revocación de la libertad condicional, ya sea como consecuencia

Otra de las diferencias respecto a la regulación de 2004 es que, a raíz de la política de la JLC establecida en 2007¹³⁹⁸ de que un preso sólo progresará al régimen abierto o a la libertad condicional tras la celebración de una vista oral, si en la revisión unilateral se considera que existen posibilidades de que el preso sea puesto en libertad, el caso deberá ser remitido al comité para que se celebre la vista¹³⁹⁹. En otras palabras, las personas condenadas a una pena de prisión indeterminada solo pueden ser puestas en libertad tras ser estudiado su caso mediante una audiencia¹⁴⁰⁰.

La política establecida en 2007 fue incluida en 2009 en las Reglas sobre la JLC¹⁴⁰¹. A partir de entonces, la persona que realiza la revisión preliminar sólo puede tomar dos decisiones: que es necesaria la celebración de una audiencia¹⁴⁰² o que el preso no es apto para ser liberado¹⁴⁰³. Ya no puede señalar que el preso es apto para ser puesto en libertad, porque si considerase que existen posibilidades de liberar al preso, lo que tiene que hacer es remitir el caso al comité para la realización de una vista oral¹⁴⁰⁴. Este cambio de política fue posteriormente reflejado en las Reglas de 2011 y las actuales Reglas de 2016¹⁴⁰⁵. Por tanto, las Reglas requieren la celebración de una audiencia en los casos en que la concesión de la libertad condicional se presenta como una posibilidad.

Respecto a cuándo debe considerar el órgano unipersonal que es necesaria la celebración de una vista oral, la JLC publicó un documento en el que recoge la política

de denuncias de nuevos delitos o por el incumplimiento de sus condiciones de licencia (PADFILED y BILD, *Criminal Justice*, p. 512).

¹³⁹⁸ PAROLE BOARD, *Policy and Guidance: Lifer oral hearings*, 2007. A esta política hace referencia tanto la Guía sobre las vistas orales de la JLC, 2012, capítulo 1, punto 1, párrafo 3, como del año 2014, capítulo 1, punto 2.1.1 y Anexo E, regla 4.2. También nos hemos referido a esa política al exponer el procedimiento pre-tarifa, *supra* apartado 4.A.1.

¹³⁹⁹ CREIGHTON y ARNOTT, *Prisoners*, p. 496, párrafo 10.111.

¹⁴⁰⁰ ARNOTT y CREIGHTON, *Hearings*, 2014, p.60. Sin embargo, como se ha explicado en el apartado anterior, antes de este cambio, según las reglas de 2004, era posible conceder la libertad condicional sin audiencia, es decir, no necesariamente debía producirse una audiencia para poder conceder la libertad condicional a un preso. Si la persona que estudiaba el caso por escrito decidía conceder la libertad condicional, se realizaba de nuevo otra revisión (por escrito y por tres miembros) y ese comité podía confirmar la decisión de conceder la libertad condicional, en cuyo caso se ponía en libertad al preso sin necesidad de nueva revisión mediante audiencia.

¹⁴⁰¹ Esta modificación fue introducida por la *PB (Amendments) Rules 2009*, que modifican las reglas 13.1 y 3.2 de las *Parole Board Rules 2004*.

¹⁴⁰² Véase regla 11.2.a con la modificación introducida por las *Parole Board (Amendments) Rules 2009*. Éstas también modificaron la composición del comité que realiza la audiencia. Antes del cambio, aquél debía estar compuesto por tres miembros, posteriormente, se permite que esté compuesto entre 1 y 3 miembros.

¹⁴⁰³ Las *PB (Amendment) Rules 2009* modificaron la regla 11.2.b. Antes de la reforma de 2009, la regla 11.2.b de las Reglas de 2004 disponía que el miembro único tomaría una decisión sobre la procedencia o no de conceder la libertad condicional y luego en la regla 12.1 se decía qué hacer en caso de que se considerase no apto para la libertad condicional y en la regla 13, qué hacer en caso de que se considerase apto. Sin embargo, tras las modificaciones de 2009 ya el 11.2.b solo recoge la posibilidad de que el miembro único que realiza la revisión preliminar decida que el preso no es apto para la libertad condicional, porque ya sólo puede decir que no es apto o que es necesario una audiencia.

¹⁴⁰⁴ Véase *MCA Guidance*, 2017, p. 7. En este manual, dirigido a la persona que realiza la primera revisión sobre el papel, se recoge una tabla en la que se indica a esa persona cuáles son las decisiones que puede tomar y cuáles no. Así, claramente establece que esa persona no puede decidir poner en libertad al preso, pero sí puede denegar la libertad o remitir el caso para que se celebre la audiencia. Como última opción se recoge también retrasar la toma de decisión a la espera de más información.

¹⁴⁰⁵ Regla 16 de las Reglas de la JLC de 2011 y regla 14 de las de 2016. En las actuales reglas de 2016 se excluyen las penas IPP (como se explicará más abajo), por lo que, en el caso de esas penas, sí es posible conceder directamente la libertad condicional sin previa audiencia.

que va a seguirse tras las modificaciones producidas en las reglas en 2009, señalando que existen dos circunstancias en las que se deberá optar por aquella. Primero, cuando existe una posibilidad real de liberación o de traslado al régimen abierto y, segundo, cuando la evaluación de la peligrosidad requiere la inmediación de la deposición de testimonio por parte del prisionero y/o testigos. Por tanto, no se celebrará una vista oral cuando no haya posibilidades reales de conseguir el tercer grado o la libertad condicional o cuando no exista la posibilidad de que una vista oral pueda llevar a un resultado diferente¹⁴⁰⁶. Ante esta situación, el preso sólo podrá solicitar la celebración de esa vista oral, pero no exigirla como antes de 2009.

Por último, otro de los cambios que se producen con la reforma de 2009 es la relativa a la composición del comité que dirige la vista oral. Según las Reglas de 2004, cuando debía celebrarse una audiencia, se exigía que ésta estuviera compuesta por tres miembros¹⁴⁰⁷. Sin embargo, debido a que el número de casos que tenían que ser oídos se expandió de forma exponencial, tal exigencia fue eliminada en 2009¹⁴⁰⁸. Por tanto, el comité podrá estar compuesto por uno o más miembros (hasta tres), pero no necesariamente tres. Esta modificación se confirma tanto en las Reglas de 2011 como también en las actuales de 2016¹⁴⁰⁹.

B.3.1.4 Ampliación de las situaciones en las que se requiere la celebración de una audiencia: la equidad como principio rector.

La regulación sobre la celebración de las audiencias sufrió un cambio importante en 2013. Ese año el Tribunal Supremo dictó una sentencia de suma importancia, *Osborn*, en la que se declaró, por unanimidad, que las personas condenadas a penas indeterminadas (y aquellas personas a las que se les revoca la libertad condicional) tienen derecho a una vista oral tras el cumplimiento de su tarifa. Por consiguiente, la eliminación de ese derecho de las Reglas sobre la JLC que se produjo en 2009 no era legal, porque ello supone que la JLC no ha cumplido con los requisitos del *common law* de un proceso justo y que no ha actuado de forma compatible con el art. 5.4 del CEDH. Como consecuencia de esta sentencia, las circunstancias en las que se requiere una audiencia se ampliaron de forma significativa¹⁴¹⁰: Las decisiones que se tomen *post-Osborn*, sobre conceder o denegar una audiencia, deben hacerse de manera más holística y no centrándose

¹⁴⁰⁶ PAROLE BOARD, *Policy and Guidance: Criteria for refusing an oral hearing*, 2009: *An oral hearing will normally be granted when there is a realistic prospect of a prisoner being released, moved to open conditions or where live evidence is required to assess the prisoner's level of risk or disputed facts.*

¹⁴⁰⁷ Reglas de la JLC 2004, regla 3.3.

¹⁴⁰⁸ Modificación introducida por el n° 5.b.ii de las *PB (Amendts) Rules* 2009.

¹⁴⁰⁹ Reglas de la JLC 2011, regla 5.2 y Reglas de la JLC 2016, regla 5.2 y 14.1.

¹⁴¹⁰ PADFIELD, "A new Chapter", p. 379 y PADFIELD, "Indefinite detention", p. 812.

únicamente en si el recluso tiene posibilidades realistas de liberación o traslado al tercer grado.

A pesar del pronunciamiento del Tribunal Supremo, sigue sin existir, como regla general, un derecho legal a una audiencia. Sin embargo, la sentencia ha ampliado notablemente las situaciones en las que se requiere su celebración, como se explicará en los siguientes párrafos¹⁴¹¹. Además, hay que recordar que, como excepción, y debido a la política de la JLC de 2007, sigue existiendo un derecho a una vista oral en dos casos concretos: cuando en la revisión preliminar se decide que la persona condenada a una pena indeterminada es una candidata potencial a la libertad condicional o a progresar a un régimen abierto¹⁴¹² y cuando se revoca la libertad condicional de la persona condenada a una pena indeterminada, salvo que el preso indique que no desea celebrar audiencia¹⁴¹³.

Tras la sentencia *Osborn* se ha producido un cambio fundamental en la manera en que el comité evalúa la necesidad y el objetivo de las audiencias. Esa sentencia señala claramente que la política y práctica anterior de la Junta ya no pueden seguir vigentes. El TS determinó que se debe celebrar una audiencia siempre que la equidad (*fairness*, justicia) así lo exija¹⁴¹⁴. La equidad es ahora el principio rector, por lo que la percibida utilidad de la vista oral ya no es el factor decisivo¹⁴¹⁵. Como se ha explicado previamente, antes de esta decisión, los tribunales nacionales habían estado de acuerdo con la posición de la JLC de que un criterio relevante para decidir si se celebra o no una vista oral era la probabilidad de que aquella pudiera producir una diferencia significativa en el resultado final. En los casos en que eso no fuera probable, los tribunales habían considerado que una evaluación de los documentos con alegaciones escritas era procesalmente justo¹⁴¹⁶.

Aunque el TS reconoce que es imposible definir exhaustivamente las circunstancias en las que es necesario celebrar una vista oral, ofrece unas orientaciones generales para el cumplimiento de la norma de equidad del *common law*. En concreto, enumera cuatro situaciones en las que normalmente se da esa necesidad: a) cuando los hechos que según la Junta son importantes en el caso son objeto de discusión; b) cuando la junta no puede llevar a cabo una adecuada valoración independiente sobre la peligrosidad o sobre los

¹⁴¹¹ La Guía sobre las vistas orales de la JLC, 2014, en el anexo E, dentro del epígrafe “*Overview*” señala que: “*There remains no statutory entitlement by right to an oral hearing before the Parole Board... the judgment has significantly broadened the circumstances in which such a hearing will now be required*”. Así mismo, bajo el epígrafe “*Practice guidance to members*”, explica a la Junta de Libertad la nueva forma de proceder que ha de seguir respecto a las audiencias.

¹⁴¹² En cuyo caso no se podrá conceder la misma sin previamente evaluar de nuevo el caso en una audiencia, como se ha explicado anteriormente.

¹⁴¹³ Véase *MCA Guidance*, 2017, p.11 y el *Parole Board Oral Hearings Guide*, 2014, anexo E: “*overview*”.

¹⁴¹⁴ UKSC, *Osborn*, párrafo 2.i.

¹⁴¹⁵ En opinión de PADFIELD, “*A new Chapter*”, p. 379, la equidad siempre exige una audiencia cuando se trata de la libertad de un sujeto y añade que, al menos, alguien debería discutir el caso con el propio preso, ya que las entrevistas fueron suprimidas en el 2004.

¹⁴¹⁶ *PB Oral Hearings Guide* 2014, Annex E, p. 79.

medios por los cuales esa peligrosidad debe ser gestionada y abordada; c) cuando resulta necesario un encuentro cara a cara con el comité o interrogar a aquellos que han tratado con el preso o aquellos que se oponen a su libertad condicional o traslado al régimen abierto y; por último, d) cuando las declaraciones plantean cuestiones que ponen seriamente en tela de juicio cualquier cuestión que pueda tener en la práctica un impacto significativo en la gestión futura del recluso en prisión o en futuras revisiones¹⁴¹⁷. La sentencia recalca también que no es posible argumentar que las razones de justicia o equidad para la celebración de una vista oral únicamente existen cuando hay probabilidades de que la persona presa sea puesta en libertad o ser trasladada al régimen abierto. En otras palabras, la celebración de una audiencia no puede depender de la probabilidad de obtener un resultado positivo tras la vista.

El Tribunal Supremo en el caso *Osborn* dejó claro que las decisiones que se toman por escrito son provisionales y que el derecho a exigir una audiencia no se puede definir como un derecho a apelar o recurrir, porque el preso no tiene que probar que la decisión unilateral es incorrecta, sino que la celebración de una audiencia es lo apropiado¹⁴¹⁸. La sentencia también apuntó que el comité tiene que tener en cuenta que el objetivo de realizar una audiencia no es sólo la de asistir a ese órgano a la hora de tomar una decisión, sino que también refleja el legítimo interés de la persona interna de poder participar en una decisión que tiene importantes implicaciones para él, cuando ésta tiene algo útil para aportar¹⁴¹⁹.

Así mismo, se pusieron de relieve dos cuestiones más. Primero, que cuanto más tiempo haya pasado el preso en prisión tras el cumplimiento de la tarifa, el comité deberá analizar con mayor minuciosidad si el nivel de peligrosidad es inaceptable¹⁴²⁰. Segundo, que el comité debe evitar cualquier tentación de rechazar la celebración de las vistas orales para ahorrar tiempo, problemas y gastos¹⁴²¹. Respecto al último punto de los costes, el juez Reed se mostró en contra de la creación de un sistema económicamente miope. Aunque es cierto que una vista oral supone una serie de gastos a corto plazo, apuntó que dando a la persona presa la oportunidad de una vista oral imparcial se contribuirá a una mejor toma de decisiones a largo plazo y ello, en última instancia, supondrá un ahorro al reducir los costes de encarcelamientos innecesarios o evitando la reincidencia de aquellos que no debieron ser puestos en libertad. Los procedimientos que implican un gasto

¹⁴¹⁷ Estas orientaciones se recogen al comienzo de la sentencia, en el párrafo 2, a modo de resumen y, posteriormente, algo más detallado, en los párrafos 80-96.

¹⁴¹⁸ *Osborn*, párrafo 2.x y posteriormente recogido en el anexo E, punto 2, párrafo 1 de la Guía sobre las vistas orales de la JLC, 2014.

¹⁴¹⁹ *Osborn*, párrafo 2.iv.

¹⁴²⁰ *Osborn*, párrafos 2. vi y 82.

¹⁴²¹ *Osborn*, párrafos 2. Viii y 91.

inmediato, pero que contribuyen a una mejor toma de decisiones son en realidad menos costosos de lo que pueden parecer¹⁴²².

El impacto directo que tuvo esta sentencia fue el aumento drástico de las demandas para la celebración de las vistas orales, lo que supuso retrasos para un número considerable de presos que esperaban una fecha para la celebración de su vista oral. Después de *Osborn*, entre octubre y marzo de 2013, las demandas para la celebración de las vistas orales crecieron a una media de 610 casos por mes (en comparación con la media de 335 casos antes de *Osborn*)¹⁴²³.

Por último, debe hacerse referencia a las nuevas Reglas sobre la JLC de 2016¹⁴²⁴, ya que introdujeron una modificación más que afecta a las vistas orales. Estas reglas permiten conceder la libertad condicional sin realizar previamente una audiencia, pero sólo en el caso de las penas IPP. En el caso de esa pena, si la persona que realiza la revisión por escrito considera que el preso es apto para ser puesto en libertad condicional no será obligatorio que se realice una vista oral. Para el resto de penas indeterminadas sí será necesaria la celebración de aquélla para poder liberar al preso, siguiendo la política establecida en 2007. En el caso de las penas indeterminadas que no sean las penas IPP nunca se podrá conceder la libertad condicional si no se realiza previamente una audiencia.

B.3.2 Las diferentes fases del procedimiento actualmente en vigor

A lo largo de este apartado se explicará cuál es el procedimiento que se sigue en la actualidad para valorar si procede o no conceder la libertad condicional a una persona condenada a una pena indeterminada una vez haya cumplido la tarifa o parte punitiva de la pena. Primero, describiré la fase previa a la celebración de la vista oral donde se realiza una revisión preliminar y, posteriormente, me centraré en cómo se desarrolla la audiencia.

B.3.2.1 La revisión preliminar por escrito

Una vez el caso ha sido remitido al comité, el personal de prisión comenzará a reunir toda la información requerida por las Reglas sobre la JLC 2016¹⁴²⁵ y será la Secretaría de Estado¹⁴²⁶ quien se encargue de proporcionar al comité y al preso el informe completo¹⁴²⁷.

¹⁴²² *Osborn*, párrafo 72.

¹⁴²³ Informe anual de la JLC 2014-2015, pp. 17 y 33-34. Véase también el Informe del Ministerio de Justicia, *Investigation into the Parole Board*, 2017, que recoge la investigación realizada sobre la JLC.

¹⁴²⁴ La propia página del Gobierno del Reino Unido (<https://www.gov.uk/government/news/new-parole-board-rules-2016>) anuncia que las reglas de la JLC han sido revisadas y detalla las áreas que se han abordado.

¹⁴²⁵ Reglas de la JLC 2016, anexo 1, parte A y B.

¹⁴²⁶ De nuevo, en la práctica, la Unidad de Cadena Perpetua de Instituciones Penitenciarias.

¹⁴²⁷ Las Reglas de la JLC 2016, regla 7.1.a.

Según las mencionadas Reglas, el expediente o informe incluye, desde información básica como el nombre de la persona presa o la fecha de inicio de cumplimiento de la pena, hasta los comentarios que realizó el juez al dictar sentencia, los informes previos al juicio examinados por aquél sobre las circunstancias del delito (si están disponibles) y también informes actuales sobre los factores de riesgo que presenta el preso, sobre su comportamiento en prisión y sobre la idoneidad o no de la libertad condicional. También se incluirá un informe actual sobre la gestión del riesgo elaborado por un agente de libertad condicional que contenga la siguiente información: las circunstancias familiares del preso y la actitud de la familia hacia él, las alternativas existentes en caso de que la persona interna no puede volver a casa, las posibilidades para el empleo, las actitudes de la comunidad hacia él (si se conocen), una declaración actual de la víctima que indique el impacto que ha tenido el delito en ella y su familia, la actitud del preso durante cualquier periodo que haya disfrutado en libertad (permisos de salida o tercer grado), una evaluación de la peligrosidad futura y la opinión sobre la idoneidad para la libertad condicional y recomendación de las condiciones a cumplir durante la libertad condicional¹⁴²⁸.

En el año 2013, como consecuencia de la decisión de la Secretaría de Estado de retirar todas las instrucciones emitidas por ella (salvo la relativa al traslado al régimen abierto), la JLC elaboró un documento-guía dirigido a sus miembros, que también señala qué factores deben tenerse en cuenta a la hora de tomar la decisión sobre la concesión o no de la libertad condicional. Entre ellos se incluye el delito cometido y cualquier otro perpetrado anteriormente, información sobre sus circunstancias personales actuales y pasadas, su comportamiento y relación con los otros presos, una valoración de los programas y tratamientos o cualquier actividad realizada para abordar su comportamiento delictivo, un examen actuarial de la peligrosidad¹⁴²⁹, la probabilidad de respetar las condiciones de libertad condicional, las declaraciones u alegaciones realizadas por el preso o su representante (de forma escrita o verbal). También se recogen otros factores que se asemejan a los que prevén las actuales Reglas sobre la JLC de 2016, como, por

¹⁴²⁸ Las Reglas de la JLC 2016, anexo 1, parte A y B.

¹⁴²⁹ A la hora de realizar la evaluación sobre la peligrosidad, el comité debe tener en cuenta los métodos de predicción actuariales. Así lo indicaban las instrucciones emitidas por la Secretaría de Estado en 2004 sobre la libertad condicional de las personas condenadas a penas indeterminadas (*Secretary of State's Directions on release of life sentence prisoners to the Parole Board*, 2004, párrafo 6.k) y actualmente lo indica la Guía aprobada por la JLC 2013 (*Guidance to Members* 2013, párrafo 4 vii), a raíz de la decisión de la Secretaría de Estado de eliminar todas las instrucciones que había emitido (a excepción de la relativa al traslado al tercer grado). En el Reino Unido se utilizan diferentes instrumentos de predicción actuariales y clínicos. Entre los primeros destaca el OGRS (*Offender group reconviction scale*) que sirve para predecir la probabilidad de reincidencia en el plazo de dos años desde que el preso es puesto en libertad o el VRAG (*Violent risk assessment guide*), que es el más utilizado para predecir la reincidencia violenta. Dentro de los métodos clínicos predomina el OASYS (*Offender Assessment System*), que se basa tanto en el estudio de la documentación como en una entrevista con el preso; y el HCR-20, que recoge 20 ítems.

ejemplo, cualquier informe que fue preparado para el juez sentenciador y cualquier sentencia del Tribunal de Apelación o el Tribunal Supremo sobre el caso o las circunstancias personales del preso¹⁴³⁰.

Aunque es cierto que se exige una gran cantidad de información y parte de ella se refiere al pasado del preso (los informes previos a la sentencia para conocer las circunstancias del delito cometido u otro anterior o sus circunstancias actuales y pasadas), el comité no está obligado a ponderar ningún factor por encima de otro. El objetivo de recopilar tanta información es que se pueda realizar una adecuada valoración del caso. Además, si la persona que realiza el examen preliminar por escrito considera que es necesario celebrar una vista oral para aclarar ciertas cuestiones, remitirá el caso al comité que se encarga de ello.

Aparte de lo anterior, el preso también puede aportar los documentos que estime necesarios y presentar alegaciones ante los miembros de la JLC que estudiará el caso¹⁴³¹. La presentación de las alegaciones en esta fase ha sido de importancia vital ya que, hasta antes del pronunciamiento del TS en el caso *Osborn* (2013), el preso solo podía solicitar, no exigir, la celebración de una vista oral. En caso de que el preso necesite más información o pruebas antes de presentar alegaciones, podrá solicitar que no se proceda a estudiar el caso hasta que haya preparado las alegaciones¹⁴³². Una vez el informe está completo, será estudiado, en primera instancia, por un órgano unipersonal. Como se puede deducir, al tratarse de un expediente que contiene un gran número de documentos (un expediente típico oscila entre cincuenta y cien páginas), se necesita una cantidad considerable de tiempo para leer toda la información.

En este punto es necesario recordar que varios estudios han destacado los riesgos inherentes a confiar en estos informes¹⁴³³. En primer lugar, puede resultar difícil determinar si un informe ha sido específicamente redactado para esta revisión o para otros objetivos de planificación del cumplimiento de la pena. En segundo lugar, el cuerpo principal del expediente se compone de informes escritos por el personal penitenciario, a menudo, en formato estándar y no necesariamente diseñado para el procedimiento de libertad condicional. En tercer lugar, los informes tienden a ser subjetivos, prejuiciosos y con “etiquetas”¹⁴³⁴. Además, el autor de un informe ha podido leer los informes de los demás, por lo que existe el riesgo de que ese informe posterior esté basado en opiniones

¹⁴³⁰ Este documento-guía se incluye en la *Parole Board Oral Hearings Guide 2014*, anexo J, bajo el título *Guidance to Members 2013*, pp. 76-77.

¹⁴³¹ Reglas de la JLC 2016, regla 9.1.

¹⁴³² ARNOTT y CREIGHTON, *Hearings*, 2014, pp. 205-206 y 219-220.

¹⁴³³ PADFIELD, *Beyond the tariff*, p. 85.

¹⁴³⁴ PADFIELD, *Beyond the Tariff*, pp. 84 -85.

anteriores e incluso en errores¹⁴³⁵. Puede suceder que las opiniones formadas al comienzo de la carrera del preso sean reforzadas y construidas a lo largo de los años y que, como consecuencia de ello, la información que queda obsoleta, sea reutilizada. Un hecho repetido durante años, una y otra vez, puede desarrollar un significado o importancia que no tiene consistencia¹⁴³⁶. Otro cuarto riesgo existente es que el material del informe esté organizado de tal forma que el caso se “construya” de acuerdo con la perspectiva de Instituciones Penitenciarias¹⁴³⁷. Por último, hay que señalar también que, muy a menudo, se produce un desfase temporal entre la elaboración de los informes y la revisión.

Tras el estudio de toda la información, el órgano unipersonal puede tomar dos decisiones (tal y como se ha explicado anteriormente): que el caso debe ser valorado mediante una audiencia (el criterio para tomar esa decisión será el que se estableció en el caso *Osborn*) o denegar la concesión de la libertad condicional, en cuyo caso el preso puede solicitar, pero no exigir, la celebración de la vista oral¹⁴³⁸.

B.3.2.2 La celebración de la audiencia

Este apartado está dividido en dos partes. En primer lugar, se explicará cómo se desarrolla la vista oral: los testigos que suelen participar (destacando aquellos que mayor influencia tienen para conseguir un resultado favorable para el preso), el papel que tiene el preso o a quién corresponde la carga de la prueba. En el segundo apartado nos centraremos específicamente en el objeto central de la vista oral: comprobar si existe o no peligrosidad criminal y, por consiguiente, si ha de otorgarse la libertad condicional.

a) El carácter informal de la vista y las claves para un resultado favorable al preso

Para la celebración de la audiencia, aparte del expediente al que se ha hecho referencia, se podrá presentar al comité cualquier prueba documental que se desee y

¹⁴³⁵ PADFIELD y LIEBLING, *Discretionary Lifer Panels*, p. 83. En una línea similar, HOOD y SHUTE, *Parole System*, p. 13, descubrieron que cuando se preguntó al personal penitenciario y a los agentes de libertad condicional cómo recopilaban la información para sus informes, éstos decían que dependían de los registros e información de prisión y la realizada por los agentes de libertad condicional, así como de la entrevista realizada al preso por ellos mismos.

¹⁴³⁶ Véase PADFIELD y LIEBLING, *Discretionary Lifer Panels*, p. 83, nota 43, para un ejemplo de cómo las mentiras de un preso pueden repetirse en el informe, haciendo que parezcan relevantes por el hecho de estar incluidas en la misma y como consecuencia de ello perjudicarle al preso (cazarle, en palabras del preso).

¹⁴³⁷ PADFIELD, *Beyond the Tariff*, p. 85.

¹⁴³⁸ Reglas de la JLC 2016, reglas 14.1.a y b. y 15.1. Véase también *MCA Guidance*, 2017, pp. 17 y 18. Esta guía indica al miembro que toma esa decisión que en la primera hoja debe incluir siempre este párrafo estándar: “*In making this decision the panel has considered your case against the principles set out in the case of Osborn, concerning oral hearings. The panel does not find that there are any reasons for an oral hearing and you have not submitted any reasons for an oral hearing. Therefore, your case is being concluded on the papers. However, if you believe that your case should proceed to an oral hearing, you are invited to submit further representations to the Parole Board within 28 days of receipt of this decision.*”

también los testigos que se considere¹⁴³⁹. Además, el comité puede recibir como prueba cualquier documento o información independientemente de que fuera o no admisible ante un tribunal ordinario¹⁴⁴⁰.

La vista oral se celebrará en privado y podrán estar presentes, además del comité y el preso, el letrado del recluso¹⁴⁴¹, los testigos y la víctima¹⁴⁴². Todos los participantes, incluyendo los posibles testigos, son invitados a la vista al mismo tiempo¹⁴⁴³. En relación con las partes de este procedimiento, es importante destacar una cuestión que puede afectar a la imparcialidad del comité. En los primeros años de los comités de cadena perpetua discrecional la participación de la Secretaría de Estado consistía en la emisión de su opinión de forma verbal en la audiencia, reduciéndose posteriormente a un breve escrito de opinión. Actualmente (desde 2012), ya no emite una opinión de forma rutinaria¹⁴⁴⁴. Existen algunas voces críticas que advierten de que esta ausencia de un representante por parte de la Secretaría de Estado que se posiciona a favor de la privación de libertad, puede significar que el comité se vea obligado a asumir ese papel por sí mismo. Como el preso ya tiene su defensa, existe el riesgo de que el comité se sienta obligado a posicionarse del lado de la prisión, en lugar de tener un papel de juzgador¹⁴⁴⁵.

El comité ante quien se celebra la audiencia podrá constar de uno a tres miembros¹⁴⁴⁶ y el presidente tiene amplia discrecionalidad para decidir cómo se lleva a cabo la audiencia. Aunque el comité tiene un papel judicial, tal y como recomiendan las Reglas de 2016 evitará las formalidades, es decir, debe llevar a cabo la vista de la manera que considere más adecuada para aclarar los problemas que se plantean¹⁴⁴⁷. Así, puede formular cualquier pregunta para determinar el nivel de peligrosidad del preso y puede

¹⁴³⁹ Reglas de la JLC 2016, reglas 9 y 20.

¹⁴⁴⁰ Reglas de la JLC 2016, regla 23.6. Las anteriores Reglas que estuvieron en vigor también afirmaban lo mismo, véase, por ejemplo, las Reglas de la JLC 2011, regla 25.6 o la de 1992, regla 13.5.

¹⁴⁴¹ No suele ser habitual que un interno esté representado por el mismo bufete de abogados que le ha representado en el juicio, por lo que la nueva defensa tiene que llevar a cabo una investigación considerable para preparar la vista oral. Véase PADFIELD, *Beyond the tariff*, p. 87.

¹⁴⁴² La víctima podría estar presente para presentar su declaración personal. Informe anual de la JLC 2014-15, p. 5. De hecho, el informe o expediente sobre el preso que se estudia, puede incluir, si lo hubiera, una declaración personal de la víctima en la que se establece el impacto que el delito ha tenido en ella y en su familia (anexo 1, parte B).

¹⁴⁴³ ARNOTT y CREIGHTON, *Hearings*, 2014, p. 247. Como explican estos autores, la razón por la que los testigos también están presentes durante toda la audiencia es porque la prueba que se presenta puede ser relevante para la valoración de la peligrosidad y, por ello, es útil para los testigos que escuchen esas pruebas. Existe una excepción y es cuando hay algunos hechos impugnados, por ejemplo, cuestiones que han sido previamente objeto de estudio por un tribunal ordinario. En ese caso, puede ser apropiado que la práctica de la prueba testifical se asemeje más a un procedimiento judicial ordinario.

¹⁴⁴⁴ Aunque si el comité considera que es necesaria la opinión de ésta o que esté presente en la audiencia un representante, lo puede solicitar (*PSI* 36/2012, párrafo 3.43 y confirmado por el *PSI* 22/2015, párrafo 3.52).

¹⁴⁴⁵ PADFIELD y LIEBLING, *Discretionary Lifer Panels*, pp. 106-110; y PADFIELD, *Beyond the Tariff*, pp. 141-142.

¹⁴⁴⁶ Como se ha señalado *supra*, apartado C, cuando el órgano está compuesto por tres personas, suelen constituirlo un juez, un psicólogo o psiquiatra y un agente de libertad condicional.

¹⁴⁴⁷ Reglas de la JLC 2016, reglas 5.2 y 23.2.a.

interrumpir un interrogatorio para lanzar una pregunta en cualquier momento¹⁴⁴⁸. Parece que la práctica más reciente es que el comité tome la iniciativa de preguntar a todos los testigos y después permita a las partes interrogar también a aquéllos¹⁴⁴⁹.

En relación con los testigos, normalmente suelen participar el psicólogo de prisión y el agente de libertad condicional que se ha asignado al preso. El testigo clave para el preso es su agente de libertad condicional. Sin el sólido apoyo de éste, la libertad condicional es totalmente improbable¹⁴⁵⁰. Expertos como psicólogos o psiquiatras también son, a menudo, llamados a testificar, como lo son también los miembros de la familia, el personal de prisión o incluso amigos¹⁴⁵¹.

Los abogados que mayor éxito obtienen parecen ser aquellos que son capaces de apoyar al preso, actuando en calidad de amigo o “traductor” de las complejas cuestiones. Los abogados que dejan al preso hablar por sí mismo son los más efectivos. El prisionero, por sí mismo, tiene un papel clave en persuadir al comité de que puede ser puesto en libertad o trasladado a un régimen abierto¹⁴⁵². Los propios presos que, de forma unánime, se muestran a favor de las audiencias, lo hacen porque se convierten en parte del proceso en el que se decide sobre su libertad y, por consiguiente, en cierta forma tienen poder sobre una decisión que les afecta¹⁴⁵³.

Es importante recalcar respecto a la carga de la prueba, que ésta debería corresponder, claramente, a instituciones penitenciarias, debe ser ésta la que pruebe por qué es necesario seguir manteniendo en cautividad al preso¹⁴⁵⁴. Sin embargo, en la práctica, los comités parecen sentir que el preso tiene una “persuasiva” carga de la prueba¹⁴⁵⁵. De hecho, precisamente porque parece que es el preso quien tiene que

¹⁴⁴⁸ Reglas de la JLC 2016, regla 23.2. Sin embargo, la jurisprudencia del TEDH habla de la necesidad de un procedimiento contradictorio (*adversarial proceeding*) para cumplir los requisitos del art. 5.4 CEDH (véase TEDH, *Hussain c. Reino Unido*, párrafos 59-60 y TEDH, *Singh c. Reino Unido*, párrafo 68). Aunque, como señalan ARNOTT y CREIGHTON, *Hearings*, 2014, pp. 247-248, párrafos 10.61 y 10.62, es posible que ese término no sea, en este contexto, un término específico o técnico y que se refiera a la necesidad de que existan dos partes, que ambos estén representados y que puedan presentar e interrogar a los testigos.

¹⁴⁴⁹ ARNOTT y CREIGHTON, *Hearings*, 2014, p. 249.

¹⁴⁵⁰ En el estudio de PADFIELD y LIEBLING, *Discretionary Lifer Panels*, pp. 46; 78-79 y 101-103, consiguieron la libertad condicional 9 de los 52 presos; todos estaban en tercer grado y habían recibido el apoyo de su agente de libertad condicional. Sólo un prisionero fue puesto en libertad condicional sin haber sido personalmente interrogado el agente de libertad condicional por parte del comité.

¹⁴⁵¹ PADFIELD y LIEBLING, *Discretionary Lifer Panels*, p. 103, explican que no todos los que asisten a una audiencia saben desde el comienzo si van a ser llamados en calidad de testigos. En el estudio dirigido por ellas, algunos funcionarios de prisión intervinieron incluso cuando no habían sido formalmente llamados a testificar. Estas autoras concluyeron que los testigos “jugaron un papel muy influyente, pero su participación parecía algo aleatorio”.

¹⁴⁵² PADFIELD y LIEBLING, *Discretionary Lifer Panels*, pp. 110-112.

¹⁴⁵³ PADFIELD, *Beyond the Tariff*, pp. 141-142.

¹⁴⁵⁴ PADFIELD, *Beyond the Tariff*, p. 143. Esta autora señalaba que, al igual que en 2001 el Gobierno modificó la Ley sobre salud mental (*Mental Health Act 1983*, la versión actual es la de 2007) para dejar claro que la carga de la prueba recae sobre las autoridades del hospital y no el preso, lo mismo debería hacerse en el caso de los comités de cadena perpetua discrecional. Los Tribunales de salud mental son tribunales que evalúan la peligrosidad de los enfermos mentales que han cometido un delito y a quienes se impone una *hospital order*.

¹⁴⁵⁵ ARNOTT y CREIGHTON, *Hearings*, 2014, p. 58, párrafo 3.95. Así mismo, la propia Guía emitida por la JLC sobre las vistas orales de 2014 (*PB Oral Hearings Guide 2014*), capítulo 4, se hace eco de las quejas de los representantes de los presos al señalar que éstos han manifestado que el art. 28.6.b de la Ley sobre el crimen de 1997

convencer de que debe ser puesto en libertad, es su representante legal quien llama, con mayor frecuencia, a los testigos¹⁴⁵⁶.

Finalmente, después de que se haya interrogado a los testigos, el preso tiene la oportunidad de dirigirse al comité¹⁴⁵⁷. Posteriormente, los representantes de las dos partes realizan sus observaciones finales, teniendo la última palabra el representante del preso. El comité entonces deliberará y tomará su decisión por mayoría. La decisión se recoge por escrito incluyendo las razones que justifican el resultado alcanzado y se les informa a las partes en el plazo de 14 días¹⁴⁵⁸.

Debe señalarse que la decisión del comité sólo puede referirse al asunto que la Secretaría de Estado le haya remitido, es decir, no tiene poder para aconsejar sobre otras materias que no le hayan sido remitidas por aquél¹⁴⁵⁹. El objetivo de esta regla es impedir que el comité se pronuncie acerca de los siguientes extremos: el traslado al régimen abierto, la fecha de la siguiente revisión o el programa sobre eliminación del comportamiento delictivo que necesita cursar antes de la siguiente revisión¹⁴⁶⁰. De vez en cuando, los reclusos piden al comité que asesore a la Secretaría de Estado sobre el cambio del régimen penitenciario o la necesidad de participar en un curso. Sin embargo, la Guía sobre las vistas orales de la JLC claramente indica que tales solicitudes deben ser rechazadas y el presidente debe negarse a recibir pruebas relacionadas con ellas. En la misma línea, también se advierte de que ayudar al preso a progresar hacia la libertad condicional no es su función¹⁴⁶¹. Según THORNTON, se trata de una limitación potencialmente ilegal y considera que el comité debería ser capaz de comentar y hacer recomendaciones sobre esos extremos, ya que están íntimamente relacionados con la

crea una injusta carga sobre el preso, ya que debe demostrar que es seguro ponerlo en libertad, cuando debería corresponder al estado demostrar que todavía es peligroso y no debe ser puesto en libertad. La JLC da por resuelta esta queja, señalando a continuación que su posición es que ambas partes tienen libertad para presentar pruebas y que su trabajo consiste en valorarlas sin exigir a nadie que pruebe su caso. Nos volveremos a referir al señalado precepto, en el siguiente apartado al estudiar la prueba de la peligrosidad.

¹⁴⁵⁶ PADFIELD, *Beyond the Tariff*, p. 92.

¹⁴⁵⁷ Reglas de la JLC 2016, 23.9.

¹⁴⁵⁸ Reglas de la JLC 2016, reglas 17.1 y 24.1. En el estudio dirigido por PADFIELD y LIEBLING, *Discretionary Lifer Panels*, p. 64, la rapidez con la que los comités alcanzaron las decisiones sorprendió a las directoras del estudio. Mientras que las audiencias tuvieron una duración de entre 8 minutos a 4 horas, la deliberación no duró nunca más de 20 minutos. Fue la carta que debían enviar al preso en la que deben incluirse las razones de la decisión, la que más tardaron en redactar: hasta 50 minutos. En la mayoría de los casos hubo consenso.

¹⁴⁵⁹ Esta prohibición se introdujo por primera vez en las Reglas de la JLC de 2004, regla 20 y actualmente se prevé en las Reglas de 2016, regla 24.2 y también en la Guía sobre las vistas orales de la JLC, 2014, capítulo 4, párrafo 1. Esta última señala literalmente: “*Prisoners will, from time to time, ask the Board to advise the Secretary of State on matters that he has not invited the Board to give advice on. Such applications must be resisted. Typically, these matters include... the necessity of specific offending behaviour courses*”. Y añade que “*The Board does not have power to give advice on any matters outside the remit of the Secretary of State referral. Such applications must be turned down and the chair must refuse to entertain evidence relating to them*”.

¹⁴⁶⁰ THORNTON, “Current practice”, p.142; y ARNOTT y CREIGHTON, *Hearings*, 2014, p. 185, párrafo 8:54.

¹⁴⁶¹ Reglas de la JLC 2016, párrafo 24.2. También la Guía sobre las vistas orales de la JLC, 2014, capítulo 4, párrafo 1 y la *MCA Guidance*, 2017, pp. 7 y 8 señalan que la JLC no puede recomendar el tercer grado, salvo que la Secretaría de Estado le haya remitido dicha solicitud.

libertad condicional y con la legalidad de la prolongación de la privación de libertad¹⁴⁶². Como se ha apuntado anteriormente el punto clave y fundamental para el preso que persigue la libertad condicional es poder progresar dentro del régimen penitenciario hasta conseguir el régimen abierto. Por ello, una negociación exitosa para la calificación es un prerequisite esencial para la libertad condicional.

Para finalizar, queda apuntar que no es posible una revisión interna, administrativa, de la decisión alcanzada por el comité. La única vía legal contra aquélla es a través de un recurso judicial¹⁴⁶³. Desde 1992 hasta el año 2000 hubo un gran número de solicitudes de revisión judicial, pero el éxito fue escaso, lo que no es sorprendente dado que quien recurre tiene que demostrar que el comité actuó de forma ilegal, irracional o siguió un procedimiento irregular¹⁴⁶⁴.

b) La prueba de la peligrosidad

La prueba de la peligrosidad constituye el elemento nuclear de la vista oral. Según establece la Ley sobre el crimen de 1997, el comité no puede conceder la libertad condicional, salvo que esté seguro de que la privación de libertad ya no es necesaria para “la protección de la sociedad”¹⁴⁶⁵. El peligro para la sociedad es, en palabras de la Guía sobre las vistas orales de la JLC, la consideración determinante. Así mismo, ésta añade que al evaluar si concede la libertad condicional, los intereses del preso son secundarios frente a la protección pública¹⁴⁶⁶. En la misma línea, el manual sobre la protección pública de 2009, afirmaba que el principio general es que la protección de las víctimas y la sociedad debería estar por encima de los derechos de los delincuentes y los presos¹⁴⁶⁷.

Centrándonos en la Ley, su redacción obliga a determinar dos cuestiones para entender cómo debe interpretarse “protección de la sociedad”: el tipo y nivel de riesgo que ha de existir.

¹⁴⁶² THORNTON, “Current practice”, p.142. Este autor se refiere a la regla 20 de las Reglas de la JLC de 2004, porque él escribió el libro en 2007, pero esa regla coincide en el contenido de la actual regla 24.2 de las Reglas de la JLC de 2016.

¹⁴⁶³ ARNOTT y CREIGHTON, *Hearings*, 2010, p. 291, párrafo 14:13. El recurso debe interponerse ante el Tribunal superior (*High Court*) en el plazo de 3 meses. Para mayor información sobre la organización de los tribunales en el Reino Unido, véase *supra* capítulo primero, apartado II, nota al pie 406.

¹⁴⁶⁴ PADFILED y LIEBLING, *Discretionary Lifer Panels*, p. 16 y ARNOTT y CREIGHTON, *Hearings*, 2010, p. 294, párrafo 14:17.

¹⁴⁶⁵ Art. 28.6.b de la Ley sobre el crimen de 1997 (anteriormente, art 34.4 de la Ley de Justicia Penal de 1991). La ley señala: “*The Board is satisfied that it was no longer necessary for the protection of the public that he should be confined*”. Desde que entró en vigor la Ley sobre determinación de la pena de 2012, el test o prueba que se exige para decidir la concesión de la libertad condicional inicial es el mismo tanto para las personas que cumplen una pena indeterminada como una determinada.

¹⁴⁶⁶ Guía sobre las vistas orales de la JLC, 2014, capítulo 4, párrafo 1.2.

¹⁴⁶⁷ *Public Protection Manual*, capítulo 1: *risk of harm*, 2009, párrafo 8.3. Este manual viene a cubrir la materia que antes se recogía en el *PSO 4700*, capítulo 7 (*risk assessment*). Actualmente existe una versión de 2016 (*PSI 18/2016*) en la que se suprime ese párrafo.

En cuanto al tipo de riesgo, debe tratarse de un riesgo que suponga un grave daño para la sociedad (*serious harm to the public*) también denominado peligrosidad (*dangerousness*); sólo ese riesgo puede justificar la prolongación de la privación de libertad más allá de la tarifa¹⁴⁶⁸. Así se determinó en el caso *Benson* (1988), recogido posteriormente en *Bradley* (1991), que definió el significado de grave daño como el tipo de delitos que motivaron la imposición de la cadena perpetua; en otras palabras, riesgo para la vida o la integridad física¹⁴⁶⁹. Por tanto, debe tratarse de delitos similares a los de la sentencia, los cuales pongan en riesgo la vida o la integridad física. Esto se encuentra en consonancia con la definición que, años más tarde, recogió la Ley de Justicia Penal de 2003 en el art. 224.3, describiendo el grave daño como la muerte o las lesiones graves, ya sean físicas o psicológicas (aunque ese precepto se refiere específicamente a la peligrosidad que ha de probarse para poder imponer una pena indeterminada¹⁴⁷⁰).

Cabe recordar en este punto, que en una línea similar a la sentencia *Bradley*, el TEDH también ha establecido la necesidad de la existencia de una relación de fundamento entre el objetivo que busca la prolongación de la privación de libertad más allá del plazo mínimo y el que busca la sentencia impuesta. De esa manera, el tribunal entra a determinar el tipo de delito de posible comisión que podría justificar la prolongación de la privación de libertad, afirmando que no ha de ser idéntico al que llevó a imponer la pena, pero sí similar¹⁴⁷¹.

En cuanto al nivel de riesgo, se planteó una discusión al respecto en el citado caso *Bradley*. El preso, que cumplía una cadena perpetua discrecional, argumentó que debía aplicarse el mismo test que el que se exige para decidir si se impone esa pena, es decir, un alto grado de peligro para la sociedad¹⁴⁷². Sin embargo, el Tribunal rechazó que el umbral debía ser el mismo, pues ello supondría que el comité tuviera que poner en libertad

¹⁴⁶⁸ ARNOTT y CREIGHTON, *Hearing*, 2014, p. 40, párrafo 3.40.

¹⁴⁶⁹ EWHC, *Bradley*, p. 142: “*If the risk to the public is the test, risk must mean risk of dangerousness. Nothing else will suffice. It must mean there is a risk of the prisoner repeating the sort of offence for which the life sentence was originally imposed; in other words, risk to life and limb*”.

¹⁴⁷⁰ Véase supra capítulo primero, apartado II.4.C.1.

¹⁴⁷¹ Entre otros, TEDH, *Van Droogenbreck c. Bélgica*, párrafo 40; TEDH, *Eriksen c. Noruega*, párrafo 78; TEDH, *M c. Alemania*, párrafo 88 y TEDH, *James, Lee y Wells c. Alemania*, párrafo 189. Para mayor información, véase el capítulo segundo, apartado II, 3.B.2.1. Sin embargo, el TEDH no se ocupa de abordar el grado o nivel de peligrosidad necesario para que sea compatible con el Convenio. Como se explicará en mayor profundidad *infra* apartado II.4.C.2.3 en el caso de España, el art. 92 CP exige para la concesión de la libertad condicional estar en tercer grado y un pronóstico favorable de reinserción, para lo cual se tiene en cuenta, entre otros factores, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectador por una reiteración en el delito. Sin embargo, no se detallan cuáles son esos bienes jurídicos a los que hace alusión, ni tampoco se determina cuál debe ser el grado o nivel de peligrosidad, por tanto, se deja a discreción del juez la consideración de los bienes jurídicos que deben ser objeto de protección por una futura comisión de delitos, así como también el grado de lesión de los mismos que justificaría la denegación de la libertad condicional.

¹⁴⁷² “*High degree of perceived public danger*”, EWHC, *Bradley*, p. 146. Años más tarde, en 2005, cuando se introdujo un capítulo específico dedicado a los “Delincuentes peligrosos” en la Ley de Justicia Penal de 2003, se recogió expresamente que para imponer una pena indeterminada debía existir un “riesgo significativo” (art. 229.1.b). El grado de peligrosidad y el tipo de delito de probable comisión que se exige para poder imponer una pena indeterminada han sido estudiados en el capítulo primero, apartado II, 4.C.1.

a un grupo de personas que presentase un riesgo relativamente alto, lo que no había sido la intención del Parlamento. Como se explica en la sentencia, la decisión de poner en libertad al preso, a diferencia de la decisión acerca de la pena a imponer, tiene un efecto inmediato, en el sentido de puesta en peligro de la sociedad. Por ello, considera perfectamente apropiado que el comité aplique un test de peligrosidad más bajo, es decir, uno menos favorable para el preso¹⁴⁷³. A pesar de que el tribunal afirmase que el nivel de riesgo podía ser inferior al exigido para la imposición de la pena, el test de peligrosidad que estableció se construye sobre dos pilares: que el riesgo debe ser sustancial, es decir, debe existir un riesgo más que el mínimo y que debe ser suficiente para ser considerado inaceptable. Así mismo, apuntó que, cuanto más tiempo permanezca el preso en prisión una vez cumplida la tarifa, la percepción de peligrosidad ha de ser más clara para poder justificar esa prolongación¹⁴⁷⁴.

Posteriormente, en el año 2004 la Secretaría de Estado aprobó unas instrucciones en relación con la puesta en libertad condicional de las personas condenadas a una pena indeterminada¹⁴⁷⁵. Esto produjo una dificultad importante a la hora de determinar cuál era el grado de peligrosidad que debía aplicarse para decidir si se concede o no la libertad condicional, derivada de la contradicción existente entre lo que establecían esas instrucciones y lo que exigía la ley.

Según las instrucciones del ejecutivo el comité no debía ordenar la libertad condicional, a menos que el riesgo no fuese más que el mínimo¹⁴⁷⁶. Sin embargo, la prueba exigida por ley, tal y como había sido interpretada por la jurisprudencia, principalmente en el citado caso *Bradley*, era que el riesgo debía ser sustancial¹⁴⁷⁷. Por consiguiente, la JLC no podía ordenar la libertad condicional si el riesgo para la sociedad era mayor que el sustancial, lo que viene a significar que el riesgo tiene que ser mayor que el meramente perceptible o mínimo para denegar la concesión de la libertad

¹⁴⁷³ EWHC, *Bradley*, p. 145

¹⁴⁷⁴ EWHC, *Bradley*, p. 146: “First, that the risk must indeed be “substantial” ...but this can mean no more than that it is not merely perceptible or minimal. Second, that it must be sufficient to be unacceptable in the subjective judgment of the Parole Board”. En cuanto a la necesidad de una mayor claridad sobre la existencia de la de peligrosidad cuanto más se aleje en el tiempo de la tarifa, se confirmó lo mismo en el caso UKSC, *Osborn*, párrafos 2.vi y 82.

¹⁴⁷⁵ *Secretary of State’s Directions on release of life sentence prisoners to the Parole Board*, 2004, que pueden encontrarse en la Guía sobre las vistas orales de la JLC, 2012, anexo E y también en la normativa penitenciaria, *Prison Service Order (PSO) 4700*, anexo B.

¹⁴⁷⁶ Para poder determinar qué significaba la protección a la sociedad recogida en el art. 28.6.b de la Ley de 1997, la Secretaría de Estado emitió la siguiente instrucción *Secretary of State’s Directions on release of life sentence prisoners to the Parole Board*, 2004, señalando en el párrafo 4: “The test to be applied by the Parole Board in satisfying itself that it is no longer necessary for the protection of the public that the prisoner should be confined, is whether the lifer’s level of risk to the life and limb of others is considered to be more than minimal”. Previamente, el 10 de noviembre de 1997 la Secretaría de Estado también había realizado una declaración parlamentaria (*parliamentary statement*) señalando que “el riesgo de cometer nuevos delitos castigados con pena de cárcel como consecuencia de la concesión de la libertad condicional debe ser aceptablemente bajo” (texto original: *the level of risk of his committing further imprisonable offences presented by his release is acceptably low*). Véase Acta oficial del debate de la Cámara de los Comunes, 10 de noviembre de 1997, respuesta por escrito, columnas 419-420.

¹⁴⁷⁷ EWHC, *Bradely*, p. 146. Véase nota al pie 1472.

condicional. En otras palabras, el riesgo debía ser inaceptable según el juicio que realice la Junta¹⁴⁷⁸.

En relación con las instrucciones del ejecutivo, unos años más tarde, en el caso *Girling* (2006), se declaró que no podían establecer el test de peligrosidad aplicable en relación con las penas indeterminadas¹⁴⁷⁹. El tribunal de Apelación sostuvo que al dar instrucciones al comité cuando éste actuaba como tribunal, el ejecutivo podía proporcionar orientación sobre los asuntos que debían tenerse en cuenta. Sin embargo, lo que no era permisible, era que interpretase el test o la prueba legal que el comité debía aplicar, ya que esto impugnaría su independencia. El Tribunal señaló que el papel que desempeña el comité cuando valora si concede o no la libertad condicional es una función judicial, por ello, debe decidir qué principios y test aplicar con referencia a la jurisprudencia. Así, tras analizar la instrucción emitida en 2004 por la Secretaría de Estado sobre la puesta en libertad de las personas condenadas a una pena indeterminada, concluyó que, salvo el párrafo 4, en el que se indica qué test de peligrosidad ha de aplicar el PB (no más que el mínimo), éstas eran inocuas y no iban en contra de la independencia judicial del comité¹⁴⁸⁰. Finalmente, en el año 2013 el ejecutivo retiró por completo las instrucciones emitidas sobre la libertad condicional -como se ha señalado *supra* apartado 2.B.

En relación con la doctrina jurisprudencial, durante mucho tiempo, la sentencia más influyente en relación con el nivel de riesgo necesario que pueda justificar la privación de libertad más allá del periodo mínimo fue *Bradley*. Sin embargo, en 2013 en el caso *Sturnham* esta cuestión fue nuevamente revisada y el Tribunal Supremo modificó en cierta manera el test que el comité debía aplicar. En opinión de dicho Tribunal, la identificación del riesgo “sustancial” con aquel que no sea meramente perceptible o mínimo, tiende a cambiar el enfoque o el punto de partida de una manera que puede influir en la conclusión; por ello, afirma que es preferible concentrarse en el lenguaje legal y no parafrasearlo¹⁴⁸¹. Así, consideró que no es apropiado aplicar un umbral rígido, mediante

¹⁴⁷⁸ EWHC, *Bradely*, p. 146.

¹⁴⁷⁹ Cabe señalar en este punto que las instrucciones sobre la libertad condicional de las personas condenadas a una pena determinada señalaban que se podía denegar la libertad condicional, aunque el riesgo de reincidencia fuera de comisión de cualquier tipo de delitos (no exclusivamente violentos o sexuales) y cualquiera que fuera el nivel de riesgo. Sin embargo, tras la entrada en vigor de la Ley sobre determinación de la pena de 2012, en la valoración de la libertad condicional de ambos tipos de penas (determinadas e indeterminadas), la Junta tiene que aplicar el mismo test por disposición de la citada ley.

¹⁴⁸⁰ EWCA, *Girling*, párrafos 21-25 y 29-33. El Tribunal inferior (*High Court* o tribunal superior), había declarado que el poder otorgado a la Secretaría de Estado por medio del art. 32.6 de la Ley de 1991 para dar instrucciones a la JLC en el ejercicio de sus funciones judiciales era incompatible con el desempeño de su función judicial independiente, pero el Tribunal de Apelación consideró errónea esa declaración y la anuló determinando que solo el párrafo 4 de la citada instrucción era inapropiado, porque atenta contra la independencia de la JLC.

¹⁴⁸¹ UKSC, *Sturnham*, párrafo 29. Así mismo, en el párrafo 28 señala que el Tribunal en *Bradley* fue demasiado lejos al equiparar “riesgo significativo” con una probabilidad matemática y que el criterio de las “buenas razones” (*good grounds*) para creer que el preso puede seguir siendo un grave peligro es más aceptable.

el cual sólo la existencia de un riesgo mayor que el mínimo de causar daño grave pueda justificar la privación de libertad después de la tarifa. La sentencia señala que el objetivo de la privación de libertad más allá del período mínimo no se limita a la eliminación de un riesgo significativo; el objetivo puede ser la protección de la sociedad frente a un riesgo más general y más bajo, durante el tiempo que sea necesario¹⁴⁸². Como explican ARNOTT y CREIGHTON el tribunal entiende que la existencia de una probabilidad menor de causar un delito de particular gravedad podría servir para denegar la libertad condicional, en contraposición a un riesgo alto de causar un delito menos grave¹⁴⁸³.

Como se ha podido comprobar, en el Reino Unido se aplican dos test de peligrosidad diferentes (uno menos favorable que el otro para el reo), en función de si la decisión a considerar es la relativa a la procedencia de la imposición de una pena indeterminada (a la que nos hemos referido en el capítulo primero, apartado II. 4.B.4) o si lo que debe valorarse es la prolongación, más allá de la tarifa, de la pena, al establecer. Esta desigual escala de protección parece evidenciar lo apuntado por SCHAUER, quien afirma que el problema de las medidas preventivas no es tanto que sean preventivas, sino que a menudo se basan en probabilidades predictivas más bajas que las que exige el derecho penal a la hora de establecer una condena; al igual que sucede con la carga de la prueba que se traslada al condenado, en lugar de corresponder al fiscal¹⁴⁸⁴.

5. Régimen durante la libertad condicional y su duración

Una vez se concede la libertad condicional, las personas que salen de prisión estarán sujetas al régimen de libertad condicional, lo que significa que estarán supervisados por el Servicio de Libertad Condicional (en concreto, bajo el control del agente de LC que sea nombrado) y podrían ingresar de nuevo en la cárcel si se considera necesario para proteger a la sociedad. Existen ligeras diferencias en los regímenes de la

¹⁴⁸² UKSC, *Sturnham*, párrafos 43 y 44. El Tribunal explica que “A person who has not committed a serious offence cannot be detained, even if he presents a significant risk of the commission of specified offences: that is because the threshold has not been crossed. But where the threshold is crossed, it does not follow that the objective of detention beyond the tariff period is confined to the elimination of any significant risk (whether that means whatever significant risk was identified when the sentence of IPP was imposed or any significant risk which may at the end of the tariff period be thought to exist). The objective may well be the more general protection of the public for as long as necessary”. Por esa razón, el Tribunal Supremo en *Sturnham*, párrafos 39 y 40, consideró erróneas dos sentencias previas del Tribunal de Apelación (en las que se basó la defensa de *Sturnham*), porque en esas sentencias se determinó que el test a aplicar a la hora de decidir sobre la libertad condicional era el mismo que el que debe aplicarse a la hora de decidir si se impone una pena. En EWCA, *Pedley*, 2009, párrafo 22, el tribunal de Apelación había declarado que la privación de libertad era compatible con el CEDH (arts. 3 y 5), porque, entre otras razones, el sistema permite conceder la libertad condicional cuando no exista un riesgo significativo; y en *Walker*, 2008, párrafo 35, se determinó que el objetivo de la IPP era privar de libertad a la persona hasta que deje de presentar un riesgo significativo.

¹⁴⁸³ ARNOTT y CREIGHTON, *Hearings*, 2014, p. 44, párrafo 3.51.

¹⁴⁸⁴ SCHAUER, “Prevention”, pp. 2 y 10-22). En la misma línea, afirma ASP, “Preventionism”, p. 29, citando a HASSEMER, que el problema central del paradigma de la prevención es su falta de límites.

libertad condicional de la pena IPP¹⁴⁸⁵ y de la cadena perpetua, así como también entre esas penas indeterminadas y la pena determinada extendida.

La libertad condicional de las personas sujetas a una cadena perpetua permanece en vigor durante toda la vida¹⁴⁸⁶, de modo que pueden ingresar en la cárcel en cualquier momento para continuar cumpliendo la cadena perpetua si tal medida se considera necesaria para proteger a la sociedad¹⁴⁸⁷. La libertad condicional de las personas sujetas a una pena IPP también permanece en vigor durante el resto de la vida, pero la diferencia radica en que al de 10 años de concederla el condenado puede solicitar al comité su cancelación y si no tiene éxito, puede volver a solicitarla con una periodicidad anual¹⁴⁸⁸. Los derechos del preso, por consiguiente, son principalmente el derecho a una revisión periódica para que se valore la necesidad de la privación de libertad prolongada¹⁴⁸⁹.

En el caso de la pena extendida, al ser ésta una pena determinada, la duración de la libertad condicional también lo es, siendo equivalente al tiempo que quede por cumplir de la parte de custodia (que será un tercio, si efectivamente el comité concede la libertad condicional al cumplimiento de las dos terceras partes, según la última reforma de 2015)¹⁴⁹⁰.

Cuando se concede la libertad condicional, el comité establece una serie de condiciones estándar que el condenado debe cumplir, como por ejemplo, la no comisión de otros delitos; estar en contacto con el agente de libertad condicional o recibir las visitas de éste en su domicilio; residir en el sitio que haya sido aprobado por aquél; no realizar ningún trabajo o un tipo determinado de trabajo, a menos que sea aprobado por el agente de supervisión y notificarlo previamente; y no viajar fuera del Reino Unido, salvo previo permiso de su supervisor. También pueden imponerse condiciones adicionales específicas para cada preso, como la necesidad de asistir a nuevos cursos para la eliminación del comportamiento delictivo o las prohibiciones de acercamiento a ciertos lugares con el fin de proteger a la víctima o la familia de aquélla o mantener contacto con esas personas y permanecer en un sitio determinado durante las horas establecidas¹⁴⁹¹. Aunque las condiciones de la libertad condicional las prepara el PPCS (*Public Protection Casework*

¹⁴⁸⁵ Actualmente derogada por la Ley sobre determinación de la pena de 2012.

¹⁴⁸⁶ Art. 31.1 de la Ley sobre el crimen de 1997.

¹⁴⁸⁷ En la práctica, las condiciones de libertad condicional pueden ser levantadas en cualquier momento por la Secretaría de Estado (aunque en la práctica no antes de 4 años desde la concesión de la libertad condicional). Sin embargo, aunque eso ocurra, la libertad condicional permanece en vigor hasta la muerte del preso, por lo que siguen sujetos al régimen de la revocación en base a la peligrosidad que puedan suponer para la sociedad.

¹⁴⁸⁸ Véase los arts. 31 y 31A de la Ley sobre el Crimen de 1997 (*Duration and conditions of licences*) según las modificaciones introducidas por la Ley de Justicia Penal de 2003 en el anexo 18 (*Release of prisoners serving sentences of imprisonment or detention for public protection*).

¹⁴⁸⁹ ASHWORTH, *Sentencing*, 2010, pp. 232.

¹⁴⁹⁰ Véase *supra* apartado 2.B.

¹⁴⁹¹ Para mayor información sobre las condiciones de libertad condicional, véase PSI 12/2015, *Licence conditions, licences and licence and supervision notices*.

Section) en nombre de la Secretaría de Estado, sólo pueden ser impuestas, variadas o canceladas de acuerdo con la recomendación del comité¹⁴⁹².

Para finalizar, es importante resaltar que una investigación realizada en el Reino Unido puso de manifiesto la relación que, en ocasiones, puede existir entre la imposición de algunas condiciones de libertad condicional y la reincidencia. Esa investigación reveló que si bien existía un riesgo de reincidencia durante la libertad condicional, para muchos, parecía que aquél incrementaba, en lugar de disminuir, por algunas condiciones impuestas durante la libertad condicional y, en especial, por la prolongación de la privación de libertad¹⁴⁹³.

6. La revocación de la libertad condicional

La libertad condicional puede ser revocada en cualquier momento por la Secretaría de Estado¹⁴⁹⁴. Antes de la reforma introducida por la Ley de Justicia Penal de 2008, el ejecutivo necesitaba la recomendación del comité para revocar la libertad condicional de la persona que cumplía una pena indeterminada (aunque excepcionalmente podía revocar la licencia sin la previa consulta a ese órgano)¹⁴⁹⁵. Sin embargo, a partir de la citada Ley la revocación es únicamente una decisión del ejecutivo (al igual que con las penas determinadas)¹⁴⁹⁶.

Para poder revocar la libertad condicional, debe demostrarse que el preso presenta un peligro para la sociedad. Sin embargo, no es necesario que exista una nueva condena por otro delito¹⁴⁹⁷. Puede haber otros factores, como el comportamiento asociado al delito por el que está cumpliendo la pena de prisión, el incumplimiento de las condiciones de libertad condicional, un comportamiento que lleva a su agente de libertad condicional a

¹⁴⁹² Ley sobre el crimen 1997, art. 31.3. Como señala la PI 9/2015, *Licence conditions and temporary travel abroad*, párrafo 2.60, las condiciones de libertad condicional pueden ser variadas una vez el preso está en libertad, en cuyo caso el servicio de libertad condicional mandará una solicitud al PPCS y éste se lo remitirá a la JLC. Si la Junta lo acepta, el PPCS emitirá las condiciones modificadas.

¹⁴⁹³ Para mayor información, véase, PADFIELD, “Undertanding recall”, *passim*. Respecto a los efectos de la prolongación de la privación de libertad más allá de la tarifa, algunos miembros de los comités de cadena perpetua discrecional tenían claro que un periodo largo de tiempo en prisión una vez cumplida la pena mínima establecida, indicaba un alto riesgo de reincidencia, véase PADFIELD, *Beyond the Tariff*, p. 99.

¹⁴⁹⁴ Más concretamente, es el PPCS (*Public Protection Casework Section*), en nombre de la Secretaría de Estado quien revoca la libertad condicional. La decisión de revocar la libertad condicional recae, en primer lugar, sobre el *offender manager* (agente de libertad condicional) que supervisa al preso. Éste completa un informe que recibe la aprobación de su superior jerárquico y la envía al PPCS dentro del plazo de 24 horas. Así mismo, el PPCS tendrá 24 horas (o dos en caso de emergencia) para decidir si revoca o no. Hay que señalar que el oficial de libertad condicional, al tomar la decisión de que ya no puede supervisar al preso de forma segura, es poco probable que se apresure a preparar un nuevo plan de LC (Véase *PSI 30/2014*, párrafos 4.34-4.36)

¹⁴⁹⁵ Véase los arts. 32.1 y 32.2 de la Ley sobre el crimen de 1997 y el *PSO 4700*, capítulo 13, 2006, párrafo 13.18.

¹⁴⁹⁶ Art. 31 de la Ley de 2008.

¹⁴⁹⁷ PADFIELD, *Beyond the Tariff*, p. 102, señala que pocas personas a las que se ha revocado una libertad condicional han cometido un nuevo delito grave.

pensar que podría estar a punto de cometer otro delito (por ejemplo, si empiezan a beber mucho alcohol) o también faltar a las citas con el agente que lo supervisa¹⁴⁹⁸.

Se ha criticado la ausencia de una previsión legal sobre los motivos que pueden llevar a revocar la libertad condicional¹⁴⁹⁹. Los criterios de referencia en esta materia fueron las instrucciones que emitió la Secretaría de Estado en 2004¹⁵⁰⁰. Éstas exigían al comité que a la hora de confirmar o no la revocación valorase si el mantener al preso en libertad suponía un riesgo inaceptable de causar daño a otras personas. Para ello, le requería que tuviera en cuenta la inmediatez y el nivel de riesgo (sin especificar si debía ser sustancial o no), a quién podía afectar esa peligrosidad (si a un individuo concreto o a la sociedad en general) y si se habían incumplido anteriormente las condiciones impuestas. Como ya se ha indicado previamente, éstas instrucciones fueron eliminadas en 2013.

Una vez producida la revocación, todos los casos deben ser remitidos al comité¹⁵⁰¹, para que éste decida si esa revocación es legal o no (en cumplimiento del art. 5.4 del CEDH). Las revisiones sobre la revocación de la libertad condicional se realizan siempre mediante una vista oral¹⁵⁰². Es probable que en estas audiencias haya más hechos impugnados que en las que se celebran tras el cumplimiento de la tarifa para decidir si se concede la libertad condicional por vez primera. Por esa razón, aunque no es la política del PPCS presentar alegaciones en nombre de la Secretaría de Estado, sí es más habitual que eso ocurra en las vistas orales celebradas tras la revocación. Estas audiencias suelen seguir más el modelo acusatorio y, por ello, los testigos no deben estar presentes en la sala antes de testificar. El PPCS siempre solicitará a la persona que ha supervisado al

¹⁴⁹⁸ PSO 4700, capítulo 13, 2006, pp. 12-13, párrafo 13.18 y PSI 30/2014 *Recall Review and Re-release of Recall Offenders*, p. 19, párrafo 6.

¹⁴⁹⁹ APPLETON, *Life imprisonment*, p. 35.

¹⁵⁰⁰ *Secretary of State's Directions on recall of life sentence prisoners to the Parole Board*, 2004, párrafos 10 y 11. Como hemos señalado anteriormente, estas Instrucciones se recogen en la Guía sobre las vistas orales de la JLC, 2012, anexo E.

¹⁵⁰¹ Art. 32.4 Ley de 1997.

¹⁵⁰² Reglas de la JLC 2016, reglas 3 y 14.2. Véase también el *MCA Guidance*, 2017, p. 11, en la que se señala que las personas condenadas a cadena perpetua automáticamente tienen derecho a una audiencia, salvo que el preso lo rechace. Sin embargo, en el caso de las IPP y también las penas extendidas (penas determinadas) no necesariamente ha de celebrarse una audiencia, pues el único miembro que realiza el examen preliminar puede decidir por escrito conceder la libertad condicional, aunque también puede considerar que el caso debe ser estudiado mediante la celebración de una vista oral. Ello significa que se podrá conceder la libertad condicional sin necesidad de realizar una audiencia (véase la citada regla 14.2, en la que explícitamente se excluyen las penas IPP, y la *MCA Guidance*, 2017, pp. 7, 8 y 130). De hecho, ese miembro debe necesariamente valorar si existe la necesidad de una vista oral independiente de que el preso la solicite o no, y lo debe hacer teniendo en cuenta lo establecido en *Osborn* (ARNOTT y CREIGHTON, *Hearings*, 2014, pp. 303-304, párrafo 12:47.) Así mismo, el preso puede pedir la celebración de la audiencia como parte de las alegaciones presentadas o ante la negativa de volver a concederle la libertad condicional por parte del miembro que toma decisión sobre el papel (véase también la Guía sobre las vistas orales de la JLC, 2014, anexo E, párrafo 5.2). Si se decide no conceder la libertad condicional, en el caso de la pena extendida, el preso podrá continuar en prisión durante el periodo de tiempo que le reste por cumplir la parte de custodia. En el caso de la IPP, al ser una pena indeterminada, al igual que el resto de penas indeterminadas, se volverá a revisar al de dos años (Ley sobre el crimen de 1997, art. 28.7.b).

preso en la comunidad que esté en la audiencia para explicar las razones que llevaron a revocar la libertad condicional¹⁵⁰³.

Los comités, además de confirmar la decisión de reingreso, al mismo tiempo, deben decidir si todavía es necesaria la privación de libertad en aras a la protección de la sociedad, por ello, se exige que el informe sobre la revocación (que elabora quien supervisaba al preso) también incluya un plan de libertad condicional incluso aunque esa persona no apoye la libertad condicional¹⁵⁰⁴.

Para finalizar, si el comité después de celebrar la audiencia decide no conceder la libertad condicional, el representante de la Secretaría del Estado (PPCS) es quien fijará la nueva fecha de revisión, que no puede ser superior a dos años¹⁵⁰⁵. El preso puede presentar alegaciones en contra de ese plazo si sabe que el programa para modificar el comportamiento delictivo que debe cursar será completado antes de la fecha indicada. El comité tampoco puede recomendar el traslado al régimen abierto, salvo que, cuando la Secretaría de Estado le haya remitido el caso, específicamente le haya solicitado consejo al respecto¹⁵⁰⁶.

7. Recapitulación y valoración crítica

La “lucha” por el poder para decidir sobre la libertad condicional de las personas que cumplen una pena indeterminada ha caracterizado al sistema de revisión de la pena del Reino Unido (Inglaterra y Gales). La progresiva judicialización de ese procedimiento que se ha producido, ha estado marcada por la disputa interna entre el ejecutivo (Secretaría de Estado) y la Junta de Libertad Condicional. En esta conquista, los pronunciamientos del TEDH en relación con el art. 5.4 CEDH han sido fundamentales para conseguir que esas decisiones sean independientes del ejecutivo y cumplan con una serie de garantías procesales, como la celebración de una vista oral con presencia del reo o la posibilidad de interrogar a quienes presenten pruebas en su contra.

Para tomar una decisión acerca de la concesión de la libertad condicional o la confirmación de la revocación de aquella, el comité debe realizar una evaluación de la

¹⁵⁰³ ARNOTT y CREIGHTON, *Hearings*, 2014, pp. 319-320, párrafo 12.91. Véase también JACKSON, “Parole hearings”, pp. 417-440, quien aborda la cuestión de si deben aplicarse las garantías de los procedimientos judiciales a los procedimientos de revocación.

¹⁵⁰⁴ PSI 30/2014, párrafo 5.9. PADIFELD, *Beyond the Tariff*, pp. 102-103, señalaba en el año 2002, que el foco de la discusión y de la prueba en estos comités se centraba sobre lo que fue mal durante el tiempo que el preso estuvo en la comunidad y no sobre un nuevo plan para el caso de conceder de nuevo la libertad condicional. De hecho, señalaba que el Servicio de Libertad Condicional normalmente no preparaba un plan de libertad condicional y, por consiguiente, las cuestiones sobre la libertad condicional se pasaban, a menudo, por alto o, al menos, se decidían de forma fácil.

¹⁵⁰⁵ Ley sobre el crimen 1997, art. 28.7.b

¹⁵⁰⁶ ARNOTT y CREIGHTON, *Hearings*, 2014, p. 320, párrafo 12:93.

peligrosidad, por tanto, esa función es clave en el proceso de revisión. Sin embargo, la predicción del riesgo en la población penitenciaria es altamente problemática¹⁵⁰⁷. Señala THORNTON que la predicción del riesgo es “una decisión que se toma valorando la percepción subjetiva más que las probabilidades fácticas”¹⁵⁰⁸.

Un componente crucial en la gestión de la peligrosidad fue el desarrollo y uso de las herramientas de evaluación, pero la investigación realizada sobre los instrumentos de predicción ha demostrado que, aunque el método actuarial es el más preciso en términos puramente predictivos, incluso el más sofisticado de ellos tiene limitaciones¹⁵⁰⁹. En la misma línea, entre nosotros, MARTÍNEZ GARAY destaca los grandes márgenes de error que presentan los pronósticos de peligrosidad y sitúa al mismo nivel, en cuanto a la baja capacidad predictiva, los métodos clínicos y los actuariales¹⁵¹⁰. Existe, por tanto, una importante grieta en el corazón del procedimiento de libertad condicional, lo que plantea serias dudas sobre la equidad de estas evaluaciones. PADFIELD y BILD van un paso más allá y ponen en duda que, incluso si las predicciones sobre la peligrosidad pudieran hacerse con precisión, mantener en prisión a una persona más tiempo por razones de peligrosidad, pueda estar moralmente justificado¹⁵¹¹.

Si además a esta dificultad de predecir la peligrosidad se le añade la aplicación de un estándar de protección inferior para justificar la prolongación de la libertad condicional, el derecho a la libertad queda reducido a mínimos. Como hemos podido comprobar al estudiar el conjunto de penas indeterminadas existentes en el RU (capítulo primero, apartado II), la peligrosidad es un elemento central a valorar no sólo a la hora de determinar si se concede la libertad condicional, sino también en el momento de decidir si se debe aplicar una pena indeterminada (a excepción de la cadena perpetua preceptiva)¹⁵¹². Sin embargo, la prueba de peligrosidad que aplica el comité es mucho más baja que la que aplica el tribunal sentenciador cuando impone una pena

¹⁵⁰⁷ HOOD, SHUTE y otros, “Sex offenders”, pp. 371-394. A modo de ejemplo, los resultados de un estudio de seguimiento de delincuentes sexuales peligrosos que HOOD, SHUTE y otros publicaron en 2002 demostraron que el 91% de los 82 delincuentes (el 57% de la muestra) que habían sido identificados como de “alto riesgo”, no fueron condenados por otro delito sexual en el plazo de los cuatro años de seguimiento. Por tanto, este grupo se considera “falsos positivos”. Cuando ningún miembro del comité había identificado a los presos de “alto riesgo” (43% de la muestra), la predicción resultó ser correcta en todos los casos. Este estudio surgió de las observaciones que se realizaron sobre las decisiones tomadas por los comités de la JLC a principios de 1990. La muestra incluía 144 presos varones que habían recibido una pena determinada privativa de libertad de al menos 4 años. Se hizo un seguimiento de las nuevas condenas que se impusieron en el plazo de 4 años desde la concesión de la LC y se compararon estos datos de nuevas condenas con la valoración que habían hecho los miembros de la JLC sobre la peligrosidad.

¹⁵⁰⁸ THORNTON, “Current practice”, p.141.

¹⁵⁰⁹ Por ello, como señalan ARNOTT y CREIGHTON, *Hearings*, 2014, pp. 78-79, párrafo 4.14, actualmente se considera que el uso combinado del método clínico y el actuarial es lo más adecuado.

¹⁵¹⁰ MARTÍNEZ GARAY, “Pronóstico de peligrosidad”, *passim*; y de la misma, “Predicción de peligrosidad”, *passim*. Sobre las dificultades de predecir con exactitud el comportamiento futuro y las repercusiones negativas que ello tiene en el derecho a la libertad condicional de la persona que cumple una pena indeterminada nos pronunciaremos en mayor profundidad *infra* apartado II, 4.C.3. al hablar del sistema español.

¹⁵¹¹ PADFIELD y BILD, *Criminal Justice*, p. 511.

¹⁵¹² Véase *supra* capítulo primero, apartado II donde se explica el sistema de penas indeterminadas en el Reino Unido.

indeterminada. La imposición de una pena indeterminada sólo puede justificarse por la existencia de un alto grado de peligrosidad para la sociedad (*significant risk*)¹⁵¹³, de lo contrario, podría darse la tentación de imponer una pena indeterminada demasiado a menudo, simplemente para tratar de proteger a la sociedad a largo plazo. En cambio, una vez ha sido impuesta la pena indeterminada, se permite mantener al preso en prisión más allá de la tarifa, aunque la probabilidad de reincidencia sea sustancialmente inferior a la que se exigió para imponer aquella pena¹⁵¹⁴. El Tribunal de Apelación argumentó que la razón se encuentra en el hecho de que, en caso de conceder la libertad condicional, el peligro para la sociedad es inmediato, por lo que es apropiado que el comité aplique un test menos rígido o más bajo de peligrosidad, es decir, uno menos favorable para el preso¹⁵¹⁵.

El establecimiento de una escala de protección diferente en función de si se trata de imponer una pena indeterminada o de valorar la continuación en prisión tras la tarifa, confirmaría lo señalado por PADFIELD cuando afirma que en los comités al valorar si se concede la libertad condicional la balanza parece inclinarse firmemente a favor de la protección de la sociedad y no en promover el derecho a la libertad de las personas presas¹⁵¹⁶. En la misma línea, TUDDENHAM afirma, en relación con la valoración de la peligrosidad que realiza el Servicio de Libertad Condicional o *Probation Service* (el organismo que supervisa al preso en la comunidad durante el tiempo que dura la libertad condicional), antes de decidir acerca de la revocación, que ésta se apoya demasiado a favor de la precaución y se sobreestima la peligrosidad¹⁵¹⁷.

Permitir un umbral de exigencia inferior para mantener en prisión a una persona más allá del plazo punitivo resulta especialmente perjudicial cuando se ha cumplido una tarifa larga. La denegación de la libertad condicional por razones de peligrosidad criminal, cuando se trata de personas que han permanecido en prisión 10, 15, 20 o más

¹⁵¹³ Véase arts. 224-229 de la Ley de Justicia Penal de 2003 que han sido explicados *supra*, capítulo primero, apartado II.

¹⁵¹⁴ Ambos tribunales, el Tribunal Supremo y el Tribunal de Apelación, coinciden en este aspecto, diferenciando el examen de peligrosidad a realizar a en el momento de imponer una pena indeterminada y el examen que debe realizarse al considerar la concesión de la libertad condicional (*application test* y *release test*). Véase, UKSC, *Sturnham*, párrafos 41 y 43 y también EWHC, *Bradley*, p. 146. Los presos, por el contrario, argumentaban que debía aplicarse el mismo grado de peligrosidad exigido para la imposición de una pena indeterminada, es decir, que exista un riesgo significativo, tal y como señala el art. 225 de la LJP.

¹⁵¹⁵ UKSC, *Sturnham*, párrafo 24 y, anteriormente, EWHC, *Bradley*, párrafo 145.

¹⁵¹⁶ La razón de ello se encuentra en la propia redacción de la Ley de 1997 (art. 28.6), ya que señala que la Junta no ordenará la libertad condicional de una persona condenada a cadena perpetua, salvo que la Secretaría de Estado le haya remitido el caso. Esto refuerza la opinión de que la atención dada por parte del Parlamento al estatus especial del que goza el preso una vez ha cumplido la tarifa fue inadecuada. En opinión de PADFIELD, *Beyond the Tariff*, p. 99, aunque estos comités fueron creados en respuesta al reconocimiento del TEDH del estatus especial del preso que ha cumplido la parte mínima de la pena, este reconocimiento no juega apenas papel en el pensamiento del comité de cadena perpetua discrecional.

¹⁵¹⁷ TUDDENHAM, “Dangerousness”, pp. 17-1743, concretamente señaló que “la actual práctica se mantiene defensiva, sobreestima el peligro, erra demasiado a favor de la precaución y, a pesar de la retórica, carece de una buena base probatoria”.

años, debería reducirse únicamente a los casos en los que existe una peligrosidad superior a la meramente perceptible. Por ello, el criterio establecido en *Bradley* (un riesgo sustancial que sea intolerable) parece más apropiado para estos casos que el establecido en *Sturnham*, que permite mantener en prisión a una persona más allá de la tarifa con base en la existencia de un riesgo más general y más bajo. Como se señaló en *Bradley* y, posteriormente, también en *Osborn*, cuanto mayor sea el tiempo transcurrido en prisión, más patente deberá ser la evidencia de la existencia de la peligrosidad criminal¹⁵¹⁸.

Es importante destacar que la denegación de la privación de libertad en ocasiones no se produce por razones relacionadas estrictamente con la peligrosidad. Algunos presos permanecen en prisión simplemente porque los programas de rehabilitación que deben atender están disponibles en prisión y no en la comunidad. Al no existir en la comunidad los recursos necesarios que permitiesen al Servicio de Libertad Condicional gestionar el riesgo de forma adecuada, se mantiene al preso en prisión¹⁵¹⁹. Esta es una cuestión sobre la que el TEDH también ha tenido ocasión de pronunciarse. Concretamente en el caso *James, Lee y Wales c. Reino Unido* declaró que se había vulnerado el derecho a la libertad (art. 5.1 CEDH) por mantener a los presos en prisión más allá de la tarifa, sin ofrecerles los cursos necesarios para tratar de reducir la peligrosidad y con ello conseguir la libertad condicional¹⁵²⁰.

Al igual que se ha demostrado que la falta de programas de rehabilitación supone un obstáculo en el camino hacia la libertad condicional, también lo es no haber disfrutado previamente de un periodo en régimen abierto. En relación con la revisión pre-tarifa que se realiza para decidir si se traslada al preso a ese régimen, observamos que aún quedan algunos vestigios de aquel poder que ostentó el ejecutivo en el pasado respecto a las decisiones sobre la libertad condicional. Aunque el comité haya logrado conquistar el poder para decidir sobre la libertad condicional, en relación con las revisiones pre-tarifa su función sigue siendo la de un órgano asesor. Las decisiones relativas al tercer grado aún siguen perteneciendo a la Secretaría de Estado (las garantías del art. 5.4 CEDH relativas al carácter judicial del procedimiento no son aplicables a estas revisiones). Además, incluso cuando se realiza la revisión post-tarifa, en el que la decisión del comité sí es vinculante, si resuelve en contra de conceder la libertad condicional, no está autorizado ni siquiera para recomendar el traslado al tercer grado (ni tampoco la nueva fecha de revisión o el programa que debería cursar), salvo que el ejecutivo le haya solicitado su consejo al respecto. Estas incursiones del ejecutivo sobre aspectos

¹⁵¹⁸ EWHC, *Bradley*, p. 146; y UKSC, *Osborn*, párrafos 2. vi y 82.

¹⁵¹⁹ PADFIELD y LIEBLING, *Discretionary Lifer Panels*, p. xii (párrafo iv) y pp. 51-52.

¹⁵²⁰ Para mayor información véase el capítulo segundo, apartado II, 3.B.2.2.

estrechamente relacionados con la libertad tienden a contaminar el procedimiento de parcialidad.

A pesar de estos déficits que presenta el procedimiento de revisión de la pena, existen varios elementos que resultan positivos. El primero es el relativo a la forma oral del procedimiento. El comité tendrá la oportunidad de escuchar de viva voz la información relativa al caso y a los testigos. Esto permite a los miembros del comité tener una mayor cercanía y conocimiento del caso, y con ello, tener mejores herramientas para valorar toda la información que reciben. Así mismo, se evitan los problemas relacionados con los documentos que componen el expediente, ya que, a veces, tienden a ser prejuiciosos y basados en la opinión de la persona que redactó un informe anterior sobre el preso.

El segundo aspecto positivo es la participación del preso y su abogado. De esta forma se garantiza una adecuada defensa del preso, otorgándole la última palabra y pudiendo ser interrogado por su abogado, así como también contrainterrogar a aquellos que han elaborado los informes sobre él, lo que les permite rebatir la evidencia presentada o expresada oralmente en su contra. Por tanto, el preso tiene la posibilidad de participar directamente en el procedimiento y a través de su abogado para defenderse antes quienes se oponen a su libertad condicional. Como se ha apuntado anteriormente la intervención directa del preso puede jugar un papel trascendental a favor de su libertad. La participación del preso y su defensor, al mismo tiempo, dotan al procedimiento de un carácter más humano humano -digno-, garantista y democrático¹⁵²¹ en contraste con el que se realiza únicamente por escrito; además de que parece de justicia exigir que aquél pueda tener voz en algo que le afecta de forma directa. De cualquier forma, una tal participación directa con asistencia letrada empodera al penado y le permite ser protagonista de su propio proceso de reinserción y no mero objeto del mismo. Por otra parte, la posibilidad de que puedan ser llamados como testigos los familiares, amigos y el agente de libertad condicional del preso también puede ser un arma procesal importante para el preso. Como hemos visto, su agente de libertad condicional suele ser clave para conseguir un resultado positivo tras la revisión.

Por último, tampoco se puede dejar de resaltar lo positivo de la composición multidisciplinar del comité donde además de un juez es posible que formen parte como miembros un psicólogo o psiquiatra y el agente de libertad condicional o un criminólogo. Esta composición garantiza la toma de una decisión más completa y acertada. Además,

¹⁵²¹ En este sentido son destacables las reflexiones que hacen VAN ZYL y SNACKEN, *European Prison Law*, pp. 63-72, sobre la concepción de la persona presa como ciudadano de una prisión democrática y sujeto activo de derechos.

estos miembros pueden también hacer preguntas, no sólo al preso sino también a los testigos, por lo que el papel activo del comité, al mismo tiempo que le permite esclarecer aquellas cuestiones que considera confusas, evita que el procedimiento sitúe al preso frente a todo el sistema, haciendo que parezca que es él quien debe defenderse ante la información presentada contra él, en lugar de ser la Administración Penitenciaria quien deba justificar por qué ha de permanecer en prisión más tiempo. Como hemos afirmado previamente, la carga de la prueba debe corresponder a la Administración Penitenciaria.

II. ESPAÑA

1. Introducción. El sistema penitenciario

Este apartado II del último capítulo de la presente investigación se centra en la ejecución penitenciaria de la PPR en nuestro país, más concretamente, en la libertad condicional (LC) o suspensión de la ejecución del resto de la prisión después de la reforma de 2015. El objetivo es explicar cuál es el camino que debe recorrer la persona condenada a esa pena para que ésta sea revisada y pueda obtenerse la libertad condicional. Como se señaló en el capítulo segundo, apartado II, el TEDH condiciona la conformidad al CEDH de las penas indeterminadas a la posibilidad de reducir la pena (reductibilidad *de iure* y *de facto*), es decir, debe existir una expectativa real de liberación, lo que ha sido denominado como derecho a la esperanza. Siguiendo la doctrina del TEDH, la propia Exposición de Motivos de la LO 1/2015 (II) afirma que este tribunal ha considerado que “cuando la ley nacional ofrece la posibilidad de revisión de la condena de duración indeterminada con vistas a su conmutación, remisión, terminación o libertad condicional del penado, esto es suficiente para dar satisfacción al art. 3 CEDH”¹⁵²². Así mismo, también se afirma su compatibilidad con la CE al señalar que la previsión de un sistema de revisión judicial “aleja toda duda de inhumanidad al garantizar un horizonte de libertad”. En España la reductibilidad o revisabilidad de la pena se articula mediante la libertad condicional.

El cumplimiento de la pena de prisión es una suerte de cadena o escalera que exige el disfrute previo de ciertas figuras penitenciarias para poder alcanzar finalmente la libertad condicional. Por ello, a lo largo de los siguientes apartados, se explicará cuál es la regulación que se prevé para alcanzar los permisos de salida, el tercer grado y la libertad condicional. Se comenzará por los permisos penitenciarios, ya que el disfrute de éstos constituye el primer escalón en el largo camino hacia la revisión de la pena de PPR. Primero, explicaremos la regulación general que se aplica a las penas ordinarias o determinadas, por dos razones: primero, porque ello nos permitirá compararla con el régimen de ejecución previsto para la PPR y, segundo, porque el conocimiento del desarrollo de la ejecución penitenciaria en las penas ordinarias, nos permitirá identificar los obstáculos a los que se enfrentarán quienes cumplen una pena de PPR. Así, una vez descrito el régimen general, se explicará la regulación que ha sido diseñada para la PPR. Esta misma estructura se mantendrá al explicar el tercer grado y la libertad condicional.

¹⁵²² Citando expresamente los casos Kafkaris, Meixner, Bodein y Hutchinson.

Es importante recalcar que, en las penas de prisión determinadas, el no disfrute de las mencionadas instituciones penitenciarias no impide alcanzar la libertad definitiva llegado el plazo establecido en la sentencia. Sin embargo, en el caso de la nueva PPR no avanzar de forma progresiva durante la ejecución penitenciaria (disfrutar de permisos y estar en tercer grado), bloqueará *de facto* la obtención de la libertad condicional y, por consiguiente, la libertad definitiva. Como se señalará en los siguientes apartados, existen voces críticas que alertan de que el acceso a los permisos de salida, al tercer grado y a la libertad condicional en el caso de la PPR se restringe de forma notable convirtiéndolos prácticamente en inalcanzables. También iremos destacando cuáles son las dificultades con las que, según la doctrina, se enfrentarán las personas condenadas a la PPR.

Antes de describir los diferentes estadios por los que debe transcurrir la persona que cumple una pena de PPR durante su ejecución, es necesario hacer una breve mención a las características principales que definen el sistema penitenciario español¹⁵²³.

La Ley Orgánica General Penitenciaria 1979 (LOGP) en su art. 72 introduce el sistema de individualización científica¹⁵²⁴. De este modo, la Ley española pretende adoptar la idea de individualización del cumplimiento y convierte el tratamiento -como conjunto de actividades dirigidas a conseguir los fines primordiales de la reeducación y la reinserción social (art. 59 LOGP)- en la columna vertebral del sistema, lo que implica que la clasificación de los internos y su régimen de vida depende de la evolución del tratamiento (arts. 63 y 65)¹⁵²⁵. Como señala GARCÍA VALDÉS (impulsor y redactor de la LOGP 1979), el sistema de individualización científica parte del principio de que no hay diferencias de los métodos de tratamiento según los grados, pues aquéllos no están en función de éstos, sino de la personalidad de cada interno¹⁵²⁶. La voluntad del art. 71.1 LOGP es la de priorizar el tratamiento sobre el régimen.

Este nuevo sistema de ejecución penal prioriza la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad reconocida en el art. 25.2 CE¹⁵²⁷ y consiste en la adecuación de la ejecución de la pena a las circunstancias personales, familiares y sociales propias de cada penado, dejando en un segundo plano el delito cometido¹⁵²⁸. El propio art. 1 de la LOGP señala: “*Las instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como*

¹⁵²³ Véase por todos, JUANATEY, *Manual*, pp. 83-97

¹⁵²⁴ Para una mayor información sobre la discusión acerca de la categorización del sistema actual como progresivo o de individualización científica, véase FERNÁNDEZ BERMEJO, *Individualización científica*, pp. 479 y ss.; y LANDA, “Prisión perpetua”, p. 15 con ulteriores referencias.

¹⁵²⁵ TAMARIT y otros, *Derecho Penitenciario*, p. 43.

¹⁵²⁶ GARCÍA VALDÉS, *Comentarios*, p. 225.

¹⁵²⁷ El art 72.1 LOGP es la concreción del art. 25.2 CE que establece que las penas privativas de libertad deben tender a la reeducación y la reinserción social de los penados. Por su parte, TAMARIT y otros, *Derecho Penitenciario*, p. 42, recalcan que el art. 72 está ubicado sistemáticamente, de modo insólito, al final del título dedicado al tratamiento.

¹⁵²⁸ LEGANÉS “PPR”, p. 2.

fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad". De forma que con dicha previsión se acentúa el mandato constitucional, recogido en el art. 25.2 CE¹⁵²⁹.

A diferencia del anterior *sistema progresivo* instaurado en España (en virtud del Real Decreto de 3 de junio de 1901 e incorporado en el CP de 1944, art. 83¹⁵³⁰) que obligaba a pasar por el primer grado, luego el segundo y así sucesivamente hasta llegar a la libertad condicional, el *sistema de individualización científica* tiene en cuenta las características particulares de cada persona, permitiendo así que el interno pueda ser clasificado desde el inicio en cualquiera de los grados, salvo el de libertad condicional.

Sin embargo, y a pesar de que el CP 1995 eliminó la referencia al sistema progresivo (remitiendo en su art. 36 el cumplimiento de la pena privativa de prisión a lo dispuesto en las leyes, lo que suponía no interferir en la legislación específica), con la reforma incorporada por la Ley 7/2003 quiebra el sistema de individualización científica¹⁵³¹ que estaba próximo a cumplir su vigesimoquinto aniversario. La citada reforma, en su art. 36.2, exige para la clasificación en tercer grado de los condenados a penas de más de cinco años haber cumplido la mitad de la condena (periodo de seguridad)¹⁵³². Por tanto, a partir de ese momento se da preferencia a criterios objetivos basados exclusiva y preferentemente en la duración de la condena impuesta en la línea del sistema progresivo clásico, por más que admita excepciones de las que se excluye expresamente al terrorismo y delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, con lo que la excepción que permitiría volver a la individualización científica se impregna de un nuevo objetivismo¹⁵³³. La LO 5/2010, de 22 de junio, mitigó la dureza del precepto citado dotando de carácter facultativo al periodo de seguridad (aunque excluye, al igual que en la redacción anterior, los delitos de terrorismo y los cometidos en el seno de una organización o grupo criminal y ahora también los delitos del art. 183, abuso o agresión

¹⁵²⁹ GUIASOLA, *Libertad condicional*, p. 16.

¹⁵³⁰ El sistema progresivo estaba desarrollado por el art. 48 del Reglamento de Servicios de Prisiones de 1956.

¹⁵³¹ CERVELLÓ, *Derecho Penitenciario*, p. 104. En la misma línea, GONZALEZ TASCÓN, "PPR", pp. 4 y 12, considera que con el periodo de seguridad se introdujo una grave fisura en el modelo de individualización científica se otorga mayor relevancia a los criterios de prevención general en la fase de ejecución. DAUNIS, "Criterios", p. 242, también considera que se ha mutilado el sistema de individualización científica tras la reforma operada por la LO 7/2003.

¹⁵³² La LO 7/2003 también modificó el art. 72 de la LOGP incorporando dos apartados más (el 5 y el 6), introduciendo así otras restricciones para el acceso al tercer grado. El art. 72.5 exige haber satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, aunque según interpretan GRACIA MARTÍN y otros, *Lecciones*, pp. 46-47, esa obligación sólo se aplicará en los delitos expresamente citados en el párrafo segundo del apartado 5º. Por su parte, el art. 72.6 incorpora condiciones específicas para la clasificación o progresión al tercer grado de los condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales.

¹⁵³³ CERVELLÓ, *Derecho Penitenciario*, p. 104.

sexual a menores, así como los de prostitución y corrupción de menores cuando la víctima sea menor de trece años)¹⁵³⁴.

Además de las reformas mencionadas, como se verá en los siguientes apartados, la introducción de la PPR mediante la LO 1/2015 supone otro recorte del principio de individualización científica. Señala RODRÍGUEZ YAGÜE que la línea trazada por el legislador de 2003 es la que continúa el legislador de 2015 cuando articula el modelo de cumplimiento de la nueva pena de PPR¹⁵³⁵.

2. Permisos de salida

A. Concepto, finalidad y naturaleza jurídica

Los permisos consisten en la excarcelación temporal de la persona cuando concurren los requisitos exigidos en la LOGP y RP¹⁵³⁶. Según la normativa penitenciaria los permisos tienen como finalidad esencial la preparación para la vida en libertad (art. 47.2 LOGP y art. 154 RP)¹⁵³⁷. El propio TC ha reconocido que la posibilidad de conceder permisos de salida se conecta con una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad, la reeducación y reinserción social¹⁵³⁸.

Como señalamos en el capítulo segundo, apartado I, las normas internacionales aprobadas tanto en el seno de la ONU como del Consejo de Europa conciben los permisos de salida, no como una forma de suavizar la situación en prisión, sino como parte integrante del tratamiento con el objetivo de ayudar a la reintegración y preparar al preso para la LC¹⁵³⁹. También se recomienda su uso lo antes posible y de forma frecuente¹⁵⁴⁰. Además, se destaca que, en el caso de las penas largas de prisión y la cadena perpetua, la utilización de los permisos es particularmente importante¹⁵⁴¹. Como se puede observar, los estándares internacionales evidencian la importancia que juegan los permisos en la

¹⁵³⁴ Señala CERVELLÓ, *Derecho Penitenciario*, p. 104, que ya antes de la incorporación del llamado periodo de seguridad, al sistema penitenciario español se le reprochaba su excesivo objetivismo en la separación en grados, ya que sin ser lo esencial sí hay referencias a la gravedad del delito o incluso al tipo de delito en la clasificación (como sucede en el art. 102 RP).

¹⁵³⁵ RODRÍGUEZ YAGÜE, “Individualización”, p. 330. Afirma esta autora que el condicionamiento del acceso a los permisos, tercer grado y libertad condicional, a partir de estrictos plazos temporales, articulados como períodos de seguridad, nos devuelve claramente al sistema progresivo.

¹⁵³⁶ RÍOS y otros, *Las penas y su aplicación*, p. 273. Véase por todos, JUANATEY, *Manual*, pp. 185-197.

¹⁵³⁷ Según RÍOS y otros, *Defenderse*, p. 257, este objetivo obliga a entender el permiso como un instrumento esencial para hacer efectiva la concreción legal del mandato constitucional que señala la reeducación y la reinserción social del penado como una de las finalidades de la pena privativa de libertad (art. 25 CE) y también recogidas en el art. 1 de la LOGP. En la misma línea AGUILERA REIJA, “Resoluciones”, p. 3, señala que los permisos de salida la concreción legal del mandato constitucional.

¹⁵³⁸ RÍOS y otros, *Defenderse*, p. 257; y RODRÍGUEZ YAGÜE, “Individualización”, p. 332.

¹⁵³⁹ Resolución (76) 2, sobre el tratamiento de los reclusos condenados a penas de prisión de larga duración, párrafo 8; Reglas Penitenciarias Europeas, regla 103.6; Rec (2003) 22, párrafos 13 y 14; y las Reglas de Tokio sobre las medidas no privativas de libertad, regla 9.2.

¹⁵⁴⁰ Rec (82) 16 sobre permisos de salida, párrafo 3.

¹⁵⁴¹ Rec (2003) 23, párrafo 23.b.

reinserción del preso, al proclamar que aquéllos deben constituir un medio para la preparación de la libertad condicional.

Las ventajas de los permisos son resaltadas por numerosas sentencias del Tribunal Constitucional como la STC 112/1996 de 24 de junio y la STC 2/1997 de 13 de enero: cooperan a la preparación de la vida en libertad, fortalecen los lazos familiares, reducen las tensiones propias del internamiento y el alejamiento de la vida diaria, son un estímulo para la buena conducta, ayudan a crear un sentido de la responsabilidad, proporcionan información sobre el medio social al que ha de retornar o, por último, indican cuál es la evolución del penado.

En cuanto a la naturaleza jurídica de los permisos de salida, no son beneficios o recompensas por buen comportamiento, sino derechos del interno¹⁵⁴², pues, como se ha señalado, son un medio para preparar la vuelta progresiva del sujeto a la libertad y así conseguir la reeducación y reinserción social¹⁵⁴³. Se ha planteado la posibilidad de entender los permisos de salida como derecho subjetivo y con ello de aplicación automática, lo que ha sido negado por el TC en diversas ocasiones¹⁵⁴⁴. La doctrina mayoritariamente conceptúa los permisos de salida como derechos subjetivos de los internos, si bien condicionado su disfrute al cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa penitenciaria¹⁵⁴⁵. Por su parte el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 5ª, 2974/2005, de 22 de octubre, señala que la concesión del permiso tiene que ser la regla y no la excepción¹⁵⁴⁶.

¹⁵⁴² Aunque es cierto que los permisos de salida no aparecen en la lista de derechos del interno del art. 4 RP, en ese precepto sí aparece como derecho del interno el de relacionarse con el exterior y, en el Preámbulo II.d, dentro del elenco de contactos con el exterior se incluyen los permisos de salida. También resulta interesante destacar que el art. 42.2.c) de la LOGP –prevé la sanción de privación de permisos de salida por un tiempo que no podrá ser superior a dos meses, que el RP en el art. 233.2 b) la limita a las faltas graves.

¹⁵⁴³ Sin embargo, cuando los permisos fueron incluidos en la reforma de 29 de Julio de 1977 (RD. 2273/1977) permitiendo salidas en domingos y días festivos para pasarlos con los familiares y permisos especiales de hasta una semana, su finalidad era premial, ya que los calificaba como recompensas, y por eso, su concesión dependía de la facultad discrecional de la Administración. Actualmente, la LOGP sitúa en capítulos diferentes las recompensas (capítulo IV) y los permisos (capítulo VI) y en el artículo 263 RP los permisos de salida ya no figuran en la lista de recompensas. Así mismo, se establece que las recompensas son concedidas por la Comisión Disciplinaria (art. 264 RP), a diferencia de los permisos de salida que son concedidos por la Junta de Tratamiento (art. 273 g RP).

¹⁵⁴⁴ De este modo, la STC 81/1997 de 22 de abril, entiende que no constituyen un derecho subjetivo ni fundamental, ya que solo hay un interés legítimo de obtenerlos cuando se cumplen los requisitos que no aconsejan su denegación. Ello se debe a que el TC ha entendido que a pesar de la conexión de la institución de permisos penitenciarios de salida con el mandato constitucional del art. 25.2 CE, no es suficiente para conferirles la categoría de derecho subjetivo, ni menos aún de derecho fundamental, porque ese artículo no es fuente en sí misma de derechos subjetivos a favor de los condenados a penas privativas de libertad, ni menos aún de derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional y añade que se trata de una cuestión de mera legalidad ordinaria.

¹⁵⁴⁵ MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Permisos*, p. 24.

¹⁵⁴⁶ Citado en RÍOS y otros, *Defenderse*, p. 259.

B. Clases de permiso

Existen tres clases de permisos: los ordinarios, los extraordinarios y los de fin de semana. Mientras que en los primeros y los terceros la finalidad es la resocialización, en los segundos es humanitaria.

Los permisos ordinarios son los permisos especialmente dirigidos a preparar la vida en libertad (art. 47.2 de la LOGP y artículos 154 a 162 del Reglamento Penitenciario, RP). Pueden tener una duración de hasta 7 días consecutivos, con un total de 36 días al año en caso de los condenados en segundo grado de clasificación y de 48 días al año en caso de condenados clasificados en tercer grado¹⁵⁴⁷.

En cuanto a los permisos extraordinarios, se distinguen dos tipos: los que se otorgan por motivos familiares o personales y los que se conceden por motivos sanitarios. Los primeros se conceden, por ejemplo, por el fallecimiento de padres, cónyuge o hijos y su duración viene determinada por su respectiva finalidad, siempre que no exceda del límite fijado para los permisos ordinarios, es decir, 7 días (art. 155.2 RP)¹⁵⁴⁸. Los segundos, se conceden para una consulta ambulatoria o ingreso hospitalario extrapenitenciarios. En el primer caso, la duración es de hasta 12 horas y, en el segundo, de hasta 2 días¹⁵⁴⁹.

Dos diferencias importantes entre los permisos extraordinarios y los ordinarios son las siguientes: los extraordinarios son imperativos “se concederán”, mientras que los ordinarios son potestativos “se podrán conceder” y los extraordinarios pueden concederse cuantas veces sea necesario, mientras que los ordinarios tienen un límite anual.

Por último, los permisos de fin de semana son aquellos que habitualmente disfrutan quienes están clasificados en tercer grado en virtud del art. 87RP. Estos permisos son compatibles con los otros dos tipos, es decir, se pueden añadir los ordinarios y los extraordinarios¹⁵⁵⁰.

¹⁵⁴⁷ Esta duración se suele repartir, como regla general, en los dos semestres del año (art. 154.2 RP). En esa duración no computan ni los permisos de fin de semana, ni las salidas programadas ni los permisos extraordinarios.

¹⁵⁴⁸ Estos permisos se conceden por los motivos tasados en el art. 47.1 LOGP que pueden ser, como hemos señalado, el fallecimiento o enfermedad grave de padres, cónyuge, hijos, hermanos y otras personas vinculadas con los internos; el alumbramiento de esposa o importantes y comprobados motivos. Pueden disfrutarlos todos los reclusos penados o preventivos al margen de su clasificación, pero con las medidas de seguridad adecuadas a cada caso concreto, por ejemplo, esposados y acompañados por la fuerza pública o con mero acompañamiento. Su concesión ha de ser autorizada por el Juez de Vigilancia Penitenciaria si se trata de internos de primer grado (art. 156.3 RP), en los demás casos se está a las reglas generales de los ordinarios que veremos posteriormente.

¹⁵⁴⁹ En ese segundo caso puede ser prolongada la duración con la autorización del Juez de Vigilancia si se trata de internos de segundo grado y del Centro Directivo si se trata de internos de tercer grado. Estos permisos sólo pueden disfrutar los internos que estén clasificados en segundo o tercer grado.

¹⁵⁵⁰ Su disfrute comienza a las dieciséis horas del viernes y termina a las ocho horas del lunes como máximo, aunque excepcionalmente el Centro Directivo podrá aprobar permisos de salida con horarios diferentes, por ejemplo, en días laborables.

C. Requisitos para la concesión de permisos ordinarios

C.1. En las penas de prisión ordinarias

Los requisitos objetivos o formales para la concesión de los permisos ordinarios se recogen en el art. 47.2 LOGP: haber extinguido la cuarta parte de la condena, estar clasificado en segundo o tercer grado y no observar mala conducta.

En cuanto al requisito temporal, el cumplimiento de la cuarta parte de la condena¹⁵⁵¹, según MIR PUIG, ese periodo tendría como fundamento el que transcurra el tiempo mínimo para reeducar, para determinar si el reo lleva o no buena conducta y para estudiar si existe o no riesgo de no regresar al centro penitenciario tras el disfrute del permiso¹⁵⁵². Para el cálculo de esa parte, debe tenerse presente el art. 78 CP, ya que permite que el juez o tribunal sentenciador acuerden que los permisos de salida se refieran a la totalidad de las penas impuestas. Al mismo tiempo, hay que tener en cuenta el periodo de seguridad al que se refiere el art. 36.2 del CP, que impide alcanzar el tercer grado hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta en caso de tratarse de una pena de prisión superior a cinco años.

En cuanto al requisito “no observar mala conducta”, aunque ni la Ley ni el Reglamento ofrecen una definición, ha de ser interpretado de una forma amplia, no exigir excelente comportamiento. Tradicionalmente, la buena conducta se ha equiparado con la ausencia de sanciones disciplinarias. Parte de la doctrina considera que debe irse más allá de la mera constatación de la ausencia o presencia de infracciones regimentales; que el Equipo Técnico debe valorar el número de infracciones, su gravedad, motivo o causa, así como su comportamiento en general. Un “mal preso” no debe resultar necesariamente un “mal ciudadano”, porque la existencia de sanciones no ha de conllevar necesariamente la apreciación de la mala conducta y a la inversa, no haber cometido ninguna infracción dentro de prisión no implica obligatoriamente que vaya a observar una buena conducta en el exterior¹⁵⁵³.

¹⁵⁵¹ RODRÍGUEZ YAGÜE, “Individualización”, pp. 333-334, señala que detrás de la fijación de unos plazos obligatorios a cumplir antes de poder hacer uso de los permisos y de la inclusión de los permisos dentro del art. 78 que obliga a tomar como referencia la totalidad de las penas impuestas para computar el tiempo que debe pasar antes de disfrutar de un permiso, se encuentra el erróneo pensamiento del legislador de que el tiempo pasado en libertad no es realmente cumplimiento de pena. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Permisos*, p. 265, por su parte, alerta de que muchas Audiencias Provinciales aumentan hasta las tres cuartas partes el tiempo de cumplimiento para la concesión de permisos con una clara vulneración del principio de legalidad.

¹⁵⁵² MIR PUIG, *Derecho penitenciario*, p. 194.

¹⁵⁵³ DAUNIS, “Criterios”, pp. 259-261. Sin embargo, MÁRTINEZ ESCAMILLA, *Permisos*, pp. 34-39, pone de relieve el riesgo de arbitrariedad que conllevaría la posibilidad de que la conducta del interno pueda ser calificada de mala, a pesar de que el preso carezca de sanciones, lo que será percibido por aquél como una injusticia, sintiéndose sinceramente desmotivados a persistir en la buena conducta. Ante ello, concluye que sólo puede conceptuarse como mala conducta aquella que la propia legislación penitenciaria valora negativamente reprimiéndola mediante sanciones.

En cuanto al requisito de estar clasificado en 2º o 3º grado, nos referiremos a ello, en el siguiente apartado 3, al hablar del tercer grado penitenciario.

Además de esos requisitos objetivos que se han señalado, es necesario el cumplimiento de otros requisitos subjetivos, ya que el art. 156.1 RP establece que el informe del Equipo Técnico será desfavorable cuando resulte probable el quebrantamiento de condena, la comisión de nuevos delitos o la repercusión negativa sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o para su programa individualizado de tratamiento, probabilidad que deberá estar basada en la “peculiar trayectoria delictiva”, “la personalidad anómala” o la existencia de “variables desfavorables”. Como fácilmente se puede apreciar, todos ellos son conceptos indeterminados, lo que puede generar situaciones de arbitrariedad y de inseguridad jurídica¹⁵⁵⁴. Señala MARTÍNEZ ESCAMILLA, que la práctica administrativa se encarga de hacer reales los temores de arbitrariedad y aleatoriedad en la concesión de permisos¹⁵⁵⁵.

Los conceptos del art. 156 RP obligaron a la Dirección General de Instituciones penitenciarias (DGIP) a dictar normas internas –instrucciones y circulares– donde se contienen determinadas variables que indican un índice de riesgo en función de la posibilidad de quebrantamiento de la condena o de comisión de delito. Así se creó un instrumento de pronóstico de evasión en los permisos de salida denominada “Tabla de variables de riesgo” (TVR)¹⁵⁵⁶. A esta tabla, posteriormente, se le añadió otro instrumento de predicción “la tabla de concurrencia de circunstancias peculiares” (TCCP), ya que aquélla no recoge todas las circunstancias que ejercen una significativa influencia en el fracaso de los permisos de salida, entre otras razones por no haber podido ser algunas de ellas validadas estadísticamente al no obtener habitualmente permiso los internos en quienes concurren o ser su número, en todo caso, exiguo y no significativo.

En cuanto a la TVR, ésta ha reunido las variables que estadísticamente son más significativas en el no reingreso en prisión tras el disfrute de un permiso: extranjería, drogodependencia, profesionalidad (que incluye inicio precoz de conductas delictivas,

¹⁵⁵⁴ Entre otros, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Permisos*, p. 47 y AGUILERA REIJA, “Resoluciones”, p. 5.

¹⁵⁵⁵ MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Los Permisos*, p. 48.

¹⁵⁵⁶ La TVR fue introducidas por la Instrucción 1/1995 y mantenidas por la I 22/96 de 16 de diciembre sobre permisos penitenciarios y la I 1/12 que sustituye a la anterior. En 1993 la Administración penitenciarias, posiblemente motivada por la enorme repercusión social que tuvieron algunos trágicos sucesos protagonizados o presuntamente protagonizados por presos mientras disfrutaban de permisos, puso en marcha un proyecto destinado a reducir al mínimo posible el número, ya por sí reducido, de fracasos en los permisos de salida. Se pretendía elaborar un instrumento de pronóstico que ayudara a los profesionales que intervienen en la concesión de permisos a valorar el riesgo de su mal uso. Así, ese año se llevó a cabo una investigación liderada por Miguel Clemente Díaz y la Dirección General de Instituciones Penitenciarias (actualmente Secretaría General de Instituciones Penitenciarias), en la que se aplicaron una serie de variables a 1581 sujetos. Las variables que se recogieron en esta tabla fueron el resultado de esa investigación. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Permisos*, p. 66 y DAUNIS, “Criterios”, pp. 248 y 249. Sobre los antecedentes de los actuales instrumentos de predicción de riesgo, véase NÚÑEZ PEÑA, “Los permisos”, pp. 389 y ss.

duración de condenas, terrorismo, uso de armas etc.), reincidencia, quebrantamientos, aplicación del art. 10 LOGP (clasificación en primer grado o reiteración de faltas muy graves), ausencia de permisos, deficiencia convivencial (desestructuración familiar, situaciones agresivas entre algunos miembros etc.), lejanía de la vivienda y presiones internas (presiones de otros internos, amenazas, peleas, etc.). En cada una de estas 10 variables se distinguen una o varias situaciones de riesgo, a las que se les asigna la puntuación establecida (0, 1, 2 o 3), incluida también la situación de ausencia de riesgo a la que corresponde una puntuación de cero y la suma indica un resultado numérico porcentual del riesgo que conlleva el permiso. Posteriormente, las puntuaciones se someten a unos cálculos y operaciones matemáticas complejas, para cuya obtención se recomienda la utilización de un programa informático y que arrojan como resultado una puntuación numérica del uno al cien. La obtención de una puntuación de riesgo igual o superior a 65 en la TVR deberá ser valorada de forma expresa y contrastada por la Junta de Tratamiento, y obliga a motivar especialmente aquellos casos en los que, a pesar de concurrir tal índice de riesgo, la Junta de Tratamiento estima conveniente la concesión del permiso¹⁵⁵⁷. *A sensu contrario*, si se deniega el permiso con base en los resultados obtenidos en esas tablas, no se exige tal motivación. Con un porcentaje de riesgo superior al 30% los Fiscales se suelen oponer a su concesión¹⁵⁵⁸.

La utilización de esta Tabla ha sido muy criticada por su automatismo numérico alejado del estudio individual propio del tratamiento, ya que algunos de los criterios escapan a la voluntad del interno (tales como la lejanía de la vivienda¹⁵⁵⁹, no haber obtenido permisos con anterioridad) y por incluir datos objetivos que se utilizan como posibilidad de riesgo en todo caso (como la extranjería o la drogodependencia), cuando debería ser caso por caso¹⁵⁶⁰.

Debe tenerse en cuenta que la TVR arroja un riesgo estadístico, pero que no tiene porqué coincidir con el riesgo real, por ello, la obtención de una puntuación elevada de riesgo no ha de suponer la automática denegación del permiso. Sin embargo, según MARTINEZ ESCAMILLA, resulta dudoso que la automática denegación en base a un alto porcentaje de riesgo no sea la práctica habitual, debido, entre otras razones, a la sobrecarga de trabajo de los profesionales que intervienen en la concesión de permisos y al temor de asumir riesgos. Indicio de ello es que el porcentaje obtenido en la TVR suele

¹⁵⁵⁷ MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Permisos*, pp. 67 y 71.

¹⁵⁵⁸ CERVELLÓ, *Derecho Penitenciario*, p. 269.

¹⁵⁵⁹ Como señalan RÍOS y CABRERA, *Mil voces presas*, pp. 133 y ss., el 49% de las personas presas no cumplen condena en las cárceles situadas en la provincia donde tienen su domicilio.

¹⁵⁶⁰ Especialmente en extranjeros el riesgo se dispara, por eso habría que moderarlo para no discriminarlos de su disfrute, CERVELLÓ, *Derecho Penitenciario*, p. 269.

aparecer en los acuerdos impresos de la Junta de Tratamiento como uno de los motivos justificantes de la denegación del permiso. La misma autora lamenta que la TVR sea el reflejo de una política penitenciaria que prima la seguridad sobre el tratamiento y añade que se echa de menos una política penitenciaria dirigida no sólo a detectar riesgos, sino a contrarrestarlos y sacar el máximo partido de los permisos de salida como pieza clave en la reinserción del preso¹⁵⁶¹. LEGANÉS por su parte también pone en duda la eficacia de esta tabla al indicar que tiene muchos fallos en cuanto a la predicción de no reingresos, ya que regresan muchos internos que tienen un porcentaje muy alto de riesgo de quebrantamiento, y no lo hacen otros con riesgo bajo o medio¹⁵⁶².

Pasando a analizar la TCCP, ésta integra seis circunstancias: resultados obtenidos en la TVR (puntuación igual o superior a 65), tipo delictivo (condenado por delito/s contra las personas o contra la libertad sexual) organización delictiva (pertenencia a banda armada o de carácter internacional), transcendencia social (existencia de especial ensañamiento en la ejecución, pluralidad de víctimas o que éstas sean menores de edad o especialmente desamparadas), lejanía de las $\frac{3}{4}$ partes (que reste más de 5 años para el cumplimiento de las $\frac{3}{4}$ partes) y trastornos psicopatológicos.

Ha de recordarse que, como adelantábamos, se trata de circunstancias cuya incidencia en la probabilidad de mal uso de permisos, a diferencia de las variables de riesgo, no ha podido ser comprobada empíricamente. Son factores que generan dudas sobre la concesión del permiso, por ello, la TCCP tan sólo obliga a estudiar estos casos y a motivar con más detenimiento la concesión de permisos; es decir, la presencia de alguna de esas circunstancias exige que la Junta de Tratamiento examine el caso con mayor cuidado y que de apostar por la concesión del permiso se motive especialmente tal decisión. Sin embargo, no es inusual encontrar resoluciones, tanto administrativas como judiciales, denegatorias del permiso en que la razón alegada es la alarma social que en su día produjeron los hechos o que generaría la concesión del permiso, o bien la gravedad del delito o la duración de la pena impuesta¹⁵⁶³.

¹⁵⁶¹ MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Permisos*, pp. 70-72. Como ejemplo señala que en el caso de no tener familia o el pertenecer a una familia desestructurada no debería hacer más difícil obtener los permisos, porque si la finalidad de estos es conseguir la reinserción, los esfuerzos deberían ir dirigidos a posibilitar y potenciar su utilización precisamente en aquellos casos donde esa reinserción es más complicada por carecer el recluso fuera de la cárcel de un entorno social y familiar en que apoyarse. La misma autora también llama la atención sobre la forma y criterios con los que se concreta el riesgo de las variables. Por poner un ejemplo, a la hora de valorar la variable consistente en si se le ha aplicado el art. 10 al preso (clasificación en primer grado o reiteración de faltas muy graves) se distingue en función de si tal aplicación ha sido hace más de cinco años o en los últimos cinco años, valorándose este último caso negativamente. Sin embargo, de cara a evaluar el riesgo del permiso probablemente tendrían más que decir las razones por las que en su día se aplicó dicho régimen de vida que el dato temporal de cuándo se produjo su aplicación

¹⁵⁶² LEGANÉS, "Pronósticos de peligrosidad", p. 17.

¹⁵⁶³ MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Permisos*, p. 74 y CERVELLÓ, *Derecho Penitenciario*, p. 271.

Uno de los criterios más utilizados y, por ello, más criticado es la lejanía del cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena, es decir, lejanía de la libertad condicional, en concreto, que queden más de 5 años para alcanzar la libertad condicional¹⁵⁶⁴. Este criterio, no se menciona en ningún texto normativo como motivo de denegación¹⁵⁶⁵ y perjudica a los condenados a largas penas de prisión que son quienes más necesitan el contacto paulatino con el exterior¹⁵⁶⁶. Es importante destacar que no se ha podido contrastar empíricamente la afirmación de que el peligro de fuga aumenta cuando mayor es el tiempo que resta para el licenciamiento (y quizá sea difícilmente contrastable puesto que los presos que se encuentran en esta situación no suelen obtener permisos de salida)¹⁵⁶⁷. El fundamento que se utiliza es considerar que al estar lejano el cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena –límite temporal mínimo que permite acceder a la libertad condicional- no es necesario preparar la vida en libertad porque está aún lejos¹⁵⁶⁸. RODRÍGUEZ YAGÜE defiende que se prepare a la persona presa para la libertad desde el inicio de la condena¹⁵⁶⁹. Como hemos indicado más arriba, los estándares internacionales se manifiestan en el mismo sentido, abogando por el uso de los permisos lo antes posible. Sin embargo, el criterio de la lejanía de la libertad condicional tiene en la actualidad la cobertura del TC y es seguido por las Audiencias provinciales y los JVP¹⁵⁷⁰.

¹⁵⁶⁴ Muchos acuerdos ni siquiera alegan la lejanía de las tres cuartas partes, sino simplemente la lejanía de la fecha de extinción, en casos en los que incluso el preso está cercano a cumplir las tres cuartas partes.

¹⁵⁶⁵ En este sentido se pronuncian el Auto de la AP de Madrid, Sec. 5ª, 586/1997 y los Autos de la AP de Barcelona, sec. 9ª, de 30-10 y 13, 14 y de 30-11-2000. La ley pudo fijar las condiciones para acceder a los permisos en otra fracción más alta de la pena, pero, si no lo hizo, es absurdo invocar lo obvio como una razón de denegación de aquéllos.

¹⁵⁶⁶ Se manifiestan en este sentido, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Permisos*, p. 56; CERVELLO, *Derecho Penitenciario*, p. 269; y RÍOS y otros, *Defenderse*, p. 277.

¹⁵⁶⁷ RÍOS y otros, *Defenderse*, p. 277; Y MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Permisos*, pp. 56 y 57. Además, la propia legislación penitenciaria (art. 156 RP y la instrucción 1/2012 relativa a los permisos de salida y salidas programadas) ofrece mecanismos de control que implican bien la limitación temporal de permisos -que puede ir desde 1 día hasta 7-, la necesidad de acompañamiento o el establecimiento condiciones que los internos deban observar durante el permiso de salida. El Equipo Técnico puede establecer en su informe esas medidas. Aparte de lo anterior, hay que recordar que para paliar los riesgos de fuga propios de las condenas largas debe usarse la persuasión de la inutilidad de tal fuga y de las graves consecuencias penales y penitenciarias de esas conductas.

¹⁵⁶⁸ RÍOS y otros, *Defenderse*, p. 276.

¹⁵⁶⁹ RODRÍGUEZ YAGÜE, “Individualización”, p. 339.

¹⁵⁷⁰ El TC en su sentencia 112/1996 enjuició el caso de un preso que tras agotar todas las instancias ordinarias la única respuesta que obtuvo como explicación a la denegación de su permiso fue la de que todavía estaba lejana la fecha en la que extinguiría las tres cuartas partes de su condena. El TC otorgó el amparo, manifestándose en los siguientes términos: “*La resolución concluye que solo tiene sentido preparar la vida en libertad cuando la posibilidad de obtenerla a través de la libertad condicional se halla cercana en el tiempo. Se conectan de esta manera los permisos de salida a la obtención de la libertad condicional, obviando las funciones que en sí mismo el permiso está llamado a cumplir... Es esta una interpretación restrictiva de los derechos no anclada en el tenor de la ley... y que por tanto ha de ser tenida por irrazonable desde la perspectiva conjunta que ofrecen los arts. 24, 25 y 17 CE, ya que salvo la exigencia de tener rebasada la cuarta parte de la condena, ninguna mención hace la LOGP a la duración de la misma*” (FJ 6º). Sin embargo, al año siguiente (en STC 2/1997 de 13 de enero), este tribunal reconsideró la doctrina establecida, siendo reiterada por la STC 204/1999 al señalar que “*la lejanía de la fecha... puede ser legítimamente aducida ya que cuanto más alejado esté el cumplimiento de la condena, menor necesidad existirá de... preparación para la vida en libertad*” (FJ. 5º).

A modo de resumen, los motivos más esgrimidos (o como dice MARTÍNEZ ESCAMILLA, señalados con una cruz¹⁵⁷¹) por las Juntas de tratamiento de los centros penitenciarios para la denegación de los permisos son algunos de los siguientes: “necesidad de que el interno sienta el efecto intimidatorio de la pena”¹⁵⁷², “falta por consolidar factores positivos”, “gravedad del delito cometido”¹⁵⁷³, “necesidad de reproche social de los delitos cometidos”¹⁵⁷⁴, “riesgo de comisión de delito”¹⁵⁷⁵, “posible mal uso de permiso”, “elevada prisionización”, “marginación social”, “trayectoria penitenciaria irregular”, “largo período de tiempo hasta su libertad”, “falta de garantías de hacer buen uso del permiso”, “ser considerado perjudicial para su tratamiento”, “ausencia de vinculación familiar y/o acogida institucional”. Todos esos motivos están tomados de resoluciones administrativas y judiciales y, éstas, a su vez, de las circunstancias existentes en las mencionadas tablas¹⁵⁷⁶.

Cabe también mencionar algunos datos interesantes que revela una investigación realizada en Cataluña sobre la LC. Se identificó que la concesión tardía del primer permiso ordinario (es decir, posterior al cumplimiento de la cuarta parte de la condena), afectaba al 60,5% del conjunto de la muestra y que la mayoría de las variables que explican esta concesión tardía están relacionadas con las características del sujeto, como tener problemas de recursos económicos en el exterior, tener una falta de apoyo familiar y social, obtener una valoración de riesgo alta o media en el RisCanvi¹⁵⁷⁷ o haber presentado una alta movilidad y cambio de celdas (indicativa de una conducta y de una

¹⁵⁷¹ MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Permisos*, p. 55.

¹⁵⁷² Este motivo se argumenta sobre la base de que la concesión del permiso suprime o mengua singularmente el efecto de la pena, pero lo cierto es que también la pérdida de libertad se valora más negativamente cuando se ha gozado de libertad siquiera durante unos días. Además, no puede afirmarse científicamente que la pena sea menos terrible por una breve interrupción. Véase, RÍOS y otros, *Defenderse*, pp. 278 y 279; AGUILERA REIJA, “Resoluciones de la Audiencia”, p. 9.

¹⁵⁷³ Existe jurisprudencia menor para combatir la denegación del permiso basada en este motivo, en las que se contraargumenta con razones como, por ejemplo, que ello supone manejar un criterio de desigualdad no recogido por el legislador. Véase RÍOS y otros, *Defenderse*, pp. 285-286 y SGIP, *Jurisprudencia penitenciaria*, pp. 349 y 351.

¹⁵⁷⁴ RÍOS y otros, *Defenderse*, p. 286, señalan que no cabe argumentar este motivo, porque el reproche social ya se encuentra embebido en el juicio de valor negativo que el legislador hace al elevar una conducta a la categoría de delito y castigándola con una pena privativa de libertad. En los mismos términos RODRÍGUEZ YAGÜE, “Individualización”, p. 339, critica la utilización del reproche social, ya que supone una reiterativa valoración del reproche que previamente ha previsto el legislador en la determinación de la penalidad para estos delitos y que, además, ese reproche puede ser distinto, menor en el momento de estudio de permiso que en el momento de la comisión del hecho.

¹⁵⁷⁵ También aquí existe jurisprudencia menor para combatir la denegación del permiso, en las que se señala, por ejemplo, que la ley ya prevé ese riesgo recogiendo una serie de consecuencias frente al mal uso del permiso (medidas disciplinarias, delitos de quebrantamiento, valoración negativa para futuros permisos etc.) y el argumento de que frente al riesgo del mal uso de la libertad durante unos días se opone el riesgo mucho mayor de hacer mal uso de la libertad definitiva, si no existe una previa preparación. Véase RÍOS y otros, *Defenderse*, pp. 286-287.

¹⁵⁷⁶ RÍOS, *La prisión perpetua*, p. 46. AGUILERA REIJA, “Resoluciones”, *passim*, también cita otros motivos de denegación comunes.

¹⁵⁷⁷ El método RisCanvi (riesgo al cambio) se utiliza en las prisiones catalanas y fue elaborado conjuntamente por el Grupo de Estudios Avanzados sobre Violencia de la Universidad de Barcelona, el Centro de Estudios Jurídicos de la Generalitat y la empresa privada Better Consultants, una consultoría especializada en entidades financieras y aseguradoras. Para más información, véase MARTÍNEZ GARAY “RisCanvi”, pp. 341-369; ANDRÉS PUEYO, “RisCanvi”, pp. 371-388; y DAUNIS, “Criterios”, pp. 252-257.

relación deficientes del sujeto con los compañeros de celda). En cuanto a las variables externas al sujeto, pero que son tenidas en cuenta por la Administración penitenciaria se citan la comisión de un delito contra la libertad sexual y el cumplimiento de condenas largas (de 3 a 5 años) o muy largas (más de 5 años). Los profesionales entrevistados también indicaron que hay técnicos que aplican una antigua directriz orientada a no dar permisos a internos con condenas largas hasta muy avanzado el cumplimiento, a fin de evitar el riesgo de quebrantamiento de condena¹⁵⁷⁸.

Para finalizar, se debe recalcar que estos criterios a los que nos hemos referido resultan ajenos a los requisitos legales y reglamentarios enfocados a las necesidades resocializadoras, por ello, no deben ser utilizados en ningún caso aisladamente, sino ponderándolos con los demás criterios evaluables¹⁵⁷⁹. Así mismo, debe tenerse muy presente que la obtención de permisos es la forma (en la mayoría de los casos la única) que tiene el preso de probar que está preparado para paulatinamente acceder a mayores márgenes de libertad, puesto que sin permisos no suele haber tercer grado y sin éste no se consigue la libertad condicional.

C.2. En las penas de PPR

Al igual que en el caso de las penas de prisión ordinarias, también en la PPR se prevé un plazo mínimo que ha de cumplirse necesariamente antes de poder disfrutar de un permiso. Concretamente el art. 36.1.4º CP¹⁵⁸⁰ señala que no se podrá disfrutar de los permisos de salida hasta que se haya cumplido un mínimo de 8 años de prisión y, si se trata de delitos de terrorismo, 12 años¹⁵⁸¹.

En un intento de entender en base a qué se han establecido esos plazos y determinar si son equiparables a la cuarta parte a la que hace referencia el art. 47.2 de la LOGP, observamos que 8 años son la cuarta parte de 32 (plazo necesarios para alcanzar el tercer grado en caso de concurso de delitos, según el art. 78bis.3), y en cuanto a los 12 años, esta cifra correspondería a la cuarta parte de 48 años¹⁵⁸². Por tanto, ninguna de esas

¹⁵⁷⁸ Área de Investigación y Formación Social y Criminológica del Gobierno de Cataluña, *Libertad condicional*, 2014, pp. 289-290.

¹⁵⁷⁹ Señala CERVELLÓ, *Derecho Penitenciario*, 2012, p. 271, que en la práctica esa ponderación conjunta raramente sucede.

¹⁵⁸⁰ RÍOS, *La prisión perpetua*, pp. 44, pone de relieve la contradicción existente entre el CP (art. 36) y la LOGP, (art. 47), ya que ésta última hace referencia a la cuarta parte de la condena. El art. 36 también recoge los requisitos necesarios para acceder al régimen de tercer grado, a los que me referiré *infra* apartado 3.B.

¹⁵⁸¹ No existe un régimen desdoblado para los casos de uno o varios delitos acumulados. Los plazos son homogéneos para todos los delitos sancionados con la PPR, independientemente de si existe una o más de estas condenas o si la condena de PPR concurre o no con otras penas superiores o inferiores a los 5 años. Por tanto, esta regulación se diferencia de la prevista para el tercer grado o la libertad condicional, donde se distinguen plazos diferentes en función de la acumulación de condenas, que comentaremos más adelante. LANDA, "PPR", p. 53.

¹⁵⁸² GONZÁLEZ TASCÓN, "PPR", p. 10 señala que los 8 años se encuentran muy cerca del tiempo representado por un cuarto de la pena inmediatamente inferior a la pena de PPR, es decir, de la pena de prisión de treinta años, esto es, siete años y medio.

cifras, 8 y 12, toman como referencia el plazo de revisión de la PPR establecido en 25 años (art. 92.1.a), lo que parece que sería lo más coherente.

Además del requisito temporal, es necesario acudir al art. 47.2 de la LOGP donde se establecen los otros dos requisitos legales para la concesión de los permisos, a los que se ha aludido en el apartado anterior: que el preso se encuentre clasificado en segundo o tercer grado y que tenga buena conducta. Así mismo, debe tenerse en cuenta el art. 156 RP, lo que nos lleva a las variables recogidas en las dos tablas: TVR y TCCP. Haciendo un repaso a esas variables, reflexionaremos sobre algunas de ellas para ver qué implicaciones o consecuencias puede suponer la valoración de las mismas en los casos en que se está cumpliendo la PPR.

En primer lugar, la TCCP prevé entre sus variables el tipo delictivo, definido como condenas por delitos contra las personas o la libertad sexual. Como se ha señalado en el apartado anterior, la gravedad del delito es uno de los motivos que habitualmente se utiliza para denegar un permiso en la práctica penitenciaria. En la misma línea, otra de las variables que recoge la TCCP es la de organización delictiva, es decir, pertenencia a banda armada o de carácter internacional, que también se prevé en la TVP como la profesionalidad, dentro de la cual incluye la pertenencia a banda armada. Si nos fijamos en los delitos para los que se prevé la PPR, comprobamos que se trata de delitos graves, siendo todos ellos delitos contra las personas y también alguna contra la libertad sexual, así como el asesinato causado por un terrorista o por persona perteneciente a un grupo u organización criminal. Por tanto, no parece infundado sostener que en base a estas variables es muy probable y fácil que se deniegue un permiso a una persona condenada a una pena de PPR. Estas variables siempre estarán presentes en la PPR y, por ello, supondrán un claro freno en la concesión de los permisos¹⁵⁸³.

También muy posiblemente se pueda acumular, desfavorablemente, la circunstancia referida a la transcendencia social del hecho cometido, concretada en la TCCP en la existencia de especial ensañamiento en la ejecución, pluralidad de víctimas o que estas sean menores de edad o especialmente desamparadas, lo que particularmente se dará en los asesinatos cualificados del art. 139 en relación con el 140 para los que se prevé la PPR (el art. 140 contempla el asesinato de un menor de 16 años y el asesinato de más de dos personas). De hecho, como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente, las resoluciones tanto administrativas como judiciales, apoyándose en la señalada variable,

¹⁵⁸³ RODRÍGUEZ YAGÜE, "Individualización", p. 338 considera que la tipología delictiva no debe ser decisiva en la denegación de los permisos, porque no se recoge en la regulación de esta figura y porque la gravedad del delito ya ha servido para establecer la extensión temporal de la pena, por lo que tenerla de nuevo en cuenta con efectos negativos podría implicar un problema de *non bis in ídem*.

suelen argumentar la “necesidad de reproche social” o “la alarma social” para denegar los permisos de salida. Por tanto, es evidente que teniendo en cuenta los delitos tan graves para los que se prevé esta pena, esta variable siempre tendrá cabida y fuerza denegatoria.

Entre los motivos que habitualmente utiliza la administración penitenciaria para denegar un permiso encontramos la “lejanía de las tres cuartas partes de la condena”, es decir, que resten más de 5 años para el cumplimiento de las tres cuartas partes. Esta variable que está prevista en la TCCP y que además tiene cobertura del TC y es seguida por las Audiencias provinciales y los JVP perjudicará de forma clara y directa a quienes han sido condenados a la PPR, por tratarse de una pena larga e indeterminada, lo que supone que el cumplimiento de las tres cuartas partes quedará muy lejana en el tiempo, teniendo en cuenta que el plazo de revisión se establece entre los 25 y los 35 años¹⁵⁸⁴.

Otra de las variables utilizadas con frecuencia en la práctica penitenciaria para denegar un permiso es la “falta de apoyo familiar y social”, la cual se encuentra contemplada en la TVR bajo la denominación “deficiencia convivencial”. Cuando una persona presa lleva más de quince años encerrado, sus vínculos sociales se deterioran mucho y es posible que esté solo, por tanto, es muy probable que esta circunstancia también actúe en contra del reo¹⁵⁸⁵.

Otro de los motivos habituales de denegación de permisos es la “elevada prisionización” utilizada de forma recurrente en la denegación de permisos. Inevitablemente, este efecto de la prisionización existirá en el caso de la persona condenada a una pena larga e indeterminada como es la PPR y, por consiguiente, éste será otro motivo más que podrá ser utilizado para denegar un permiso¹⁵⁸⁶.

Por último, la TVR también recoge la variable de la clasificación previa en primer grado, lo que posiblemente esté presente en personas condenadas a PPR y penas de larga duración incidiendo de forma negativa sobre la concesión de los permisos, ya que este régimen es utilizado muy a menudo para las personas para las que se prevén este tipo de penas (siendo en el caso del terrorismo, muy frecuente esta clasificación)¹⁵⁸⁷. También el

¹⁵⁸⁴ RODRÍGUEZ YAGÜE, “Individualización”, p. 339, considera que la utilización de este argumento en el caso de la PPR y las penas largas dejaría sin cabida la posibilidad de disfrute de permisos de salida. Concretamente en el caso de las penas largas, señala que eso sucederá en caso de aplicarse el art. 78, porque la libertad condicional se fijaría en una fecha inalcanzable en la práctica y con ello, también del disfrute de los permisos.

¹⁵⁸⁵ RÍOS, *La prisión perpetua*, p. 46.

¹⁵⁸⁶ Como explica RÍOS, *La prisión perpetua*, pp. 45 y 46, más de quince años de prisión originan en la persona pautas de comportamiento necesarias para sobrevivir en un lugar cerrado que son disfuncionales para vivir en libertad: desconfianza, no respeto, violencia, deshonestidad, ausencia de responsabilidad. No es que los internos ya sean así cuando ingresan en prisión, es que, con independencia del carácter de cada uno, las dinámicas relacionales llevan a la persona a adoptar pautas y actitudes de comportamiento para poder sobrevivir

¹⁵⁸⁷ RODRÍGUEZ YAGÜE, “Individualización”, p. 341 y de la misma, *PPR*, pp. 93-94.

CPT y el Subcomité para la prevención de la tortura han contrastado que son numerosos los países que asignan un régimen de aislamiento a los condenados a cadena perpetua¹⁵⁸⁸.

La LOGP, art. 10.2, evitó la asignación del régimen de cumplimiento en función del delito cometido, al indicar que se clasificarán en el primer grado quienes hayan sido calificados de peligrosidad extrema o inadaptación manifiesta. Por lo tanto, no los identifica con el tipo de penas; sin embargo, deja abierta esa posibilidad al añadir que estas circunstancias serán “apreciadas por causas objetivas en resolución motivada”. Además, el art. 102.5 RP introduce, como criterios que sirven para determinar la clasificación en régimen cerrado: la naturaleza delictiva, la comisión de actos que atenten contra la vida, la integridad física o sexual, cometidos en formas especialmente violentas y la pertenencia a grupo organizado o banda armada. De hecho, esta ha sido la práctica de numerosas Juntas de Tratamiento de muchos centros penitenciario, llevando a una utilización no excepcional de esta modalidad de vida para la delincuencia grave. La praxis penitenciaria ha consistido en la identificación casi automática entre el tipo de delito y la duración de la pena con la peligrosidad (al menos durante una buena parte de la condena)¹⁵⁸⁹, contradiciendo los estándares internacionales que rechazan la asignación del régimen de aislamiento por el tipo de condena impuesta y recalcan el carácter excepcional de este régimen¹⁵⁹⁰.

C.3 Dificultades derivadas de la situación penitenciaria e índice de concesiones

Además de las dificultades para poder disfrutar de los permisos de salida mencionadas en los apartados anteriores, se suma otra de índole práctica que afecta a la concesión de los permisos: la escasez de medios materiales y personales¹⁵⁹¹ (que se agrava

¹⁵⁸⁸ Para mayor información sobre la equiparación entre penas largas o cadena perpetua y recluso peligroso, véase *surpa* capítulo segundo, apartado I.

¹⁵⁸⁹ RODRÍGUEZ YAGÜE, *Ejecución*, pp. 92-94. Por su parte CAROU, *Régimen penitenciario*, p. 142, señala que los factores que recoge el art. 102.5 RP son meramente orientativos, de modo que no se puede anudar la aplicación automática del régimen cerrado a la presencia de uno o varios de esos factores.

¹⁵⁹⁰ CPT, 25º Informe General, 2016, párrafos 76 y 81. Véase también RODRÍGUEZ YAGÜE, *Ejecución*, pp. 101-103 y 106-108, quien alerta también de la incidencia que puede tener la categorización de un interno que cumple una pena de PPR en el denominado Fichero de Internos de Especial Seguimiento (FIES) regulados actualmente en la Instrucción 12/2011. Las implicaciones de convertirse en un interno FIES son varias, la asignación de especiales medidas de seguridad reducción o limitación de tareas en el exterior o de relacionarse con otros internos del mismo colectivo. En principio se trata de un fichero penitenciario, cuyo fin es garantizar la seguridad en los centros y la integridad de los reclusos. Según la Administración penitenciaria no prejuzga la clasificación de los internos, sin embargo, RODRÍGUEZ YAGÜE muestra sus dudas al respecto. La tipología de los delitos y delincuentes para los que se ha previsto la PPR son susceptibles de su incorporación a alguna de las cinco categorías de FIES. Esto puede apreciarse en el caso del FIES 3 BA (Bandas Armadas) en la que se incluyen a los terroristas; el FIES-2 DO (Delincuencia Organizada) previsto para internos ingresados por delitos cometidos en organización o grupos criminales o el FIES-5 CE (características especiales), donde se incluyen aquellos internos que debido a la naturaleza del delito cometido generan una alarma social, haciendo referencia directa a “...autores de delitos graves contra las personas, la libertad sexual o relativas a la corrupción, que hayan generado gran alarma social”. Así, señala que podemos estar ante un nuevo obstáculo que dificulta el acceso a los permisos, al tercer grado, y la libertad condicional.

¹⁵⁹¹ RÍOS y otros, *Andar 1km*, p. 94, denuncian que los equipos de tratamiento resultan claramente insuficientes. Es frecuente que algunos centros sólo dispongan de uno o dos psicólogos para 500 o 600 internos cuando una *ratio* deseable sería uno por cada cien. Véase del mismo autor, RÍOS, *La prisión perpetua*, p. 151.

por la masificación de las cárceles). Este problema práctico afecta igualmente de forma negativa al tercer grado y la libertad condicional.

Los profesionales penitenciarios, saturados de trabajo¹⁵⁹², no quieren, salvo excepciones, correr ningún riesgo, ni personal ni profesional ante un eventual error¹⁵⁹³, por lo que ante la duda optarán por no conceder un permiso. La junta de Tratamiento decide sobre la concesión o no de un permiso de salida rellenando un documento estereotipado en el que vienen ya impresas las múltiples causas de denegación que hemos enunciado líneas arriba. Habitualmente no se fundamentan las razones, se manejan documentos de formato preestablecido en los que simplemente se pone una X a la izquierda de la(s) causa(s) denegatoria(s) prevista(s)¹⁵⁹⁴. Este proceder hace que el acuerdo de la Junta omita toda individualización de las circunstancias determinantes de la denegación y toda explicación acerca de por qué esas circunstancias en el caso concreto hacen aparecer como probable el mal uso del permiso¹⁵⁹⁵.

El resultado de estas dificultades y las relacionadas con las variables que se recogen en la TVP y los criterios de la TCCP es la escasa concesión de permisos penitenciarios. Los datos indican que las dos terceras partes de las personas presas no han disfrutado de ningún permiso de salida¹⁵⁹⁶ (nótese que estos datos hacen referencia a penas menos graves que la PPR), y ello pese a que los índices de no ingreso no superan el 0,60% (en los últimos diez años de 2005 a 2014)¹⁵⁹⁷.

Así mismo, debe destacarse que según la investigación llevada a cabo por ROVIRA y otros sobre el número de permisos penitenciarios concedidos (entre 1979 y

¹⁵⁹² Los profesionales entrevistados en el estudio realizado por el Área de Investigación y Formación Social y Criminológica, *Libertad condicional*, 2014, p. 269, consideran que la sobrecarga de trabajo es el obstáculo principal para alcanzar la LC.

¹⁵⁹³ RÍOS, *La prisión perpetua*, p. 47.

¹⁵⁹⁴ MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Permisos*, pp. 53 y 55; RÍOS, *La prisión perpetua*, p. 47.

¹⁵⁹⁵ Por poner un ejemplo, la toxicomanía es uno de los motivos que suele aparecer como causa de denegación, sin especificación alguna. Resulta evidente que, además de que no cualquier consumo es equiparable a la toxicomanía, ésta tampoco tiene por qué, con carácter absoluto, conllevar un mal uso del permiso. Dependerá del supuesto concreto, es decir del tipo de toxicomanía o consumo que concurra en el interno y de otros datos como, por ejemplo, si dicha circunstancia fue o no un factor determinante en la comisión de los delitos que determinaron el ingreso en prisión. Es decir, la toxicomanía, sin más especificación, no puede ser considerada motivación suficiente para la denegación del permiso pues su concurrencia necesariamente no supone una probabilidad de mal uso del mismo. Véase MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Permisos*, pp. 54 y 57-58 y RÍOS y otros, *Defenderse*, pp 279-283.

¹⁵⁹⁶ RÍOS y otros, *Andar 1 km*, p. 133.

¹⁵⁹⁷ Los datos de años diferentes muestran que el índice de no reingreso es inferior al 1%. Así, en el 2008, por ejemplo, el índice de no reingreso fue sólo de un 0,57% y en el 2009 del 0,61%. Por tanto, los datos de años diferentes confirman la baja tasa de fracasos. Además, si se compara con los parámetros europeos, el índice de fracasos en España es netamente inferior al de otros países y, en todo caso, muy por debajo del límite de 3 por mil que, según algunos expertos, constituye el límite de error tolerable desde el punto de vista de la gestión de la seguridad ciudadana. Véase DAUNIS, "Criterios", p. 270; RÍOS y otros, *Andar 1km*, pp. 29-31; MIR PUIG, *Derecho penitenciario*, p. 202. En la misma línea, GARCÍA VALDÉS, *Comentarios*, p. 147, nota al pie 119, afirmaba en 1995 que el éxito estadístico de los permisos no puede discutirse, pues el índice de fracasos se sitúa por debajo del 1%. Cifra que se ha mantenido en la actualidad. En cuanto a las razones por las que un preso quebranta un permiso o delinque, RÍOS y otros, *Andar 1km*, p. 135 afirman que los problemas con las drogas se llevan la palma con un 42% de las respuestas. Bastante más lejos, aparecen los "bloques y dificultades psicológicas" con un 26%, el hecho de "tener deudas dentro de la cárcel", y el consiguiente miedo a volver con un 17%, o las cuestiones afectivas con un 14%.

2016), la obtención de aquéllos se concentra en la última fase de la condena, ya que la mayoría de permisos se conceden mucho más tarde que en el momento de cumplimiento de la cuarta parte de la condena que establece como condición la LOGP¹⁵⁹⁸, lo que sin duda demorará la transición al tercer grado y a la libertad condicional.

C. 4. Recapitulación y valoración crítica

A la vista de las variables de riesgo que se toman como base para conceder un permiso, de la práctica penitenciaria seguida, de los bajos índices de concesión de permisos y de la falta de medios personales, podemos afirmar que las personas que cumplen una pena de PPR se encontrarán con grandes dificultades para obtener un permiso de salida. RÍOS considera que será imposible “de hecho” obtener esos permisos en los plazos que señala la regulación de la PPR y concluye que la posibilidad de salir de permiso “es mínima, por no decir ninguna”¹⁵⁹⁹. En la misma línea, RODRÍGUEZ YAGÜE afirma que las variables previstas en las tablas van a dificultar el acceso a los permisos de salida a los condenados a penas de larga duración y, particularmente, a los condenados a PPR.

Como consecuencia de lo anterior, la primera puerta necesaria para poder alcanzar un día la libertad condicional será especialmente difícil de atravesar, lo que inevitablemente obstaculizará el disfrute del tercer grado y, consecuentemente, también la libertad condicional, pudiendo convertirse la PPR en perpetua. El disfrute de permisos es un factor implícito tenido en cuenta en la progresión al tercer grado que, a su vez, es condición imprescindible para la valoración de la LC, por ello, la ausencia de permisos de salida es un criterio que convierte en círculo vicioso la concesión de permisos¹⁶⁰⁰. El estudio sobre la libertad condicional llevado a cabo en Cataluña, al que nos hemos referido anteriormente apunta que los profesionales consultados tienen muy identificado el número de permisos como una variable clave a partir de la que se inicia lo que se conoce como *cadena permisiva*. Obtener otros beneficios penitenciarios como el tercer grado o plantearse la posibilidad posterior de conceder la LC pasa por haber disfrutado de

¹⁵⁹⁸ ROVIRA y otros, “Permisos penitenciarios”, pp. 13-15. Esta constatación también confirmó el estudio realizado por el Área de Investigación y Formación Social y Criminológica del Gobierno de Cataluña citado *supra* apartado C.1, que habla de una cifra que supera ligeramente el 60% de las personas que obtienen el primer permiso más tarde del periodo legalmente previsto. El estudio realizado por ROVIRA y otros “Permisos penitenciarios”, pp. 16-17 también pone de relieve que la razón por la cual en algunos centros se conceden antes los permisos que en otros se debe, en parte, a que la concesión de permisos se tiende a supeditar a la realización de los programas de tratamiento, cuya disponibilidad y ofrecimiento varía en función de los criterios más o menos restrictivos de cada centro penitenciario.

¹⁵⁹⁹ RÍOS, *La prisión perpetua*, pp. 45 y 48.

¹⁶⁰⁰ RODRÍGUEZ YAGÜE, “Individualización”, p. 341 y DAUNIS, “Criterios”, p. 267.

permisos con anterioridad y demostrar que no se producen incidencias en un intervalo de tiempo razonable¹⁶⁰¹.

Además de lo anterior, la ausencia de permisos también tiene un importante impacto en el individuo y en su proceso de resocialización: la pérdida de un estímulo fundamental para su responsabilidad y buena conducta. También debe recalarse que muchas veces los permisos de salida ayudan de manera determinante a romper círculos viciosos de criminalidad que habrían devenido en nueva reincidencia al abandonar la prisión¹⁶⁰². Se ha demostrado que el cumplimiento íntegro de la pena en prisión aumenta el riesgo de afectación a la seguridad de la sociedad una vez se consigue la libertad definitiva¹⁶⁰³.

Aunque no existen investigaciones sobre las consecuencias que produce la no concesión de un permiso que debería haberse otorgado, sí hay algunas investigaciones sobre el papel que juega la libertad condicional como freno de la reincidencia. La investigación empírica demuestra que los excarcelados en libertad condicional reinciden menos que los que son excarcelados en libertad definitiva, lo que significa que previamente se ha disfrutado del tercer grado, precedido por el disfrute de permisos de salida¹⁶⁰⁴. La consecución de la libertad condicional será más difícil si previamente no se ha podido disfrutar de permisos de salida y del tercer grado, ya que esas tres instituciones actúan como una especie de cadena o proceso progresivo, en la que la falta de una de ellas dificulta el alcance de la siguiente. Por tanto, podemos concluir que teniendo en cuenta que el disfrute de los permisos es el primer paso para posteriormente alcanzar el tercer grado y después la libertad condicional, la importancia de los permisos es indiscutible¹⁶⁰⁵.

¹⁶⁰¹ Área de Investigación y Formación Social y Criminológica, *Libertad condicional*, (informe ejecutivo), 2014, p. 32.

¹⁶⁰² RÍOS y otros, *Andar 1km*, pp. 31 y 32. Por esta razón, estos autores consideran que sería deseable diseñar herramientas científicas que permitan objetivar qué ocurre cuando, habiéndose debido otorgar un permiso, éste se deniega. Sería una forma de mostrar la similar peligrosidad de un permiso mal concedido que acaba en un delito y la de un permiso denegado que cronifica y deteriora a una persona como delincuente. Estos autores denuncian la corruptela consistente en que, existiendo razones para otorgar el permiso, la Junta de Tratamiento lo deniega en la expectativa de que sea “otro” (el Juez de Vigilancia o, en su caso, la Audiencia Provincial) los que asuman el riesgo y lo otorgue.

¹⁶⁰³ VAN ZYL y SNACKEN, *European prison law*, p. 323.

¹⁶⁰⁴ Área de Investigación y Formación Social y Criminológica, *Tasa de reincidencia penitenciaria*, 2008, p. 138. Otra investigación realizada por el mismo centro, *Libertad condicional*, 2014, pp. 196-199 y 287, confirma los mismos resultados.

¹⁶⁰⁵ Área de Investigación y Formación Social y Criminológica, *Tasa de reincidencia penitenciaria*, 2008, p. 138, si bien se matiza que probablemente incide el perfil de personas que acceden a la LC. Otra investigación realizada por el mismo centro, *Libertad Condicional*, 2014, p. 218, también demuestra lo mismo.

D. Procedimiento de concesión y revocación

En este apartado se explicará el procedimiento a seguir para obtener un permiso y también cuándo se puede revocar su concesión. El contenido de este apartado es común tanto para la prisión ordinaria como para la PPR.

El procedimiento de concesión se inicia con la solicitud del interno¹⁶⁰⁶ y el Equipo Técnico elabora un informe (que es preceptivo, aunque no vinculante¹⁶⁰⁷) en la que recoge su propuesta sobre la conveniencia o no de la concesión del permiso.

La concesión o denegación corresponde a la Junta de Tratamiento, pero deben ser autorizados por el Centro Directivo (en caso de tratarse de internos clasificados en tercer grado y también de los de segundo grado, si son inferiores a dos días) y por el JVP (si son internos clasificados en segundo grado y se trata de permisos superiores a dos días)¹⁶⁰⁸.

Según el art. 77 de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas se puede pedir la práctica de la prueba sobre hechos relevantes para la decisión del procedimiento y, según el art. 82.2 de la misma ley, el interno puede efectuar alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio, tanto en la solicitud, como en cualquier fase del procedimiento y el trámite de audiencia. Sin embargo, como apunta MARTÍNEZ ESCAMILLA, el derecho del preso a ser oído antes de que se decida sobre la concesión del permiso no se produce en la práctica¹⁶⁰⁹.

En la concesión se pueden imponer una serie de medidas de seguridad o de apoyo: presentación diaria ante la policía y/o ante los servicios sociales penitenciarios, necesidad de que sea recogido y devuelto por un familiar o representante de asociación que lo avale, contactos telefónicos con la cárcel en fechas y horas concretas, obligación de acudir a

¹⁶⁰⁶ La solicitud del interno se articula por medio de una instancia dirigida al Director del Centro Penitenciario en la que han de constar los motivos y el lugar de disfrute, pero también podría iniciarse mediante una actuación de oficio de la Administración Penitenciarias, en base al art. 58 de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

¹⁶⁰⁷ RÍOS y otros, *Defenderse*, p. 266.

¹⁶⁰⁸ Arts. 160.2, 161.1 y 2 del RP y art. 76.i de la LOGP. Ante la denegación de un permiso por parte de la Junta de Tratamiento cabe interponer queja ante el JVP (art. 162 RP). Si la Junta de tratamiento concede el permiso, pero el JVP o el Centro Directivo (dependiendo a quién corresponde la competencia) no lo autorizan, el preso también puede recurrir ante el propio JVP y posteriormente a la Audiencia Provincial. Respecto a las víctimas, en virtud de la nueva Ley del Estatuto de la Víctima de 2015 (LO 4/2015), éstas podrán recurrir la decisión de conceder el permiso cuando el JVP haya acordado, conforme al art. 78.3, que el cómputo para disfrutar de los permisos se realice sobre el límite legal y no sobre la suma total (art. 13. 1. b) y también podrán efectuar alegaciones dentro de los cinco días anteriores a la adopción de la resolución por el JVP (quien deberá darles audiencia en dicho plazo, art. 13.3). Señala REBOLLO, "Libertad condicional", pp. 7 y 8 que el antecedente de la ley de la víctima hay que situarlo en la L.O. 7/2003, que incorporó en distintos preceptos (arts. 36.2, 78, 91.1 y 91.2) que el JVP oyerá al Ministerio Fiscal, a Instituciones Penitenciarias y a las demás partes en el proceso, con carácter previo a dictar una resolución. Sin embargo, hay que señalar que se trataba de un trámite de mera audiencia que carecía de efectos vinculantes y que no era obligatorio (según los criterios de actuación de los JVP).

¹⁶⁰⁹ MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Permisos*, pp. 77 y 78. Esto se debe, en primer lugar, a la ausencia en la legislación penitenciaria de un cauce procedimental que deban observar tales decisiones y a la ausencia de una remisión expresa a otras normas procesales, a lo que se une la indefensión, debido a la carencia de información y asesoramiento jurídico de la inmensa mayoría de los reclusos.

centros de rehabilitación o asistenciales, sometimiento a analíticas sobre consumo de estupefacientes, prohibición de acudir a determinados lugares, etc.

En cuanto a la autoridad competente encargada de revocar el permiso, todo parece indicar que es la DGIP o el JVP, según quien lo autorizara. La revocación se producirá en los casos en los que el interno aproveche el disfrute de cualquier permiso para fugarse o cometer nuevo delito, lo que acarreará una serie de consecuencias penales y penitenciarias, como por ejemplo, la apertura de diligencias por delito de quebrantamiento de condena y también de una nueva causa penal que no se podrá acumular a la anterior si además de no reingresar se comete un delito, la posible regresión de grado y muchísima dificultad para obtener un nuevo permiso en el futuro, ya que supone su inclusión en la tabla de variables de riesgo¹⁶¹⁰.

3. Tercer grado penitenciario

A. Concepto, finalidad e índice de concesión

Como se ha señalado previamente, en virtud del art. 72 LOGP, las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica separado en grados, el último de los cuales es el de la libertad condicional y el anterior a éste, el tercer grado. De esta manera la pena de prisión se divide en cuatro grados a los que corresponde respectivamente determinados regímenes de vida: primer grado (régimen cerrado), segundo grado (régimen ordinario), tercer grado (régimen abierto) y cuarto grado (libertad condicional). Sin embargo, debido al sistema de individualización científica, el art. 100 del Reglamento permite un modelo de ejecución flexible, lo que significa que se pueden combinar aspectos característicos del segundo y tercer grado. Así mismo, como otra de las características de este sistema, en principio, se puede decretar la clasificación en cualquiera de los grados desde el inicio, salvo el de libertad condicional, sin ningún límite de permanencia¹⁶¹¹.

El régimen abierto fue una de las grandes novedades de la reforma penitenciaria iniciada con la aprobación de la LOGP de 1979. Se trata de una modalidad de cumplimiento atenuado equiparable a los sistemas de semi-libertad existentes en otros países y tiene la virtud principal de ofrecer un periodo intermedio entre la prisión ordinaria y la libertad que sirve de preparación para la plena incorporación del interno a

¹⁶¹⁰ RÍOS y otros, *Defenderse*, p. 299; RÍOS y otros, *Las penas y su aplicación*, p. 278; y CERVELLÓ, *Derecho Penitenciario*, pp. 272 y 273.

¹⁶¹¹ CERVELLÓ, *Derecho Penitenciario*, p.184.

la vida social. Esta forma de régimen es un instrumento indispensable en un sistema sancionador orientado a la resocialización, dado que mantiene las ventajas del ingreso para el recluso (concretamente, la posibilidad de llevar a cabo un tratamiento) reduciendo drásticamente los inconvenientes propios del efecto desocializador de la prisión, al permitir la inserción laboral del sujeto, una mayor fluidez y normalización en la relación con sus familiares y el contacto diario con la realidad externa¹⁶¹².

La influencia positiva que ejerce el tercer grado en el regreso exitoso a la libertad definitiva ha sido contrastada empíricamente. Diversos estudios demuestran que la tasa de reincidencia es claramente inferior cuando se trata de personas que han cumplido parte de su condena en tercer grado¹⁶¹³. Sin embargo, a pesar de los buenos resultados, el número de personas clasificadas en este grado y en consecuencia en condiciones más abiertas de prisión también es muy escaso¹⁶¹⁴.

B. Requisitos para la concesión

Según el modelo original de 1979, la posibilidad de acceder al régimen abierto estaba sometida únicamente a un elemento valorativo (pronóstico de reinserción), pero con la reforma de 2003 se añadió un elemento objetivo o temporal (periodo de seguridad). Así mismo, también se sumaron otros requisitos, como el de la responsabilidad civil y, en caso de terrorismo, el abandono de los fines y medios terroristas y la colaboración con las autoridades¹⁶¹⁵. Es importante subrayar que, aunque el legislador español no ha vinculado el tercer grado al disfrute previo de permisos, en la práctica, la ausencia de permisos de salida ordinarios supone una dificultad añadida a la progresión al tercer grado en un número muy importante de casos -como se ha adelantado *supra*-, ya que la Junta de Tratamiento valora negativamente esta circunstancia en la propuesta de clasificación que realiza y el Centro Directivo en su resolución¹⁶¹⁶.

En los siguientes dos apartados explicaremos en detalle los dos requisitos mencionados, comenzando por el requisito temporal. Se mantendrá el mismo esquema

¹⁶¹² TAMARIT y otros, *Derecho Penitenciario*, p. 276.

¹⁶¹³ LUQUE, “La reincidencia penitenciaria”, pp. 234-237; y Área de Investigación y Formación Social y Criminológica, *Tasa de reincidencia penitenciaria*, 2014, p. 237, revelan que las personas que han salido en tercer grado tienen una tasa de reincidencia del 18,1%, 12 puntos mejor que la general.

¹⁶¹⁴ Véase CID, “Incremento”, p. 21, figura 6; CID y TEBAR, “Delincuentes de alto riesgo”, p. 8, tabla 5; y LARRAURI, “Castigo”, p. 7. La cifra ofrecida por estos autores se situaba entre el 15 y el 26% de la población penitenciaria, en la Administración General del Estado (AGE) y Cataluña, respectivamente. En Catalunya el número de internos en ese grado bajó del 26.1% del total de penados clasificados en junio de 2007, al 24.4% en junio de 2008 (aunque por encima del bajísimo 14,4% que en el año 2006 se registró en España). En cuanto a los datos de la AGE, según el Informe general 2014 de la SGIP, p. 32, ese año se produjo una leve subida (siendo la media de clasificados en ese grado del 16,2%), manteniéndose la misma cifra en el 2016 (Informe de 2016, p. 32).

¹⁶¹⁵ La exigencia del periodo de seguridad, el de la responsabilidad civil y el relativo a los casos de terrorismo fueron introducidos en los arts. 36 y 90.

¹⁶¹⁶ RODRÍGUEZ YAGÜE, “Individualización”, pp. 331-332.

que el seguido al explicar los permisos de salida: Primero se describirá el régimen general aplicable a las penas determinadas y luego la regulación prevista para la PPR.

B.1 En las penas de prisión ordinarias

B.1.1 Requisito temporal: periodo de seguridad

Hasta no hace mucho tiempo (2003), la ley no requería el cumplimiento de ningún tiempo mínimo para la clasificación en un grado penitenciario¹⁶¹⁷, por tanto, era posible obtener el tercer grado desde el inicio, aunque lo habitual era que se clasificara en este grado a quienes hubieran cumplido al menos una cuarta parte de la condena¹⁶¹⁸. Sin embargo, la reforma del Código Penal mediante la LO 7/2003 tuvo una profunda incidencia en la regulación del tercer grado y ha significado un importante retroceso en la configuración del sistema de cumplimiento diseñada por la LOGP de 1979 bajo los principios de individualización científica y flexibilidad¹⁶¹⁹. La clasificación en tercer grado pasó a ser mucho más difícil por la incorporación de nuevos y estrictos requisitos como el periodo de seguridad y el pago de la responsabilidad civil, que se añadieron tanto en el CP como en la LOGP. Este cambio tiene una gran trascendencia, ya que se trata del paso necesario para acceder a la libertad condicional.

El nuevo art. 36.2 CP de la LO 7/2003 estableció un periodo de seguridad en virtud del cual en las penas de prisión superiores a cinco años¹⁶²⁰ la clasificación del condenado en tercer grado de tratamiento no puede efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta, aunque preveía la reversión al régimen general de cumplimiento por acuerdo razonado del JVP, siempre que no se trate de delitos de terrorismo o criminalidad organizada.

¹⁶¹⁷ La LOGP en su art. 72.3 y 4 no sólo prevé que una persona puede ser inicialmente clasificada en tercer grado, sino que además proscribía que un interno se encuentre clasificado en un grado inferior al que corresponde por la evolución de su tratamiento.

¹⁶¹⁸ CERVELLÓ, *Derecho Penitenciario*, 2012, p.191.

¹⁶¹⁹ TAMARIT y otros, *Derecho Penitenciario*, p. 277.

¹⁶²⁰ En cuanto al límite de 5 años del periodo de seguridad, es importante matizar que debe entenderse de cada pena individual y no de la suma de varias, por las siguientes tres razones. Primera, cuando el legislador ha querido referirse a la cifra resultante de la suma de distintas penas, como en el art.81.2º CP que regula la suspensión de la ejecución, ha utilizado la expresión “pena o penas impuestas o suma de las impuestas”. Segunda, el RP en su art. 193.2 sólo menciona la unidad de ejecución a efectos de libertad condicional. Tercera, el sentido del requisito parece ser endurecer las condiciones penitenciarias de los delitos más graves no de la suma de los menos graves. En otras palabras, el art. 36.2 CP no es aplicable a quien debe cumplir dos o más penas de prisión que individualmente no superan los cinco años, pero cuya suma sí supera los cinco años (así lo señaló también, primero, la Instrucción de la DGIP 2/2005 de 15 de marzo y, posteriormente, la Instrucción DGIP 7/2010 de 14 de diciembre). El caso del concurso de delitos y de la acumulación de condenas es diferente, porque al fin y al cabo cuando varias penas impuestas en procedimientos separados se acumulan para beneficiarse de los límites concursales se crea una nueva pena y se extinguen las otras, por ello si la condena acumulada es superior a cinco años, aunque alguna de las que forman la acumulación no lo sea, es indiferente. CERVELLÓ, *Derecho Penitenciario*, 2012, p. 193; y de la misma "Los nuevos criterios", p. 15.

Posteriormente, la LO 5/2010 de 22 de junio suavizó la rigidez inicial del periodo de seguridad, estableciendo dos modelos: uno general para todo tipo de delitos en el que pasa a ser facultativo, cuando antes era imperativo, y otro específico para una relación de delitos en los que sigue siendo imperativo (los delitos de terrorismo y los cometidos en el seno de una organización o grupo criminal, y ahora también en los delitos del art. 183, es decir, abuso o agresión sexual a menores de dieciséis años y, por último, los delitos de prostitución y corrupción de menores cuando la víctima sea menor de trece años del art. 188)¹⁶²¹. Finalmente, la última reforma del CP operada por la LO 1/2015 mantiene la redacción dada por la LO 5/2010 (aunque como veremos más adelante, para el caso de la PPR se establecen unos plazos específicos para acceder al tercer grado, 15 y 20 años, art. 36.1CP).

El establecimiento de un periodo de seguridad obligatorio ha recibido amplias críticas¹⁶²² por quebrantar el principio de individualización científica y también el de reinserción. Se prioriza la retribución y la prevención general sobre la prevención especial del art. 25.2 CE, amenazando las ventajas inherentes a la flexibilidad del cumplimiento contrastadas por estudios empíricos. La LOGP y el RP ya cuentan con suficientes mecanismos para valorar la peligrosidad y establecer el grado adecuado y para que las personas con penas elevadas no obtengan inicialmente el régimen abierto, pero no lo hacen imposible. Las variables criminológicas que prevé la legislación penitenciaria son suficientes para asegurar que quien sea clasificado o progresado a tercer grado, sea capaz de vivir en semilibertad, respetando la ley penal. En definitiva, defienden que el acceso al tercer grado y a la libertad condicional debería hacerse en función del tratamiento individualizado y aplicado sin límite temporal.

Por su parte, ARMENTA y RODRÍGUEZ RAMÍREZ no creen que la LO 7/2003 haya resucitado el concepto antiguo de sistema penitenciario progresivo, sino que consideran que simplemente se restringe la extraordinaria casuística que podía derivarse de la falta completa de criterios “objetivos” en la clasificación del tercer grado; aunque reconocen el peligro que existe de que la aplicación práctica sea arbitraria¹⁶²³.

Además del periodo de seguridad, para calcular cuándo se puede empezar a disfrutar del tercer grado (y también de los permisos y la libertad condicional), hay que tener en cuenta el llamado cumplimiento efectivo o íntegro de las penas prevista en el art.

¹⁶²¹ Los delitos de abuso o agresión sexual a menores y los delitos de prostitución y corrupción de menores de 13 años se añadieron en la modificación de 2010, ya que antes sólo era preceptivo para los delitos de terrorismo y los delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.

¹⁶²² Entre otros, CERVELLÓ *Derecho Penitenciario*, pp. 1 y 194; RÍOS y otros, *Defenderse*, 2014, pp. 113 y 114; RÍOS y otros, *Las penas y su aplicación*, p. 263; y MÁRQUEZ, “Ejecución”, p. 3.

¹⁶²³ ARMENTA y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, *Reglamento penitenciario*, p. 291.

78 CP, ya que, en caso de concurso de delitos (art. 76), se permite que el plazo para acceder al tercer grado se calcule tomando como referencia la totalidad de las penas impuestas en sentencia, lo que claramente dificulta aún más el disfrute del régimen abierto. En estos casos, el acceso al tercer grado se complica de forma notable, pudiendo incluso suceder que su disfrute no sea posible porque la mitad de la pena tiene una duración demasiado larga. Hay dos casos claros en los que el disfrute del tercer grado quedaría imposibilitado. El primero es cuando biológicamente resulta imposible llegar a sobrevivir los años necesarios hasta llegar al límite temporal que se exige para empezar a disfrutar del tercer grado y, el segundo, cuando el cumplimiento de la pena termina antes de poder alcanzar el tercer grado¹⁶²⁴.

Hay que señalar que la LO 1/2015 introduce un cambio positivo al modificar la redacción anterior del art. 78.2, como consecuencia de lo cual deja de ser preceptiva la aplicación del art. 78.1 para los supuestos recogidos en los apartados a), b), c) y d) del art. 76.1 (supuestos en los que se aplican dos o más penas y alguna o algunas de ellas son penas de prisión de 20 años o más). Por lo tanto, ahora, será el juez quien decida si en esos casos endurece las condiciones de acceso a los beneficios penitenciarios o, por el contrario, aplica el régimen general de cumplimiento. Sin embargo, cuando se trate de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo la redacción anterior sigue en vigor, por ello, aunque no se aplique el cumplimiento íntegro de penas del art. 78.1, sólo se podrá acceder al tercer grado cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena. Esto significa que si, por ejemplo, el máximo de cumplimiento fuera de 40 años (supuesto d) del art. 76.1), la quinta parte serían 8 años, de modo que el tercer grado sólo podría ser concedido a partir de los 32 años de prisión¹⁶²⁵.

Por último, llama la atención, que a pesar de que tanto la aplicación del periodo de seguridad como del cumplimiento íntegro de las penas sea facultativa (arts. 36.2 y 78.1, salvo en ciertos delitos), para poder aplicar el régimen general se exija un pronóstico

¹⁶²⁴ En cuanto al primer caso, esto sucede, por ejemplo, cuando varias de las penas suman un total de 400 años, pues la mitad serían 200. Por la misma razón, tampoco se podría alcanzar la libertad condicional, ni disfrutar de los permisos, pues una cuarta parte de 400 serían 100 años, ni la libertad condicional, ya que las tres cuartas partes equivaldrían a 300 años. En cuanto al segundo caso, puede suceder que el penado haya sido condenado en varias sentencias a siete penas de prisión de tres años cada una (sumando por tanto un total de 21 años, por lo que la mitad serían 10 años y 6 meses). Como quiera que la pena a cumplir es de 9 años (el triple de la más grave, ex art 76.1CP), y ésta es una pena inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, la clasificación en tercer grado sólo podrá referirse a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias, o sea, a 21 años, pero como cumple 9 años, saldrá de prisión antes de poder ser clasificado en tercer grado. Por tanto, en este caso no habría clasificación. MIR PUIG, *Derecho penitenciario*, p. 116.

¹⁶²⁵ La aplicación del artículo 78 CP garantiza, en los concursos reales, la exclusión de la clasificación en tercer grado de condenados por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales hasta que no hayan cumplido 32 años de su condena y de la libertad condicional hasta que no hayan cumplido 35 años. Se trata de los mismos límites que operan en el caso de la PPR.

individualizado y favorable de reinserción social y oír al Ministerio Fiscal, Instituciones penitenciarias y demás partes (arts. 36.2 último párrafo y art. 78.2). Al pronóstico de reinserción necesario para levantar el periodo de seguridad nos referiremos en el siguiente apartado.

B.1.2 Requisito valorativo

El art. 102.4 RP señala que la clasificación en tercer grado se aplicará a los internos que estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad. Para comprobar esa capacidad deben valorarse las variables criminológicas que se recogen en la legislación penitenciaria (art. 63 LOGP y el art.102.2 RP): la personalidad; el historial individual, familiar, social y delictivo del interno; la duración de las penas; el medio social al que retorne el recluso; y los recursos, facilidades y dificultades para el tratamiento. El art. 104.3 del Reglamento dispone que, de entre ese conjunto de variables, se debe valorar especialmente el historial delictivo y la integración social del penado¹⁶²⁶.

Sin embargo, existe la posibilidad de que la clasificación en el tercer grado se produzca desde el inicio, sin necesidad de cumplir ningún plazo, cuando se trate de condenas no superiores a 5 años. En este caso será necesario valorar los criterios específicos que recoge la Instrucción 9/2007. Así, serán clasificados inicialmente en tercer grado aquellos internos que presenten un pronóstico de reincidencia medio bajo a muy bajo y no presenten factores de inadaptación significativos. Para valorar si existe o no un pronóstico de reincidencia bajo se enumeran una serie de factores como: el ingreso voluntario; la primariedad delictiva o reincidencia escasa, el apoyo familiar o social; la asunción del delito; la personalidad responsable, la correcta adaptación social desde la comisión de los hechos hasta el ingreso; baja prisionización; y en el caso de adicciones, que se halle en disposición de tratamiento. Además de la concurrencia de estos factores positivos, será preciso que los internos no presenten factores de inadaptación significativos, tales como: pertenencia a organizaciones delictivas, personalidad de rasgos de carácter psicopático, inadaptación a prisión, escalada delictiva, etc.

Como se ha adelantado en el apartado anterior, también es posible iniciar la ejecución de la pena directamente en régimen abierto, a pesar de tratarse de penas superiores a 5 años, si se procede al levantamiento del periodo de seguridad (art. 36.2,

¹⁶²⁶ TAMARIT y otros, *Derecho Penitenciario*, p. 278, apuntan que en la configuración de los anteriores criterios se advierte un empeño en destacar lo relativo al historial delictivo, así como las expectativas de integración social, que pretende evitar las disfunciones producidas a menudo en la práctica, derivadas de la valoración exclusiva o de la concesión de una importancia excesiva a la conducta penitenciaria del interno, habida cuenta de la existencia de sujetos de una gran peligrosidad criminal, principalmente algunas personalidades psicopáticas, con una alta capacidad de adaptación al medio carcelario.

aunque quedan exceptuados de esta posibilidad los delitos anteriormente referidos). Para ello, será necesario que exista un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, tal como exige el citado precepto¹⁶²⁷. Para tal fin, según la Instrucción 9/2003 (y mantienen la Instrucción 2/2004 y la 2/2005) la Junta de Tratamiento valorará las circunstancias personales del interno como la asunción del delito, la actitud de respeto a la víctima (que se define como el compromiso firmado de arrepentimiento y asunción o reparación del daño), la conducta seguida en libertad si ha mediado tiempo entre la comisión del delito y su entrada en la prisión y, por último, la participación en los programas específicos de tratamiento relacionados con la actividad delictiva¹⁶²⁸.

B.1.3 Revisiones de grado: progresión y regresión

El grado penitenciario se revisará cada seis meses como máximo (art. 105 RP)¹⁶²⁹, lo que significa que nada impide que la clasificación pueda realizarse antes o incluso deba hacerse; es más, el principio de individualización científica podría exigir un seguimiento más cercano, de manera que sea la evolución en el tratamiento la que determine la nueva clasificación y no el transcurso o cumplimiento de unos plazos temporales¹⁶³⁰.

Como se podrá comprobar, la regulación sobre el tercer grado está impregnada de una alta dosis de indeterminación y ambigüedad que no respetan el principio de legalidad y certeza.

Según la normativa penitenciaria, la progresión en grado dependerá de la modificación de aquellos factores o rasgos de la personalidad¹⁶³¹ relacionados con la actividad delictiva, que se manifestará en la conducta global del interno (arts. 65.2 LOGP y 106.1. y 2 RP). La Instrucción 9/2007 por su parte señala como elementos a valorar, los permisos de salida disfrutados; haber obtenido una valoración normal o superior en las evaluaciones dentro de las actividades programadas (con carácter prioritario en el PIT, Programa individualizado de tratamiento); estar incluido en un programa de tratamiento

¹⁶²⁷ En cuanto al procedimiento a seguir, es la Junta de Tratamiento quien formula la correspondiente propuesta al Centro Directivo, y ésta, antes de resolver concediendo la clasificación en tercer grado, deberá contar con el auto del JVP. Además, deberá oír antes al Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y a las demás partes. Véase conjuntamente el art. 36.2. último párrafo, la Instrucción 2/2005, p. 5 punto c y también la Instrucción 9/2003, p. 5.

¹⁶²⁸ En opinión de CERVELLÓ, “Nuevos criterios”, pp. 17 y 18, todos estos criterios parecen estar pensando en delitos muy específicos como libertad sexual y violencia doméstica en los que la investigación criminológica ha incorporado programas específicos para valorar la relación con la víctima o la asunción del delito.

¹⁶²⁹ Salvo el primer grado que debe revisarse cada tres meses (art. 98.2 RP).

¹⁶³⁰ RÍOS y otros, *Defenderse*, 2014, p. 134.

¹⁶³¹ RÍOS y otros, *Defenderse*, pp. 136 y 137, consideran cuestionable que la modificación de la personalidad delictiva se pueda deducir de la conducta en prisión. La realidad sociológica de la cárcel en nada es parecida a la vida social en libertad. Aunque la conducta de algunas personas presas sea adaptada al régimen penitenciario, ello no implica que éstos sean capaces de vivir en libertad respetando la ley. Por el contrario, personas presas que adoptan conductas de reivindicación y de enfrentamiento a la institución penitenciaria no necesariamente son acreedoras de un mal pronóstico de vida en libertad.

al que se le pueda dar continuidad en el medio comunitario y la ausencia de sanciones disciplinarias. En el caso de delitos de extrema gravedad o que hayan provocado alarma social, apunta que se exigirá un estudio exhaustivo de las circunstancias (sin especificar a cuáles se refiere) y, en su caso, de los posibles tratamientos que deban seguir, para que en ningún caso estos condicionantes impidan la progresión¹⁶³².

En la práctica penitenciaria, las progresiones de grado (dejando de un lado las de primero a segundo), están condicionadas, en términos generales, por la presencia de una serie de factores, entre los que podemos destacar los que se comentan a continuación. El primero de ellos es el disfrute previo de permisos ordinarios de salida sin incidencias negativas. Es práctica común consolidada por parte de las Juntas de Tratamiento no formular, por regla general, propuesta de progresión a tercer grado sin la presencia de este factor y ello pese a que la instrucción 9/2007 matiza que se trata de un criterio orientador y no de un requisito imprescindible. Como apuntábamos al hablar de los permisos de salida, la estrecha relación existente entre aquellos y el tercer grado es evidente. CERVELLÓ opina que, aunque sea sumamente conveniente para facilitar el tránsito a la libertad y facilitar la reinserción, no debe ser un requisito indispensable para la progresión¹⁶³³.

El segundo factor es el relativo a la proximidad en la fecha de las tres cuartas partes de la condena con objeto de reducir el riesgo de quebrantamiento de condena y evitar estancias excesivamente prolongadas en régimen abierto. Como tercer factor tenemos la evolución favorable, en su caso, en el consumo de drogas (factor etiológico o criminógeno de gran parte de los hechos delictivos) objetivada en los resultados negativos de las analíticas realizadas. En cuarto lugar, también se valora la buena conducta y la evolución penitenciaria, con ausencia de sanciones disciplinarias y la participación en las actividades organizadas por el Centro Penitenciario. Por último, otros factores concurrentes a tener en cuenta suelen ser la primariedad delictiva, la antigüedad del delito, la presentación voluntaria, las relaciones familiares vinculantes el alto efecto intimidatorio de la pena y reconocimiento del hecho delictivo, los recursos personales adecuados, la existencia de hábitos laborales consolidados, etc.¹⁶³⁴

¹⁶³² La instrucción también matiza que, en todo caso, la inexistencia de oferta laboral en el exterior, no supondrá “per se” la asignación de un régimen restringido si el penado está incluido en otras actividades educativas, terapéuticas, etc. Sin embargo, RODRÍGUEZ YAGÜE, “Individualización”, p. 353, recalca que, aunque el art. 102 RP no lo contemple como variable a tener en cuenta, la imposibilidad de desempeñar un trabajo en el exterior sí es tenida en cuenta a la hora de justificar la adopción de un régimen abierto restringido (art. 82 RP). Así, augura que, dado que la existencia de una oferta de trabajo tras 15 o 20 años de prisión será prácticamente anecdótica, se abocará a estos condenados a la no progresión o a la adopción de un régimen abierto restringido.

¹⁶³³ CERVELLÓ, *Derecho Penitenciario*, p.192.

¹⁶³⁴ ARMENTA y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, *Reglamento penitenciario*, p. 314; y RÍOS y otros, *Defenderse*, p. 136.

RÍOS y otros apuntan que, en la práctica, debido a que el tratamiento, con frecuencia, es inexistente, los tres factores que determinan la progresión en grado son: la naturaleza del delito, el tiempo que quede para llegar a las tres cuartas partes de la condena y su conducta en la cárcel¹⁶³⁵. Sin embargo, LEGANÉS GÓMEZ considera que en las progresiones de grado priman las variables más propiamente penitenciarias concretadas en la evolución positiva puesta de manifiesto a través de la participación en actividades de carácter formativo, laboral o propiamente terapéuticas, así como la capacidad de cumplimiento en régimen de semilibertad puesta de manifiesto en el disfrute regular de varios permisos de salida. En cuanto a las variables penales referidas a la trayectoria delictiva y tiempo que le resta de condena, señala que éstas jugarán un peso más importante si, con anterioridad, el sujeto había disfrutado del régimen abierto o la libertad condicional fracasando en el mismo¹⁶³⁶.

En cuanto a la regresión de grado, ésta procederá cuando exista una evolución desfavorable en el pronóstico de integración social, en la personalidad o en la conducta de la persona presa (arts. 65.3 LOGP y 106.3 RP). TAMARIT y otros lamentan que la Ley recurra a conceptos jurídicos indeterminados (al igual que se hace en el art. 65.2 relativo a la progresión)¹⁶³⁷. De las tres variables que se indican, la más difícil de concretar es la evolución negativa de la personalidad, pues es complicado determinar qué variables se adoptan para definir la personalidad, por no mencionar la falta de elementos que tiene la prisión para un detallado estudio de la misma¹⁶³⁸.

Más sencillo parece determinar una evolución desfavorable de la conducta o en el pronóstico de integración social, pero ambas variables deben analizarse desde un punto de vista global de toda la situación social, personal y penitenciaria de la persona presa. A este respecto hay que dejar claro que la letra de la ley señala que se trata de enjuiciar una *conducta* y no de hacer un pronóstico a partir de un *dato o hecho* (por ejemplo, introducir

¹⁶³⁵ RÍOS y otros, *Defenderse*, pp. 137-140. Estos autores defienden que habría que tomar en consideración, preferentemente, otros elementos como apoyos sociales, familiares, posibilidad de trabajo o de realización de cursos de formación profesional, ofertas de trabajo, superación de la toxicomanía o existencia de posibilidades de seguir el programa de rehabilitación en el exterior, la eventual reparación del daño, la comprensión del daño causado o el disfrute de permiso de salida. Sin embargo, apuntan que esos elementos, en la práctica, sólo tienen un papel subsidiario respecto del delito cometido, de la conducta en prisión, y del tiempo que resta de cumplimiento de la condena, olvidando que la tipología delictiva no determina si una persona es capaz o no de vivir en semilibertad. No obstante, matizan, existen algunos autos en los que en vía de recurso se concede el tercer grado a pesar de la gravedad del delito, la duración de la pena o el pronóstico de reincidencia, siempre que exista, por ejemplo, buena evolución conductual y tratamental, apoyo familiar, cualificación laboral o arrepentimiento por los hechos.

¹⁶³⁶ Tesis doctoral "Clasificación penitenciaria y medio abierto". Autor: LEGANÉS GÓMEZ, Santiago y dirigido por CERVELLÓ, p. 355.

¹⁶³⁷ TAMARIT y otros, *Derecho Penitenciario*, 2005, p. 266.

¹⁶³⁸ RÍOS y otros, *Defenderse*, p. 141.

hachís para autoconsumo en un centro de régimen abierto). Como norma general, debe existir cierta analogía con los hechos delictivos que le llevaron al ingreso en prisión¹⁶³⁹.

En la práctica, la regresión del tercer al segundo grado se produce por incumplimiento de las condiciones impuestas por el régimen de vida: horarios de salida, irregularidades manifiestas en la actividad laboral o en el programa de tratamiento de drogodependencias u otros; así como también por la comisión de un presunto delito durante alguna salida autorizada o el no reingreso tras el disfrute de permisos de salida¹⁶⁴⁰.

B.1.4 Otros requisitos: pago de la responsabilidad civil y, en terrorismo, abandono de los fines y colaboración con las autoridades

La LO 7/2003, además del periodo de seguridad, también introdujo el nuevo art. 72.5 en la LOGP, exigiendo el requisito de haber satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito. Todos los condenados, con independencia de que la pena de prisión sea superior o inferior a cinco años, deben cumplir con este requisito.

RENART y MAPELLI critican la introducción de ese requisito, porque endurece aún más la posibilidad de clasificación en régimen abierto y la aleja de la individualización científica¹⁶⁴¹. Esta nueva exigencia y también el periodo de seguridad, que al inicio fueron interpretadas de forma severa, tuvo como consecuencia la reducción de las progresiones a tercer grado un 40% en julio de 2003, que se empezó a recuperar a partir de mayo de 2004¹⁶⁴².

Para valorar la satisfacción de la responsabilidad civil el art. 72.5 LOGP ofrece un listado en el que incluye la conducta efectivamente observada para restituir, reparar o indemnizar; las condiciones personales y patrimoniales para valorar su capacidad real presente y futura de pago; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; y la

¹⁶³⁹ A modo de ejemplo, no se debería, en principio, regresar a segundo grado a quien llega con retraso al Centro de Inserción social y con un consumo positivo de cocaína, si ese consumo no tiene relación con la conducta delictiva que motivó el ingreso en prisión y es un hecho aislado del que no se desprende una evolución desfavorable del penado en relación al tratamiento y que lleve varios años trabajando sin incidencia alguna. Los establecimientos penitenciarios están destinados al cumplimiento de penas privativas de libertad en régimen abierto, así como al seguimiento de cuantas penas no privativas de libertad se establezcan en la legislación (art. 163 RP). Para mayor información, véase RÍOS y otros, *Defenderse*, pp. 141 y 146; y ALARCÓN, “Cumplimiento efectivo”, pp. 109-110.

¹⁶⁴⁰ RÍOS y otros, *Defenderse*, p. 145. Estos autores señalan en la p. 142, que, en ocasiones, de la valoración de los datos que la cárcel utiliza para proponer una regresión de grado se deduce que la actuación de la persona presa merece un reproche disciplinario, pero no la regresión de grado. Por eso, para no caer en este error, aconsejan realizar una valoración global de la conducta, analizando toda la trayectoria penitenciaria y personal mantenida durante el cumplimiento de la condena. Estos autores advierten de que, en ocasiones, la regresión es una medida desproporcionada a los juicios globales de conducta e integración social del penado, utilizándose por la Administración penitenciaria, con mucha frecuencia, como medio meramente sancionador, en vez de aplicarse para estos fines el régimen disciplinario penitenciario.

¹⁶⁴¹ RENART, *La libertad condicional*, p. 123; y MAPELLI, *Las consecuencias*, p. 194.

¹⁶⁴² CERVELLÓ, *Derecho Penitenciario*, p. 197.

estimación del enriquecimiento derivado del delito y daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y el número de perjudicados¹⁶⁴³.

En opinión de CERVELLÓ, el sentido del precepto penitenciario se dirige claramente a valorar el esfuerzo por reparar el daño causado, el compromiso futuro y no sólo el pago efectivo¹⁶⁴⁴, por ello, recalca que si no se paga no se ha de proceder a la regresión automáticamente, sino a analizar las variables globalmente, entre las que destaca la normativa laboral referente a la inembargabilidad del salario mínimo profesional¹⁶⁴⁵. En la misma línea, RÍOS y otros, apuntan que el impago no puede ser un obstáculo si el penado ha sido declarado insolvente y ofrece, en términos creíbles, pagar cuanto pueda cuando comience a trabajar fuera de prisión, pues de lo contrario, advierten, se caería en el círculo vicioso y perjudicial para todos de que el condenado no progrese porque no pague a las víctimas y éstas no cobren porque el penado no progresa¹⁶⁴⁶.

Además de los requisitos que venimos señalando, en los casos de terrorismo y delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, el art. 72.6 LOGP añade un requisito más: que se muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y medios terroristas (art.72.6.a) y que hayan colaborado activamente con las autoridades para alcanzar varios objetivos (art.72.6.b). Esos objetivos son: impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista; atenuar los efectos de su delito; identificar, capturar y procesar a los responsables de delitos terroristas; obtener pruebas y, por último, impedir la actuación o desarrollo de la organización o asociación a las que hayan pertenecido o con las que hayan colaborado. El abandono y la cooperación forman un binomio inseparable, ambos deben cumplirse de forma conjunta¹⁶⁴⁷. Sin embargo, los distintos contenidos de la colaboración no los son: la presencia de uno de ellos es suficiente para estar completo el requisito¹⁶⁴⁸.

En cuanto a los elementos de juicio para probar el cumplimiento de las dos exigencias, el precepto señalado sugiere unos medios de acreditación: la declaración expresa de repudio de sus actividades y abandono de la violencia, la petición expresa de perdón a sus víctimas y los informes técnicos de la prisión que acrediten su desvinculación de la organización terroristas y su entorno.

¹⁶⁴³ Véase también la Instrucción 2/2005.

¹⁶⁴⁴ CERVELLÓ, *Derecho Penitenciario*, p. 196. Aunque esta autora critica que se centre exclusivamente en el pago económico, sin valorar otros aspectos más positivos desde el punto de vista penitenciario como la conciliación o mediación entre agresor y víctima. También TAMARIT y otros, *Derecho Penitenciario*, pp. 280 y 281, critican ese sentido reduccionista de la reparación a la víctima, lo que no se adecúa a las legislaciones y prácticas de mayor interés en el Derecho comparado sobre justicia reparadora.

¹⁶⁴⁵ CERVELLÓ, *Derecho Penitenciario*, pp. 196 y 197.

¹⁶⁴⁶ RÍOS y otros, *Defenderse*, p. 122. Así mismo, estos autores apuntan que las personas toxicómanas, salvo excepciones, no tienen posibilidad práctica de hacer frente al pago de deudas desde la prisión.

¹⁶⁴⁷ GARRO, "Tercer grado", p. 29.

¹⁶⁴⁸ CERVELLÓ, *Derecho Penitenciario*, p. 197.

CERVELLÓ pone de relieve que se trata de unas exigencias complejas de cumplir y también de acreditar, ya que, la declaración de repudio supone un arrepentimiento moral y no jurídico; para el perdón expreso a las víctimas resulta necesaria la labor de mediadores y, en lo que respecta a la desvinculación de la organización terrorista, los mecanismos de prueba son muy reducidos (distanciamiento físico de otros miembros de la organización, control de sus comunicaciones, visitas o remotos permisos de salida)¹⁶⁴⁹.

GARRO cataloga de “binomio diabólico” los dos requisitos de abandono y colaboración y destaca lo extraño que resulta la exigencia del abandono cuando la persona condenada se encuentra privada de libertad (más aún, teniendo en cuenta que la mayoría de los presos de ETA están clasificados en primer grado, y con sus comunicaciones generalmente intervenidas)¹⁶⁵⁰. En la misma línea, TÉLLEZ considera que estos requisitos resultan desproporcionados (por entrar en aspectos morales), injusto (por someter al preso a una situación de riesgo personal jurídicamente inexigible) e innecesario (ya que el art. 102.5.c RP cumple la misma función al establecer como factor determinante de la clasificación en primer grado la pertenencia a organizaciones delictivas o bandas armadas, mientras no muestren en ambos casos, signos inequívocos de haberse sustraído a la disciplina interna de dichas organizaciones o bandas¹⁶⁵¹).

B.2. En las penas de PPR

La clasificación en tercer grado penitenciario de las personas condenadas a la pena de PPR está sometida, al igual que la prisión ordinaria de larga duración, a un elemento objetivo o temporal y a otro valorativo, aunque con algunas diferencias.

B.2.1 Requisito temporal

En cuanto al elemento temporal, el art. 36.1 CP establece un límite general de 15 años y otro específico para el caso de terrorismo de 20 años¹⁶⁵². Ello supone un tratamiento específico respecto al periodo de seguridad en penas de más de cinco años

¹⁶⁴⁹ CERVELLÓ, *Derecho Penitenciario*, p. 198.

¹⁶⁵⁰ GARRO, “Tercer grado y LC”, pp. 28-30. En la misma línea, RÍOS y otros, *Defenderse*, pp. 123 y 128 consideran cuestionable condicionar la concesión del tercer grado a la colaboración, puesto que ponen en duda que ésta sea posible cuando la persona condenada lleva 15 o 20 años encarcelada, ya que es muy probable que la información que tenga no sea eficaz

¹⁶⁵¹ TÉLLEZ, “Cumplimiento íntegro”, p. 1645. Apunta ese autor, que la legislación penitenciaria convierte aquello que era un refuerzo positivo en un requisito *sine qua non* para acceder al tercer grado y la libertad condicional. En la misma línea, CERVELLÓ, *Derecho Penitenciario*, p. 198, considera que sería preferible que hubiera quedado en términos similares a los del art. 579. 4 CP, que permite rebajar la pena en los delitos de terrorismo por abandono voluntario de las actividades delictivas y colaboración activa con las autoridades.

¹⁶⁵² Señala el art. 36.1 párrafo 2º que la clasificación del condenado en el tercer grado penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de veinte años de prisión efectiva en el caso de que el penado lo hubiera sido por un delito del capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, capítulo que, como ya dijimos, está dedicado a los delitos relativos a las organizaciones y grupos terroristas y a los delitos de terrorismo. De entre todas esas figuras delictivas, sólo el delito de atentado terrorista con resultado de muerte tiene como pena principal la PPR.

previsto en el art. 36.2. El plazo de 15 años supone equipararlo al periodo de seguridad de la pena máxima general que permite el CP de 30 años (cuya mitad serían 15) y el plazo de 20 años supone equipararlo a la mitad de la pena máxima excepcional para terrorismo de 40 años de prisión¹⁶⁵³. Esta exigencia sigue la tónica de distinguir en las figuras penitenciarias a los delitos de terrorismo con unos plazos más amplios, lo que ignora la evolución personal del sujeto y prioriza la tipología delictiva en el régimen penitenciario a seguir¹⁶⁵⁴.

RODRÍGUEZ YAGÜE recalca que este período de seguridad es obligatorio en el caso de la PPR, a diferencia de lo que sucede en las penas de prisión ordinarias, ya que, salvo en ciertos casos (como terrorismo o delitos sexuales contra menores de 16 años), es posible su desactivación. Así, la autora considera que el legislador de 2015 ha rechazado flexibilizar estos duros marcos de cumplimiento a favor del principio de reinserción, priorizando otros fines de la pena, preventivo-generales y retributivos¹⁶⁵⁵.

Los límites que se recogen en el art. 36.1 (15 y 20 años), tienen como presupuesto que la PPR sea la única pena impuesta y/o concorra con otras penas cuya suma global no exceda de 5 años¹⁶⁵⁶. Sin embargo, puede darse la circunstancia de que el penado haya sido condenado a una pena de prisión permanente revisable y también a otras penas de prisión cuya suma sí exceda los 5 años o también puede suceder que el penado haya sido condenado por varios delitos y no sólo uno sino dos o más de ellos estén castigado con una pena de prisión permanente revisable. En estos casos, los límites para acceder al tercer grado varían, llegando incluso, en uno de los concursos, a alcanzar una cifra elevadísima de 32 años. Este tipo de concursos de delitos se regulan en el art.78 bis. El citado precepto mantiene, al igual que lo hace el art. 36.1, unos plazos diferentes según la tipología delictiva, elevando los periodos de cumplimiento cuando se trata de delitos de terrorismo.

¹⁶⁵³ El primer texto del Anteproyecto de Julio de 2012 era mucho más restrictivo, ya que exigía el cumplimiento de 32 años para acceder al tercer grado, lo que lo equiparaba al periodo de seguridad del art. 78.3 a) de la redacción anterior (actual 78.2.a), para los condenados a 40 años.

¹⁶⁵⁴ CERVELLO, “PPR”, p. 229. Esto ya fue criticado por el informe del CGPJ al Anteproyecto de reforma del CP de 2012 que alertaba de la distinción entre el sistema previsto en el periodo de seguridad para delitos de terrorismo en general, donde la penalidad no se ve afectada, sino sólo su carácter preceptivo, y el sistema para condenados con PPR donde se añade más tiempo de prisión efectiva para estos delitos. Por ello, y dado el carácter excepcional del art. 36, al recoger los plazos para acceder al tercer grado de los supuestos de PPR ya no se deberían incluir más distinciones relacionadas con las tipologías delictivas.

¹⁶⁵⁵ RODRÍGUEZ YAGÜE, “Individualización”, p. 350. En la misma línea, GONZALEZ TASCÓN, “PPR”, p. 15, señala que el período de seguridad asociado a la pena de PPR es imperativo e inmodificable, salvo por razones de humanidad (art. 36.3). El art. 36.3 CP recoge dos supuestos excepcionales en los que el reo puede obtener de manera anticipada el tercer grado por razones humanitarias y de dignidad personal: los enfermos muy graves con padecimientos incurables y los septuagenarios. Esta autorización de progresión al tercer grado debe concederla el tribunal o el JVP, según corresponda, el cual debe valorar especialmente la escasa peligrosidad del enfermo muy grave o septuagenario, para lo que necesitará un previo informe del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes. Además, este supuesto también viene recogido en el art. 104.4 RP en el caso de los penados enfermos muy graves con padecimientos incurables, que exige un informe médico y la acreditación de la escasa peligrosidad y dificultad para delinquir.

¹⁶⁵⁶ MIR PUIG, *Derecho penitenciario*, p. 114.

Los límites que establece el art. 78 bis son los siguientes. Cuando sólo uno de los delitos cometidos lleve aparejada la PPR, los límites temporales se establecerán en función de la duración que tenga la suma de las penas de prisión ordinaria impuestas, como se refleja en la siguiente tabla.

	Sólo 1 PPR (art. 36.1)	CONCURSO (art. 78bis)		
	PPR	PPR + 5 años o más	PPR +15 años o más	2 PPR o más / PPR + 25 años o más
General	15	18	20	22
Terrorismo	20	24	24	32

Como podemos ver, en el caso de los delitos que no sean de terrorismo, el límite va subiendo en la misma proporción, dos años de un supuesto a otro (salvo del primero al segundo que sube 3). Sin embargo, en el caso de terrorismo hay un salto de 4 años del primer supuesto al segundo, manteniéndose en 24 años en el segundo supuesto, por tanto, el límite temporal no se distingue en función de si las penas exceden de 5 años o 15, y se vuelve a subir en el último supuesto de 24 años a 32, es decir, 8 años. Desde el punto de vista de la gravedad del delito, no parece lógico que se mantenga el mismo plazo independientemente de la duración de las penas, pero en realidad lo que viene a demostrar es una falta de margen para elevar más esos límites, ya de por sí excesivamente altos, sin atender contra el principio de proporcionalidad y la reinserción social de forma flagrante.

Antes de la modificación introducida por la LO 7/2003, el límite concursal máximo, es decir, de cumplimiento de la pena para salir en libertad definitiva, eran 30 años (art. 76). Sin embargo, en el caso de la PPR se prevé un periodo de 32 años no para la salida definitiva, ni siquiera para la libertad condicional, sino para el tercer grado, superando así el límite legal máximo de cumplimiento que se establece para las penas de prisión ordinarias. En cualquier caso, el propio plazo genérico que se establece en 15 años resulta totalmente inadecuado, teniendo en cuenta que las penas superiores a éste, según las investigaciones criminológicas, producen en el preso unos efectos devastadores¹⁶⁵⁷.

A pesar de lo elevado de estos plazos, paradójicamente, la aplicación de la PPR podría resultar, en algunos casos, más favorable que la aplicación de la prisión ordinaria, a efectos del tercer grado (y también la libertad condicional). Como pone de manifiesto la autora GONZÁLEZ TASCÓN, el establecimiento de todos estos supuestos en caso de concurso no termina, sin embargo, garantizando que la persona condenada a la pena más

¹⁶⁵⁷ Véase capítulo primero, apartado II, nota al pie 27.

grave de nuestro sistema penal experimente siempre su condena de forma más intensa en comparación con otros penados. Ello se debe a que nuestro sistema penológico ya había introducido con anterioridad instrumentos destinados a garantizar un mayor rigor punitivo¹⁶⁵⁸. En la regulación anterior ya existían mecanismos tendentes a asegurar que el preso pasase en prisión el máximo tiempo posible antes de disfrutar de los permisos, tercer grado y la libertad condicional: el periodo de seguridad y el cumplimiento íntegro. Sin embargo, también puede suceder lo contrario. En ese caso, la razón de ese tratamiento más perjudicial que sufriría quien cumple una pena de PPR, se explica por la forma en que se han regulado algunos delitos para los que se ha previsto aquélla, lo que provoca que a pesar de que el delito cometido sea de menor gravedad, la aplicación de la nueva pena resulte más desfavorable que la prisión ordinaria.

Es importante recalcar, que cuando afirmamos que la PPR es más favorable o desfavorable, nos estamos refiriendo a la clasificación en tercer grado (o la libertad condicional¹⁶⁵⁹) y no respecto a la salida definitiva, porque al ser una pena indeterminada, nunca se sabe cuándo se saldrá de prisión; su finalización depende del pronóstico favorable de reinserción y quizá ésta nunca se consiga. Sin embargo, en la prisión ordinaria siempre hay un plazo concreto de salida definitiva (aunque obviamente en este caso también puede suceder que la persona muera en prisión antes de finalizar la pena cuando cumple una condena elevada).

En los siguientes dos apartados mostraremos, a través de unas tablas, primero, algunos supuestos en los que se aprecia que la PPR es más favorable y, segundo, dos casos en los que esa nueva pena puede resultar más perjudicial, siempre a efectos del tercer grado y la libertad condicional.

B.2.1.1 Supuestos en los que la PPR resulta más favorable que la prisión ordinaria

Veamos a continuación varios supuestos ilustrativos en los que la PPR resulta más favorable, a efectos del tercer grado y la libertad condicional, que la prisión ordinaria.

¹⁶⁵⁸ GONZALEZ TASCÓN, “PPR”, p.14.

¹⁶⁵⁹ Aunque los plazos para alcanzar la libertad condicional serán explicados *infra* apartado 4.C.2.2, en las tablas que mostraremos, también incluiremos un recuadro relativo a esos periodos, para realizar una comparación más completa.

1º Supuesto

	PENA DETERMINADA	PPR
Delito	4 homicidios dolosos de menor de 16 años (art. 138.2: 15-22a6m)	3 homicidios dolosos de menor de 16 años (art. 138.2: 15-22a6m) Y 1 asesinato de menor de 16 años (art. 140.1.1º)
Pena	90 años (22a6m x 4)	PPR + pena determinada superior a 25 años
Límite legal	40 años (art. 76.1.c)	Indeterminado
3º grado	45 años (90:2, por aplicación del art. 36.2.2º y el art. 78.1, porque 40 es inferior a la mitad de 90) 20 años (40:2, sin aplicación del art. 78.1) <i>*Tras la LO 1/2015 el art. 78 es potestativo</i>	22 años (art. 78 bis.1.c)
LC	67a6m (90:4x3, por aplicación del art. 78.1) 30 años (sin aplicación del art. 78.1)	30 años (art. 78bis.2.b)

Siguiendo con el mismo supuesto, pero comparando la regulación anterior a la introducción de la PPR con la regulación en vigor tras la introducción de la nueva pena, también se observa que el alcance del 3º se produce antes en el caso de la PPR, lo cual se debe al hecho de que con la regulación anterior la aplicación del art. 78 era preceptiva¹⁶⁶⁰.

	PENA DETERMINADA <i>Regulación anterior a la introducción de la PPR</i>	PPR
Delito	4 homicidios dolosos (art. 138: 10-15 años)	
Pena	60 años (15x4)	
Límite legal	20 años (art. 76.1.a)	
3º	30 años (60:2, por aplicación del art. 36.2.2º y el art. 78 que era preceptiva, ya que 20 es inferior a la mitad de 60)	22 años (art. 78 bis.1.c)
LC	45 años (60:4x3, por aplicación del art. 78 que era preceptiva)	30 años (art. 78 bis.2.b)

2º Supuesto

	PENA DETERMINADA	PPR
Delito	2 asesinatos (art. 139.1: 15-25 años)	3 asesinatos (art. 140.2)
Pena	50 años (25x2)	PPR
Límite legal	40 años (art. 76.1.c)	Indeterminado
3º	20 años (40:2, por aplicación del art. 36.2.2º)	20 años (art. 78 bis.1.a ¹⁶⁶¹)
LC	30 años (40:4x3, por aplicación del art. 90.1.b)	30 años (art. 78 bis 2.b)

¹⁶⁶⁰ Aunque es verdad que cabía la aplicación del régimen general incluso en estos casos, para ello se exigía un pronóstico favorable de reinserción social y el estudio de las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador (art. 78.3).

¹⁶⁶¹ El propio art. 140.2 remite al art. 78 bis. Apartado 1 b y apartado 2 b.

3º Supuesto

	PENA DETERMINADA	PPR
Delito	4 lesiones terroristas (art. 573 bis.1.3º=15-20 años)	1 asesinato terrorista (art. 573 bis.1.º) 1 lesiones (art. 573 bis.1.3º=15-20 años)
Pena	80 años (20x4)	PPR + pena determinada de 15 años
Límite legal	25 años (art. 76.1.a)	Indeterminado
3º	40 años (80:2, por aplicación del art. 36.2.3º, que es preceptivo en delitos terroristas y art. 78.1 que es potestativo) 12a 6m (25:2, sin aplicación del art. 78.1, pero sí del art. 36.2.3º por ser preceptivo)	24 años (art. 78 bis 3)
LC	60 años (art. 90.1.b, con aplicación del art. 78.1: 80:4x3) 32 años (sin aplicación del art. 78.1, pero sí del art. 78.2 que es preceptivo ¹⁶⁶²)	30 años (art. 78 bis 3)

4º Supuesto

	PENA DETERMINADA <i>Regulación anterior a la introducción de la PPR</i>	PPR
Delito	3 asesinatos (art. 139: 15-20)	3 asesinatos (art. 140.2)
Pena	60 años (20x3)	PPR
Límite legal	25 años (art. 76.1)	Indeterminado
3º	25 (por aplicación del art. 78, que era preceptivo en los casos del art. 76 ¹⁶⁶³)	20 (art. 78 bis.1.b)
LC	45 (art. 90.1.b y art. 78 era preceptivo)	30 (art. 78 bis 2.b) ¹⁶⁶⁴

A modo de conclusión, como se ha podido observar, puede resultar más perjudicial el concurso de delitos con aplicación del art. 78, previsto para los concursos de penas de prisión ordinarias, que el art. 78 bis, previsto para el concurso de delitos en los que uno o más penas sean de PPR. La estricta aplicación del art. 78 llega a impedir materialmente el disfrute de las medidas penitenciarias favorables, ya que sus límites superan, en la mayoría de los casos, el tiempo máximo fijado en 40 años para los supuestos concursales más graves. Sin embargo, el art. 78 bis, pensado para una pena más grave (la PPR), al recoger límites largos pero concretos, puede ser, en ocasiones, más beneficiosa para el reo. El art. 78 bis establece unos límites específicos, siendo el máximo

¹⁶⁶² Aunque no se aplicara el art. 78.1, por dejar de ser preceptiva su aplicación tras la LO 1/2015 en los supuestos recogidos en los apartados a), b), c) y d) del art. 76.1 (que es en el que encajaría el supuesto que venimos comentando, en concreto, en el supuesto a), al tratarse de delitos terroristas, según el art. 78.2.2º.a, el régimen abierto no se podrá alcanzar hasta que falte por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento (art. 78.2.2º), es decir, hasta cumplir 32 años (40:5=8 y 40-8=32); y la libertad condicional hasta que quede por cumplir una octava parte, es decir, 35 años (art. 78.2.2º.b).

¹⁶⁶³ Según el art. 78.2, la aplicación del cumplimiento íntegro de las penas era obligatoria en caso de concurso de delitos de los artículos 76, a), b), c) y d).

¹⁶⁶⁴ El art. 140.2 remite al art. 78 bis.1.b y 2.b.

de 32 años, mientras que en el art. 78 no hay límites precisos, sino que depende de la suma de todas las penas impuestas, por eso, el límite temporal para alcanzar el régimen abierto puede variar de forma notable y superar los 32 años que establece como límite el art. 78 bis. Por tanto, podemos afirmar que los intentos de “objetivación” del 3º grado, así como las normas tendentes al “cumplimiento íntegro” provocan la vulneración del principio de proporcionalidad y el de individualización del tratamiento penitenciario.

B.2.1.2 Supuesto en el que la PPR resulta más desfavorable que la prisión ordinaria

Debido a algunos supuestos para los que se ha previsto aplicar la PPR, pueden producirse situaciones en las que, a pesar de que el delito cometido sea de menor gravedad, la aplicación de la PPR resulte más desfavorable que la prisión ordinaria.

1º Supuesto

	PENA DETERMINADA	PPR
Delito	Delito sexual (violación) y asesinato (diferente víctima) (art. 139: 15-25 años; art. 179: 6-12 años)	Delito sexual (acoso ¹⁶⁶⁵) y asesinato (misma víctima)
Pena	37 (25 años + 12 años)	PPR
Límite legal	30 (art. 76.1.b)	Indeterminado
3º	15 (mitad de 30, según art. 36.2)	15 (art. 36.1.b)
LC	22a 6m (art. 90.1.b)	25 (art. 78 bis 2)

B.2.2 Requisito valorativo: Pronóstico de reinserción social

Además del límite temporal, el art. 36.1 sobre la PPR también exige el previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social (requisito que, en el caso de la prisión ordinaria, está limitado únicamente para el caso del levantamiento del periodo de seguridad por el JVP).

El pronóstico debe ser realizado en función de los requisitos que vienen relacionados en el art. 92 CP, precepto que trata sobre la libertad condicional de la PPR, por lo que nos volveremos a referir a ellos en mayor profundidad al hablar de la revisión *infra* 4.C.2. Esos criterios son: la personalidad del penado, sus antecedentes, las

¹⁶⁶⁵ Según el art. 140.1.2º cualquier delito sexual cometido antes de un asesinato conlleva la aplicación de la PPR.

circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas. Como se puede comprobar, muchos de esos criterios ya están recogidos en las leyes o instrucciones penitenciarias, por lo que su repetición en el CP resulta innecesaria además de confusa. A modo de ejemplo, la personalidad del penado, sus antecedentes o las circunstancias familiares y sociales son criterios que ya están contempladas en los arts. 63 LOGP y art. 102.2 RP¹⁶⁶⁶.

Por otra parte, como se ha explicado al hablar del régimen general para conseguir el tercer grado, en la práctica, la Administración penitenciaria a la hora de realizar ese pronóstico valora una serie de criterios, como los permisos de salida disfrutados, la gravedad de los delitos, el tiempo que resta hasta la libertad condicional, la conducta penitenciaria, disponer de una oferta laboral, contar con apoyo social y/o familiar o carecer de variables psicológicas que permitan hacer un juicio de no reincidencia.

A la vista de las circunstancias que han de valorarse, inevitablemente surgen dudas importantes sobre la posibilidad real que tiene una persona condenada a una PPR de alcanzar este grado penitenciario. Si, por las razones que se han expuesto en los apartados anteriores, el acceso al tercer grado es difícil para los condenados a penas de prisión ordinaria, siendo prueba de ello el bajo porcentaje de presos clasificados en ese grado (entre el 15 y 26%), lo será mucho más para los condenados a las penas de PPR. Si nos fijamos en algunos de esos criterios, comprobaremos que nuestra afirmación es fundada.

Teniendo en cuenta que uno de los criterios a valorar para decidir si se concede el tercer grado es la gravedad del delito y dado que todos los delitos a los que se aplica la PPR son graves, es muy probable que esta circunstancia tenga un peso importante a la hora de valorar la concesión del tercer grado, lo que claramente juega en contra del preso. Por lo que respecta al apoyo social y familiar, es difícil pensar qué circunstancias familiares y sociales positivas pueden existir después de al menos 15 años ininterrumpidos de aislamiento social en prisión. En cuanto a la lejanía de las tres cuartas partes hasta la libertad condicional y el riesgo de reincidencia, por las mismas razones que se hicieron constar al estudiar los permisos de salida, podemos afirmar que se trata de circunstancias que dificultan el alcance del tercer grado penitenciario de la persona condenada a una pena de prisión permanente revisable. Con relación a la circunstancia

¹⁶⁶⁶ Como se ha señalado más arriba esas variables son: la personalidad; el historial individual, familiar, social y delictivo del interno; la duración de las penas; el medio social al que retorne el recluso; y los recursos, facilidades y dificultades para el tratamiento.

“disponer una oferta laboral”, parece muy poco probable que tras tantos años de reclusión y fuera del mercado laboral disponga de un trabajo una vez salga de prisión. Por último, en cuanto al disfrute de permisos, surge la duda de cómo influirá la ausencia de esos permisos en la clasificación tercer grado. Actualmente, las circulares de la SGIP no lo aconsejan y así se deniegan los regímenes abiertos a quienes no han disfrutado de permisos, por lo que parece que este punto también va a jugar en contra del preso.

Al igual que sucede en el caso de las penas de prisión ordinarias, hay que añadir, como requisitos a cumplir también en el caso de la PPR, el pago de la responsabilidad civil (art. 72.5 LOGP) y los requisitos propios del terrorismo (art. 72.6 LOGP). Sobre los problemas que estas exigencias plantean ya nos pronunciamos *supra* B.1.4, por ello, aquí sólo queda añadir que, concretamente en las penas de PPR, debido a que las responsabilidades civiles serán muy elevadas (unido a la dificultad de hacerlas frente desde dentro de la prisión, sin posibilidad de acceder a un trabajo), una exigencia muy restrictiva de este requisito obstaculizará el régimen abierto y con ello, la libertad condicional¹⁶⁶⁷, pudiendo convertir a esta pena en perpetua.

Además de estos requisitos legales y los que se valoran en la praxis penitenciaria, RODRÍGUEZ YAGÜE pone sobre la mesa una cuestión práctica que afecta a la PPR y a las penas de larga duración y que puede influir de forma negativa en la clasificación del tercer grado. Los Centros de Inserción Social o módulos de régimen abierto, en los que se cumple el régimen abierto, no están ideados para acoger a internos durante tanto tiempo (téngase en cuenta que el acceso a este grado se produciría a los 15 años y la libertad condicional a los 25, en el mejor de los casos), ni tienen el personal ni las actividades adecuadas. Esto puede suponer, alerta la autora, que el tribunal sentenciador (en el caso de la PPR) y la Administración penitenciaria (en el caso de las penas ordinarias) sea reticente a la adopción de una progresión de grado, lo que imposibilitará alcanzar la libertad condicional¹⁶⁶⁸.

Por todo lo expuesto, RÍOS concluye que, si el disfrute de los permisos es inviable, el régimen abierto lo es más¹⁶⁶⁹. En la misma línea, CERVELLÓ considera que es difícil pensar que los condenados a penas PPR puedan obtener el pronóstico favorable de reinserción social que les permita acceder al tercer grado, especialmente si no se les ofrece un programa de tratamiento adecuado e individualizado¹⁶⁷⁰. RODRÍGUEZ YAGÜE considera que el tercer grado será la excepcionalidad y señala que de *lege lata*, sólo

¹⁶⁶⁷ RODRÍGUEZ YAGÜE, “Individualización”, p. 351.

¹⁶⁶⁸ RODRÍGUEZ YAGÜE, “Individualización”, p. 354

¹⁶⁶⁹ RÍOS, *La prisión perpetua*, p. 49

¹⁶⁷⁰ CERVELLÓ, “PPR”, p. 230.

existen dos posibilidades para los condenados a PPR de alcanzar el tercer grado: el tercer grado humanitario (art. 36.3 CP) y la aplicación de un modelo de ejecución en el que puedan combinarse aspectos característicos de cada uno de los mencionados grados (art. 100.2 RP)¹⁶⁷¹.

C. Procedimiento de “clasificación” en grados. Breve referencia

En el caso de las penas de prisión ordinarias, la Junta de Tratamiento es quien propone la clasificación inicial, la progresión o regresión de grado y también el levantamiento del periodo de seguridad y el Centro Directivo es quien lo aprueba¹⁶⁷². Posteriormente tiene que notificarse al Fiscal a fin de que interponga, si lo considera conveniente, un recurso ante el JVP¹⁶⁷³.

En cuanto a la competencia para otorgar el tercer grado cuando se trate de la PPR, el art. 36 exige que sea autorizado por el tribunal¹⁶⁷⁴, tras oír al Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias¹⁶⁷⁵. Esto se aleja del régimen ordinario, donde la competencia recae en el Centro Directivo a propuesta de la Junta de Tratamiento. En esta exigencia hay un problema técnico que es la distancia entre el tribunal sentenciador y la Junta de tratamiento, por ello, hubiera sido aconsejable dejar su concesión en manos del JVP por su mayor especialización y por su conocimiento más cercano del interno¹⁶⁷⁶. En relación con la audiencia que ha de darse, también se aleja del régimen ordinario, ya que no está previsto para las penas ordinarias (con la excepción de cuando se decide levantar el

¹⁶⁷¹ RODRÍGUEZ YAGÜE, “Individualización”, pp. 357-358 y, de la misma, “Ejecución”, pp. 192-195 y 205-208.

¹⁶⁷² Arts. 103.1, 103.2, 103.4 y 273.3 del RP y art. 69 LOGP. El interno puede recurrir ante el JVP (art. 103.5 RP). Debe matizarse que, en el caso del levantamiento del periodo de seguridad, como se ha señalado más arriba, el Centro Directivo deberá contar con el auto del JVP antes de resolver concediendo la clasificación en tercer grado (Instrucción 2/2005, p.5 punto c y también Instrucción 9/2003, p. 5). Para ello, el JVP estudiará el pronóstico aportado por la Junta de Tratamiento y también tendrá que oír al Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes (art. 36.2 último párrafo).

¹⁶⁷³ Tras la nueva Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima, art. 13.1, ésta también puede interponer un recurso contra el auto del JVP que autoriza el tercer grado antes de la extinción de la mitad de la condena, es decir, cuando se haya acordado el levantamiento del periodo de seguridad (y la víctima lo fuera de alguno de los delitos que se enumeran en el citado precepto (delito de homicidio, de lesiones, contra la libertad sexual, terrorismo etc.). REBOLLO, “Libertad condicional”, p. 11 muestra su conformidad con RENART cuando califica como “esperpéntica”, la posibilidad que otorga el art. 13.1 a las víctimas.

¹⁶⁷⁴ La doctrina ha interpretado que se refiere al tribunal sentenciador. La atribución a ese tribunal la concesión del tercer grado se incorporó en la versión de octubre de 2012 del Anteproyecto, ya que en su primera versión de Julio de 2012, era el JVP el competente para adoptar el pronóstico favorable de reinserción social -necesario tanto para el tercer grado como para los permisos de salida-, algo mucho más coherente y adecuado. La falta de mayor precisión sobre el órgano competente, más allá del uso del término “tribunal” ha sido criticada por la confusión que genera. Así, CARBONELL, “PPR”, p. 218, apela a que la norma procesal lo concrete. En opinión de NISTAL, “PPR”, p. 7, se produce una judicialización de la ejecución de la PPR más intensa que el resto de las penas, donde la intervención judicial es siempre en segunda instancia, para fiscalizar las decisiones de la administración penitenciaria. GONZALEZ TASCÓN, “PPR”, p. 15, por su parte, considera que la relevancia que se concede al órgano sentenciador sólo es explicable en atención, una vez más, a la alargada sombra de la finalidad retributiva de esta pena.

¹⁶⁷⁵ Como señala RODRÍGUEZ YAGÜE, “Individualización”, p. 355, dado que Instituciones Penitenciarias (concretamente, la Junta de Tratamiento) habrá elaborado el pronóstico individualizado de reinserción, parece que ya se habrá pronunciado en el mismo.

¹⁶⁷⁶ Entre otros, RODRÍGUEZ YAGÜE, “Individualización”, p. 355; y CERVELLÓ, “PPR”, p. 230.

periodo de seguridad, art. 36.2 último párrafo, en cuyo caso también se da audiencia “a las demás partes”, haciendo referencia a la víctima y al reo)¹⁶⁷⁷.

4. Libertad condicional

A. Finalidad y naturaleza jurídica

La libertad condicional supone la excarcelación anticipada del recluso, pero esa libertad estará condicionada a que no se cometa un delito ni se incumplan las reglas de conducta impuestas por el JVP, ya que de lo contrario regresará a prisión¹⁶⁷⁸. La libertad condicional, que es el último grado del sistema penitenciario español de individualización científica (art. 72.1 LOGP), no es una medida de gracia, sino una figura inspirada en la finalidad resocializadora, es decir, es un instrumento necesario para la consecución de los fines resocializadores de la pena privativa de libertad. Pese a tratarse de una figura claramente penitenciaria, desde sus inicios siempre se ha regulado en el CP, sufriendo una importante transformación desde su origen, inicialmente moralista, hacia objetivos claramente resocializadores, lo que supone un alejamiento de su carácter premial¹⁶⁷⁹.

Al igual que con los permisos de salida, la doctrina polemiza respecto a la concepción de la libertad condicional como auténtico derecho subjetivo condicionado al cumplimiento de determinados requisitos legales o como beneficio de concesión graciosa. La mayoría de los autores mantienen la primera postura, siendo reducido el número de los partidarios de la segunda¹⁶⁸⁰. El art. 1 LOGP establece que las instituciones penitenciarias tienen como objetivo primordial la reeducación y la reinserción social, por consiguiente, la LC puede considerarse como un instrumento para la consecución de esos fines. Afirmada la vinculación de aquella con el fin resocializador, se imponen en ámbitos doctrinales y jurisprudencial la consideración de la LC como un derecho subjetivo del interno, siempre que se cumplan los requisitos establecidos¹⁶⁸¹. Sin embargo, RÍOS y otros apuntan que, aunque debería tener la categoría de derecho subjetivo,

¹⁶⁷⁷ GONZÁLEZ TASCÓN, “PPR”, p. 15, considera curioso que no se haya dado cabida a la audiencia “de las partes” por dos razones: porque la PPR es una pena demandada por determinados colectivos de víctimas, y porque para levantar el período de seguridad decretado en penas de prisión ordinarias superiores a cinco años, aquellas sí son escuchadas (art. 36.2 último párrafo).

¹⁶⁷⁸ Durante ese tiempo la persona estará bajo supervisión (ordinariamente presentación mensual) de los Servicios Sociales Penitenciarios (externos), dependientes de la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto (RD 331/2009).

¹⁶⁷⁹ Véase, entre otros, RÍOS y otros, *Defenderse*, p. 211 y CERVELLÓ *Derecho Penitenciario*, 2012, p. 275.

¹⁶⁸⁰ ARMENTA y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, *Reglamento penitenciario*, p. 420.

¹⁶⁸¹ GUIASOLA, *Libertad condicional*, pp. 16-17. Para mayor información sobre la configuración de la LC como derecho subjetivo, véase TÉBAR, “Libertad condicional”, pp. 120 y ss.

penitenciariamente se considera como beneficio, esto es, de concesión discrecional, si bien esta discrecionalidad está sometida a criterios y reglas¹⁶⁸².

En cuanto a la naturaleza jurídica, la doctrina se halla dividida entre quienes piensan que la libertad condicional es una modalidad de suspensión al estar regulada en el CP y quienes piensan que la libertad condicional es una forma de ejecución de la pena privativa de libertad con base en el art. 72.1 LOGP que establece que las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de la LC y con el argumento de que en la regulación del CP (anterior a la del año 2015) el tiempo transcurrido en LC cuenta a efectos de cumplimiento de condena, como regla general¹⁶⁸³.

Sin embargo, la última reforma del CP operada por la LO 1/2015 ya no deja opción a debate, pues la libertad condicional se regula como una modalidad de suspensión y no como una forma de cumplimiento de la pena. La propia Exposición de Motivos (V), señala que la libertad condicional pasa a ser regulada como una modalidad de suspensión de la ejecución del resto de la pena. Este cambio supone entender que la LC es otra forma más de suspensión y no una forma de ejecución de la pena privativa de libertad, declinando así -tal y como señala la circular 4/2015- su actual naturaleza de último grado del sistema penitenciario. Una parte de la doctrina considera que la nueva regulación supone la desnaturalización de la libertad condicional y que el cambio en su naturaleza parte del falso entendimiento de que el cumplimiento en libertad condicional (y en tercer grado) no es ejecución de pena¹⁶⁸⁴.

Una de las consecuencias de esta modificación es que el tiempo en libertad condicional no computa como tiempo de cumplimiento de condena, por tanto, en caso de revocarla se deberá cumplir toda la pena que restaba por cumplir. De esta forma, se extiende a todos los casos la excepción que estableció la LO 3/2007 para los condenados por delitos de terrorismo: que el tiempo transcurrido en LC no será computado como tiempo de cumplimiento de condena en caso de revocación¹⁶⁸⁵. Esta excepción, ampliamente criticada por la doctrina por vulnerar el principio de cosa juzgada, el de seguridad jurídica y el de igualdad, y por suponer una nueva concesión a la retribución en perjuicio de la prevención especial, quedaría ahora justificada en la conversión de la

¹⁶⁸² RÍOS y otros, *Defenderse*, p. 211.

¹⁶⁸³ Véase por todos, MIR PUIG, *Derecho penitenciario*, pp. 150-151.

¹⁶⁸⁴ Entre otros, GUIASOLA, *Libertad condicional*, p. 22; y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, "Libertad condicional", p. 11.

¹⁶⁸⁵ BARBER, "Libertad condicional", p. 704, añade que se trata de una vuelta a las previsiones del CP de 1973, en el que no se computaba el tiempo transcurrido en libertad cuando se revocaba la libertad condicional a causa de la reincidencia o reiteración en el delito. La regulación actual resulta más rigurosa, ya que se impide el cómputo del tiempo transcurrido en libertad, sea cual sea la causa de revocación.

libertad condicional en un mecanismo de suspensión de la condena¹⁶⁸⁶. Como consecuencia de ese cambio, en la práctica, la gente está renunciando a la libertad condicional, prefiriendo seguir en 3º hasta finalizar la condena¹⁶⁸⁷. Otra de las consecuencias es que el régimen de la LC pasa a estar regulado, en gran parte, por remisión a la regulación de la suspensión de la ejecución de la pena, lo que a veces resulta confuso.

B. Índice de concesiones y reincidencia

Contrariamente a lo que suele presumirse en círculos no criminológicos, no es el cumplimiento efectivo de la condena lo que va a proteger a la sociedad de la futura delincuencia; lo que tiene mayor posibilidad de conseguir ese objetivo es un regreso a la comunidad apoyado socialmente, es decir, realizado a través, principalmente, de los mecanismos del tercer grado y de la libertad condicional¹⁶⁸⁸.

Numerosos estudios llevados a cabo en diversos países ponen de manifiesto que salir en LC tiene un efecto más positivo que cumplir el total de la pena dentro de la institución penitenciaria a la hora de evitar la reincidencia posterior¹⁶⁸⁹. Un ejemplo de ello es el estudio realizado en Inglaterra sobre las personas cuyas libertades condicionales habían sido revocadas, en el que se observó que, aunque sí existía un riesgo de reincidencia, ese riesgo parecía aumentar por la prolongación de la estancia en prisión¹⁶⁹⁰.

En España, el Centro de Estudios Jurídicos y formación especializada de la Generalitat de Catalunya lleva realizando desde el año 1987 investigaciones sobre la tasa de reincidencia de las personas excarceladas. Los resultados de años diferentes ofrecen datos similares y todos concluyen que quienes salen en libertad condicional tienen una tasa de reincidencia mucho más baja (alrededor del 11,6%, frente al 51,3% que presentan los que salen en libertad definitiva). Por tanto, la excarcelación por libertad condicional continúa siendo garante de una muy baja reincidencia penitenciaria. Así, el tipo de salida de la prisión se convierte en un indicador de la probabilidad de reincidencia posterior. Quienes han salido directamente desde primer grado reinciden 10 puntos más que aquellos que lo hacen desde el segundo grado, y estos duplican en tasa de reincidencia a los que salen en tercer grado.

¹⁶⁸⁶ GUIÑASOLA, *Libertad condicional*, p. 21.

¹⁶⁸⁷ BENÍTEZ YÉBENES, *Vigilancia penitenciaria*, p. 510.

¹⁶⁸⁸ CID, "Incremento", p. 29.

¹⁶⁸⁹ Área de Investigación y Formación Social y Criminológica, *Libertad condicional*, 2014, p. 61.

¹⁶⁹⁰ "Whilst there was a risk of them re-offending, for many this risk seemed to be exacerbated, rather than reduced, by some licence conditions and particularly by further imprisonment". PADFIELD, "Understanding recall", pp. 2 y 44.

De estos datos pueden hacerse dos lecturas contrapuestas: en positivo, indican el grado de acierto con relación a la clasificación penitenciaria realizada por los profesionales de los centros, dado que las personas que acaban reincidiendo en mayor proporción son aquellas que los profesionales no proponen para progresar a tercer grado o libertad condicional. En clave negativa, indican que los porcentajes de salida en libertad definitiva desde la prisión son altos (58,4%) y que en muchos de estos casos el no poder llevar a cabo un retorno progresivo a la comunidad y supervisado puede implicar un aumento del riesgo de reincidencia¹⁶⁹¹.

Sin embargo, a pesar de los buenos datos sobre la reincidencia, las investigaciones demuestran un uso excesivamente conservador de la LC, en el sentido de que no es una medida que se aplique –ni mucho menos– de forma generalizada¹⁶⁹². La tasa de finalización de condena en LC se fija en torno al 20%, reduciéndose en 2016 al 14,4%¹⁶⁹³. Además, en la comparativa con el resto de Europa, Cataluña y España salen perdiendo. España es el país que más tarda en realizar la propuesta dentro del período de condena y el que más requisitos adicionales pide para su concesión. Todo ello hace que el porcentaje de internos que finaliza su condena en libertad condicional sea de los más bajos de Europa¹⁶⁹⁴.

Estos datos demuestran que la regulación de la libertad condicional y su gestión por parte de los operadores jurídicos y la Administración penitenciaria no está teniendo en cuenta los resultados de la investigación criminológica, que ha constatado que culminar la condena en libertad condicional favorece el desistimiento del delito,

¹⁶⁹¹ Área de Investigación y Formación Social y Criminológica, *Tasa de reincidencia penitenciaria*, 2014, pp. 137-138, 141 y 218; y el estudio realizado en 2008, pp. 84 y 138 arrojaba la cifra de 15,7% (parecido al 11,6% de 2014).

¹⁶⁹² CID, “Incremento”, p. 20, apunta que posiblemente haya influido una política restrictiva por parte de las administraciones y órganos judiciales competentes, que la legislación restrictiva de la ley orgánica 7/2003 tiende a consolidar. En la misma línea, ROLDÁN, “Libertad condicional”, pp. 5-7 y 16, entiende que la razón de este bajo uso de la LC se debe a los cambios legales y a que la interpretación jurídica se ha ido ajustando a un nuevo discurso político basado en la defensa de la sociedad (securitismo) a través de los fines instrumentales de retención y custodia. En cuanto a los cambios legales que condicionaron bastante el uso de la libertad condicional, apunta que fueron la introducción en el CP de 1995 del informe-pronóstico de reinserción social y más tarde, la exigencia del pago de la responsabilidad civil tras la LO 7/2003. Así, apunta que mientras que en el año 1996 el porcentaje de liberados condicionales fue del 25,8%, en 2003 bajó a 12,25, manteniéndose alrededor de esa cifra el resto de años y descendiendo al 11,4% en 2008 es decir, una bajada de más de la mitad.

¹⁶⁹³ Véase los Anuarios Estadísticos del Ministerio del Interior de los años 2011 a 2016. Véase también conjuntamente, CID y TÉBAR, “Delincuentes de alto riesgo”, p. 7; de los mismos, “Revocación”, p. 206, de los mismos, “Incremento”, p. 18, tabla 9; y de los mismos, “Spain”, p. 374, quienes señalan que entre los años 1996 y 2008 la cifra se situaba en 13,8% de media. En cuanto a la evolución de las libertades condicionales, diversos estudios constataron que durante los años 1996-2008 se produjo una aplicación decreciente de la LC. Durante el periodo 1996-2006 disminuyó del 25,8% al 11,7% (un descenso del 44%), y si la comparación se extiende del año 1996 hasta el 2008, la disminución que se produjo fue del 53,5%. Por su parte, las estadísticas del Ministerio del Interior demuestran que durante los años 2012-2015 el número de concesiones de libertad condicional se mantuvo en torno al 20%, aunque con una tendencia decreciente, produciéndose un descenso más acusado en el año 2015 (reduciéndose al 14,6%) y manteniéndose esa cifra muy similar en 2016 (14,4%). Sin embargo, afirma GUIASOLA, *Libertad Condicional*, p. 65, nota 114, que en Cataluña la tendencia es inversa.

¹⁶⁹⁴ Área de Investigación y Formación Social y Criminológica, *Libertad condicional*, (informe ejecutivo), 2014, p. 20.

contribuyendo a evitar la reincidencia y que la efectividad aumenta si el objetivo de la intervención se centra en la población de un riesgo medio o alto de cometer nuevos delitos¹⁶⁹⁵.

C. Requisitos para su concesión

Siguiendo el mismo esquema que hasta ahora, dentro de este apartado, primero, se explicarán los requisitos para acceder a la LC que deben cumplir las personas condenadas a una pena de prisión ordinaria y, posteriormente, se explicarán aquellos que deberán reunir las personas que cumplen una pena de PPR.

A modo de introducción cabe señalar que el CP de 1995 amplió el ámbito de actuación de la libertad condicional extendiéndolo a todas las penas privativas de libertad (en el CP anterior se limitaba su aplicación a las penas privativas de libertad de más de un año). Sin embargo, la Ley 7/2003 aumentó y endureció los requisitos para acceder a la LC, en el mismo sentido que los del tercer grado, exigiendo desde entonces el pago de la responsabilidad civil y las condiciones específicas para terrorismo y delincuencia organizada. La última reforma del CP operada por la LO 1/2015 también establece esas condiciones más duras para la PPR, como se podrá comprobar *infra* C.2.

C.1 En las penas de prisión ordinarias

Los requisitos para la concesión de la LC vienen regulados en el art. 90 CP y son tres: estar en tercer grado penitenciario, haber extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta y buena conducta¹⁶⁹⁶.

En cuanto al primer requisito, que el sujeto se encuentre en tercer grado penitenciario, no es necesario un tiempo mínimo en este régimen de vida¹⁶⁹⁷. Respecto a este requisito y las dificultades para alcanzarlo, nos remitimos lo señalado *supra* apartado anterior 3.B.

En cuanto al segundo requisito, para el cálculo de las tres cuartas partes hay que tener en cuenta las reducciones por redención de penas por el trabajo en internos condenados por el CP anterior, el indulto (art. 193.1 RP), si lo ha habido, y los límites concursales. En el caso de concurso de delitos, las tres cuartas partes se calcularán tomando como base la pena única que resulte de la limitación legal que señala el art. 76 CP, aunque de esto hay que exceptuar los supuestos en los que se haya aplicado el art. 78 CP, ya que, en ese caso, el cálculo se realizará sobre la totalidad de las penas impuestas

¹⁶⁹⁵ CID y TÉBAR, “Delincuentes de alto riesgo”, pp. 10-13.

¹⁶⁹⁶ Véase por todos, JUANATEY, *Manual*, pp. 152-166.

¹⁶⁹⁷ RÍOS y otros, *Defenderse*, p. 212.

y no el máximo legal. La limitación concursal del art. 76 CP se refiere a supuestos de delitos conexos respecto a los que se ha apreciado la acumulación de condenas. Para el resto de supuestos en los que no quepa la acumulación y las penas vayan a cumplirse sucesivamente, el art. 193.2 RP establece la unidad de ejecución, con lo cual, la suma de todas ellas a través de la refundición se considera como una sola condena a efectos de la libertad condicional.

Como tercer requisito se exige la buena conducta. GARCÍA VALDÉS considera tautológico su introducción, porque al ser necesario también que el recluso se encuentre en tercer grado penitenciario, ello ya lleva implícita la buena conducta¹⁶⁹⁸. El CP de 1973 exigía la “intachable conducta” (art. 98.3), lo que resultaba excesivo y fue modificado por el CP de 1995. Según MIR PUIG, por buena conducta debe entenderse la ausencia total de faltas disciplinarias¹⁶⁹⁹, sin embargo, RÍOS y otros opinan que no se puede identificar la buena conducta con la total ausencia de sanciones, porque si el legislador lo hubiera querido hacer así, lo hubiese dispuesto expresamente en la Ley o el Reglamento Penitenciario. Lo adecuado según esos autores sería evaluar si el “mal comportamiento” puede ser indiciario de un posible mal uso de la libertad condicional; puede ocurrir que la mala conducta sea consecuencia de una incapacidad para vivir en prisión, pero no para vivir en libertad. Por ello, consideran que, incluso ante la comisión de determinadas faltas disciplinarias, un estudio individualizado del preso puede aconsejar la concesión de tal beneficio¹⁷⁰⁰. Siguiendo la misma línea, CERVELLÓ sostiene que la interpretación más apropiada es el de ausencia de incidencias relevantes que permitan entender que el sujeto va a disfrutar de ese periodo de la pena sin cometer nuevos delitos¹⁷⁰¹. RENART, por su parte, matiza que no es conveniente equiparar la buena conducta a la ausencia de faltas disciplinarias, porque se trata de un catálogo que, en gran medida, contempla conductas trasnochadas¹⁷⁰².

Este requisito ha sufrido varias modificaciones, primero de la mano de la LO 7/2003 y posteriormente, tras la reforma de 2015. Uno de esos cambios se refiere a la propia exigencia de la buena conducta. En el CP 1995 la buena conducta aparecía junto con el pronóstico individualizado y favorable de reinserción social; posteriormente, tras la Ley 7/2003 se subordinó la existencia de ese requisito a la satisfacción de la responsabilidad civil y, finalmente, en la redacción actual, tras la LO 1/2015, el art. 90 únicamente hace referencia a la buena conducta, suprimiendo la tradicional exigencia de

¹⁶⁹⁸ GARCÍA VALDÉS, “Libertad Condicional”, p. 1067.

¹⁶⁹⁹ MIR PUIG, *Derecho penitenciario*, p. 155.

¹⁷⁰⁰ RÍOS y otros, *Defenderse*, p. 230.

¹⁷⁰¹ CERVELLÓ, *Derecho Penitenciario*, p. 278.

¹⁷⁰² RENART, *La libertad condicional*, p. 115.

un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social¹⁷⁰³ y sustituyéndola por la atención a unos parámetros específicos. Los criterios que se enumeran en el citado precepto para decidir si se concede o no la libertad condicional son los siguientes: la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas¹⁷⁰⁴. Dado que estos criterios son iguales que los que se prevén para conceder la LC de las penas de PPR en el art. 92, nos centraremos en ellos en profundidad en el siguiente apartado.

A pesar de la supresión formal del pronóstico de reinserción (que, en la redacción original de 1995, podía ser emitido por el experto que el JVP decidiese, y posteriormente, tras la reforma de 2003, debía ser obligatoriamente emitido por el centro penitenciario)¹⁷⁰⁵, SALAT afirma que será igualmente necesario que la Junta de Tratamiento realice el informe de pronóstico final, en el que deberán hacerse constar las distintas variables. En la misma línea, BARBER considera que nada impedirá que el JVP continúe valorando ese informe, aunque, como matiza, a diferencia de lo que sucedía con la redacción anterior, el informe emitido por la Junta de Tratamiento pierde su hegemonía¹⁷⁰⁶. RODRÍGUEZ YAGÜE y otras manifiestan que hubiera resultado

¹⁷⁰³ Como pone de relieve RODRÍGUEZ YAGÜE, “individualización”, p. 370, la supresión del pronóstico del art. 90 genera una disfunción entre la regulación del CP y la LOGP.

¹⁷⁰⁴ Estos criterios reproducen los previstos en el derecho alemán, párrafo 57 StGB, con algunas variaciones. Para una perspectiva amplia de la regulación comparada con el derecho alemán, véase la monografía de ROIG, *PPR, passim* y de la misma, “Peligrosidad”, pp. 139-141. Véase también SANCHEZ ROBERT, “Legislaciones española y alemana”, *passim*; y ABANTO, “En Alemania”, pp. 517-564.

¹⁷⁰⁵ La autoría del informe pronóstico es otro de los cambios que ha sufrido la exigencia de la buena conducta y el pronóstico de reinserción. Tras la reforma de 2003, además de exigirse que el informe fuera emitida por la Administración penitenciaria, ésta pasó a tener carácter preceptivo, lo que significaba que debía ser incorporado obligatoriamente al expediente de LC (véase TAMARIT y otros, *Derecho Penitenciario*, p. 348). Como explican RÍOS y otros, *Defenderse*, p. 231, tras esa modificación, aunque seguía correspondiendo al JVP la valoración del juicio de pronóstico, su margen de actuación se vio limitado, porque el informe que debía ser tomado en cuenta debía ser el emitido por la Administración penitenciaria y no otros que se pudieran aportar. No obstante, el Juez puede tener más de un informe, emitido por los expertos que considere conveniente (Criterio 126 JVP junio 2005 se mantiene en reunión 2009). Según ARMENTA y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, *Reglamento penitenciario*, p. 422, el porqué de la eliminación de la previsión de que el informe fuera emitido por expertos que el JVP estime (art. 90.1.3º de la redacción original de 1995) se explicaría por la manifiesta carencia de personal formado y especializado al servicio de los jueces de Vigilancia, es decir, a su inviabilidad. Sin embargo, BARBER, “Libertad condicional”, p. 681; y RÍOS y otros, *Defenderse*, pp. 231-232, consideran que la modificación esconde otras razones. La primera autora considera que el objetivo era evitar que el JVP se valiera de un informe distinto al emitido por la Administración Penitenciaria en esta materia. Por su parte, RÍOS y otros opinan que esta norma supone un control ideado por el Gobierno para que el Ministerio del Interior deje menos posibilidad de actuación al poder judicial y le “amordace”. Se trata, como pone de manifiesto la propia Exposición de Motivos de la citada ley, de reducir el ámbito de discrecionalidad judicial en el cumplimiento de la pena. Así mismo, esos autores señalan que la modificación se basa en la premisa errónea de que los informes de la Administración se realizan en condiciones objetivas y científicas suficientemente aceptables, lo que dista de la realidad, debido a la insuficiencia de personal y al exceso de población penitenciaria. Con este panorama, los informes se basan en datos de la condena y de comportamiento en prisión. Estos autores afirman que sólo el 7% del personal se dedica al tratamiento, que son quienes se encargan de realizar esos informes, concluyendo que, en la práctica, al no existir apenas tratamiento, ni técnicos suficientes para la observación e intervención tratamental, los pronósticos dudosos, que lo son casi todos, serán negativos.

¹⁷⁰⁶ BARBER, “Libertad condicional”, 2016, pp. 680 y 681.

preferible mantener la exigencia de ese informe, puesto que normalmente será ahí donde el JVP encuentre las variables que el nuevo texto penal introduce¹⁷⁰⁷. Por su parte, MIR PUIG y RODRÍGUEZ YAGÜE consideran que la reforma aumenta considerablemente el margen de discrecionalidad del JVP, al obligarle a tomar en consideración a tal efecto circunstancias sumamente subjetivas y que aparecen además descritas con excesiva laxitud¹⁷⁰⁸.

Como veremos en el siguiente apartado, en el caso de la PPR, el art. 92 recoge el requisito del pronóstico y permite que aquél sea remitido tanto por el centro penitenciario como por los expertos que el tribunal determine¹⁷⁰⁹. Así mismo, los parámetros que incluye son los idénticos a los que se prevén para la libertad condicional ordinaria en el art. 90.

A parte de los tres requisitos que se han mencionado (estar clasificado en tercer grado, haber cumplido de las tres cuartas partes de la condena y la buena conducta), el art. 90 también establece que no se concederá la LC si el penado no hubiera satisfecho la responsabilidad civil, requisito que resulta innecesario, teniendo en cuenta que para alcanzar la libertad condicional el penado debe estar en tercer grado y para ello, debe haber satisfecho la responsabilidad civil¹⁷¹⁰.

Este requisito fue introducido por la LO 7/2003 y lo relacionaba con la buena conducta (confirmado por el pronóstico favorable de reinserción), condicionando la existencia de ese requisito a la satisfacción de la responsabilidad civil¹⁷¹¹. Actualmente

¹⁷⁰⁷ RODRÍGUEZ YAGÜE y otras, "Libertad condicional", p. 386. Véase también GUIASOLA, "Libertad Condicional", p. 384.

¹⁷⁰⁸ MIR PUIG, *Derecho penitenciario*, p. 155 y RODRÍGUEZ YAGÜE, "Individualización", p. 372.

¹⁷⁰⁹ ARMENTA y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, *Reglamento penitenciario*, p. 423, apuntan que llama la atención la variedad terminológica utilizada para designar un mismo concepto, el pronóstico, según el texto legal al que acudamos. Así, la LOGP denomina "informe pronóstico final" (art. 67), el RP "informe pronóstico de integración social" (art. 195.c) y, por último, el CP "pronóstico favorable de reinserción social". La redacción anterior del art. 90.3º incluía el término "individualizado": pronóstico individualizado y de reinserción social. Actualmente el art. 92 suprime el término individualizado y manteniendo el resto. A pesar de la variedad terminológica, como señala MIR PUIG, *Derecho penitenciario*, 2015, p. 155, las circunstancias o criterios que se enumeran en el art. 90 y 92 son compatibles con lo que dispone el art. 67 LOGP, el cual señala la necesidad de un informe de pronóstico final para la concesión de la LC (en el que se manifestarán los resultados conseguidos por el tratamiento y un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto).

¹⁷¹⁰ CERVELLÓ, *Derecho Penitenciario*, p. 278.

¹⁷¹¹ La vinculación de la buena conducta y el pronóstico a la satisfacción de la responsabilidad civil había sido ampliamente criticada por la doctrina. RÍOS y otros, *Defendersse*, 2014, pp. 213-214, aconsejaban no deducir de forma automática del impago de las responsabilidades un pronóstico desfavorable, cuando el impago no surge de la insolidaridad o la falta de consideración a las víctimas, sino de la necesidad. Siguiendo lo que dispone el art. 72.5º LOGP consideran que lo valorable debía ser el esfuerzo por reparar el daño causado y, así debe considerarse positivamente atendiendo a sus ingresos y a las cargas familiares que le afectan. Otros autores como RENART, MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN o MAPELLI, también han venido aconsejando una flexibilización de esta ulterior apostilla legal, es decir, de la vinculación que se hace entre la buena conducta y la satisfacción de la responsabilidad civil (RENART, *La libertad condicional*, p. 122; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *DP PG*, pp. 626-627; y MAPELLI, *Las consecuencias*, p. 173). También la práctica penitenciaria ha asumido que su aplicación literal haría aún más difícil la concesión de la libertad condicional. De hecho, los datos demuestran que la introducción de este requisito adicional contribuyó a hacer más excepcional la concesión de la libertad condicional, reduciéndose las concesiones a menos de la mitad. ROLDÁN, "Libertad condicional", p. 5 señala que si ese requisito no hizo aún más difícil la concesión de la libertad condicional fue, probablemente, por el criterio de algunos JVP de tomar en cuenta no tanto la

se exige como otro criterio aparte¹⁷¹², sin embargo, a pesar de ello, el nuevo art. 90.4 permite denegar la concesión de la LC si no se da cumplimiento a las responsabilidades civiles (añadiendo la coletilla, *conforme a su capacidad*). Concretamente el citado precepto señala que el JVP podrá denegar la libertad condicional cuando el penado hubiera dado información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio; o no dé cumplimiento conforme a su capacidad al compromiso de pago de las responsabilidades civiles. De esta forma se amplían las situaciones que pueden dar lugar a la denegación de la concesión de la LC. Además, las citadas tres circunstancias no sólo pueden dar lugar a la denegación de la LC, sino que también aparecen entre las causas de revocación de la LC por la remisión que se hace al artículo sobre la suspensión ordinaria (art. 86), teniendo carácter imperativo en ese caso¹⁷¹³. La nueva redacción de los arts. 90.4 y 86 puede ser un ejemplo de lo que se ha denominado “lado oscuro de la justicia restaurativa”.

Por último, en el caso de personas condenadas por delitos de terrorismo u organizaciones o grupos criminales se exige que el penado muestre signos inequívocos de abandono de la actividad terrorista y colaboración activa con las autoridades con los mismos medios de acreditación que para el tercer grado (art. 90.8). Esto nos lleva a extender aquí las mismas críticas que se formularon al estudiar el régimen abierto¹⁷¹⁴.

C.2. En las penas de PPR

C.2.1. Introducción: la revisión de la pena y su vinculación a la libertad condicional

Antes de proceder a explicar los requisitos necesarios para alcanzar la LC en el caso de la PPR debe matizarse, como señala RODRÍGUEZ YAGÜE, que el acceso a esta

satisfacción efectiva de la responsabilidad civil como el esfuerzo del penado en satisfacerla dentro de sus posibilidades reales.

¹⁷¹² GUIASOLA LERMA, “Libertad Condicional”, p. 384, considera que, sin vincularlo de forma determinante a la buena conducta como se hacía en la regulación anterior, podía haberse introducido como una variable más dentro de las que sirven para justificar la buena conducta. Esta opción también fue propuesta por la autora y otros en relación con el Anteproyecto en RODRÍGUEZ YAGÜE y otras, “Libertad condicional”, p. 387.

¹⁷¹³ Como señala BARBER, “Libertad Condicional”, pp. 686, podría darse la paradoja de que se concediera la libertad condicional pese a no cumplirse los requisitos del art. 90.4 del CP, pero a continuación, verse el JVP obligado a revocarla por el incumplimiento de los mismos extremos.

¹⁷¹⁴ GARRO, “Tercer grado y libertad condicional”, pp. 28-30. Señala CERVELLÓ *Derecho Penitenciario*, 2012, p. 279, que tras la reforma de la LO 7/2003 ese requisito se unía con el pronóstico de reinserción ya que se señalaba que “se entenderá que hay pronóstico de reinserción cuando el penado muestre signos inequívocos de abandono...” (art. 90.1.c). Sin embargo, en la actual redacción este requisito no se vincula con el pronóstico de reinserción, pero se sigue exigiendo como requisito añadido, por tanto, a efectos prácticos, no hay cambio.

figura condicional es la única opción de liberación para los condenados a la PPR¹⁷¹⁵. Por tanto, la libertad condicional es la clave que hace o no de la PPR una pena perpetua. Ello se debe al hecho de que el legislador ha optado por unir el proceso de revisión a la libertad condicional, así, el resultado positivo de aquella en el caso de esta nueva pena será la LC. Esta autora aboga por un sistema de revisión de nueva creación. Considera que se debería evitar su anclaje en el sistema de individualización científica y en la libertad condicional, porque ello va a suponer un obstáculo para alcanzar la libertad en la mayoría de los supuestos ante el incumplimiento de los requisitos exigidos para el acceso a esa figura¹⁷¹⁶.

En una línea similar, CERVELLÓ afirma que la conversión de la libertad condicional en un supuesto de suspensión supone, en el caso de la PPR, eliminar la posibilidad de disfrutar de la libertad condicional, porque su finalidad es la excarcelación definitiva. La suspensión de la ejecución de la pena está operando como una vía de revisión o de finalización de la condena, más que como una excarcelación adelantada y, por tanto, la libertad condicional como última fase del sistema de individualización científica no es aplicable a la PPR. Así mismo, critica la falta de autonomía y protagonismo del proceso de revisión (que queda encubierta en el art. 92 bajo la figura de la LC), teniendo en cuenta que es la condición necesaria para que la nueva pena resulte ajustada al CEDH, toda vez que éste exige que se garantice una expectativa de liberación al condenado, tal y como se afirma en la Exposición de Motivos (II)¹⁷¹⁷.

Centrándonos en los requisitos necesarios para que la revisión de la PPR pueda tener un resultado positivo y, con ello, alcanzar la libertad condicional, la nueva redacción del art. 92 CP prevé, al igual que en el caso de las penas de prisión ordinarias, tres requisitos, uno cronológico y dos valorativos: cumplir un plazo determinado (25, 28, 30 o 35 años), estar en tercer grado y tener un pronóstico favorable de reinserción. En el siguiente apartado nos centraremos en el primero de ellos.

C.2.2 El requisito temporal: plazo de 25 años o más

El primer requisito es el temporal: que la persona condenada a una PPR haya cumplido 25 años de su condena (art. 92.1.a). En cambio, en el primer anteproyecto que se aprobó (16 de julio de 2012), el límite mínimo era 35 años, rebajándose a los 25 en los siguientes anteproyecto y proyecto que se aprobaron¹⁷¹⁸. Sin embargo, los 25 años pueden

¹⁷¹⁵ Esto contrasta con las penas largas de prisión, donde la segunda opción para la vuelta a la sociedad es la libertad definitiva.

¹⁷¹⁶ RODRÍGUEZ YAGÜE, "Individualización", pp. 359-360 y p. 388.

¹⁷¹⁷ CERVELLÓ, *Prisión perpetua*, p. 202-204 y 208; de la misma, "Retribución y peligrosidad", p. 74.

¹⁷¹⁸ Este plazo coincide con el periodo ampliamente aceptado en el ámbito internacional, tal y como lo afirmó el TEDH en *Vinter c. Reino Unido*, párrafo 120, inclinándose este mismo órgano a favor de establecer el plazo de revisión en esa fecha. Quizá como el 1º anteproyecto fue de 2012 y el caso *Vinter* de 2013, en los posteriores Anteproyecto y Proyecto

ascender a 30 o 35 en caso de concurso de delitos (art. 78 bis 2 y 3). Al igual que sucede con el tercer grado, cuando sólo uno de los delitos cometidos lleve aparejada la PPR, los límites temporales se establecen en función de la duración que tenga la suma de las penas de prisión ordinaria impuestas, como se puede apreciar en la siguiente tabla:

	Sólo 1 PPR (art. 92.1.a)	CONCURSO (art. 78 bis 2 y 3)	
	PPR	PPR + 5 años o más +15 años o más	2 PPR o más / PPR + 25 años o más
General	25	25	30
Terrorismo	25	28	35

Es importante señalar, en primer lugar, que esos plazos sólo se respetan si el preso ha alcanzado el tercer grado y, por tanto, no se puede afirmar que la persona condenada a una pena de PPR tiene, de forma automática, derecho a una revisión superados los periodos indicados por la ley.

Casi la totalidad de la doctrina ha criticado esos plazos por excesivos. Por una parte, se ha afirmado que dejan inoperante el mandato de resocialización del art. 25.2 CE¹⁷¹⁹. SAÉZ señala que el internamiento en una cárcel durante un período tan prolongado (como mínimo de 25 años), está abocado a convertirse en un serio obstáculo para la reincorporación del penado, ya rehabilitado, a la vida en libertad, y hasta cabría afirmar, para su misma supervivencia personal¹⁷²⁰. En una línea muy similar, CUERDA considera que ya no 25 años, sino 20 para proceder a la revisión de la pena es demasiado tiempo, ya que no evitaría la desocialización producida durante ese extenso período de cumplimiento¹⁷²¹. También RÍOS entiende que una condena de quince años de prisión genera destrucción psíquica y física y el desarraigo social desconfianza en el preso, no respeto, violencia, ausencia de responsabilidad¹⁷²².

Por otra parte, se ha destacado que estos plazos van mucho más allá de lo aconsejado por las normas internacionales y también de los que rigen en la mayoría de países europeos. Tal y como el propio TEDH afirmó, los textos e internacional muestran un claro apoyo al mecanismo específico que garantice una revisión no más tarde que los 25 años, así por ejemplo, el Estatuto de Roma establece que las penas de cadena perpetua

se rebajó el límite a 25 años. Así mismo, en los párrafos 13, 90 y 100 el Tribunal en referencia a la regulación del Reino Unido señala que antes de la Ley de Justicia Penal de 2003 se establecía un periodo de revisión de la pena de “*whole life sentence*” a los 25 años, el mismo plazo que el recogido por el Estatuto de Roma y que no hay explicación alguna de por qué la ley 2003 no lo recoge.

¹⁷¹⁹ Sobre la compatibilidad de la PPR con la CE nos centraremos infra apartado 5.

¹⁷²⁰ SAÉZ, “Comentarios”, p. 11.

¹⁷²¹ CUERDA, *La cadena perpetua*, p. 100.

¹⁷²² RÍOS, “Cárcel y Derechos Humanos”, pp. 613-622.

deben ser revisadas después de 25 años¹⁷²³ y la Resolución (76)2 sobre el tratamiento de las personas que cumplen penas largas de prisión (aplicable también a las personas condenadas a cadena perpetua), recomienda que la revisión se produzca, como muy tarde, entre los 8 y los 14 años. En cuanto al derecho comparado, Irlanda fija la revisión en 7 años, Noruega en 10 años, Chipre, Dinamarca, Finlandia, en 12 años, Bélgica y Holanda en 14 años, Austria, Alemania y Suiza en los 15 años, Francia en 18 años, y Grecia en 20 años. De esta forma el sistema español se aproxima a los países que prevén los plazos más severos, que a su vez son minoría, como Italia (26 años para el llamado *ergastolo*) o Estonia (con la revisión a los 30 años)¹⁷²⁴. Los plazos que recoge el CP español, que oscilan entre los 25 y los 35 años (y en el caso del tercer grado entre los 15 y los 32), se acercan a los límites de cumplimiento máximo de la pena (40 años y 30, antes de la reforma de la LO 7/2003, ex art. 76), con la diferencia de que los periodos de revisión hacen referencia a la fecha para alcanzar la LC y no la libertad definitiva¹⁷²⁵.

Otra última crítica, aunque no menos importante, tiene relación con el carácter genérico y objetivo de los plazos de revisión. Esos periodos se imponen a toda persona que haya recibido una pena de PPR, sin un previo análisis individual del caso que tome en consideración las circunstancias concretas del hecho y del autor, lo que entra en contradicción con el principio de proporcionalidad¹⁷²⁶. Se configura así un modelo opuesto al inglés, mediante el cual, salvo en el caso de la cadena perpetua preceptiva, el plazo a cumplir antes de poder revisar la pena se calcula tomando como referencia el tiempo que correspondería en caso de imponer una pena determinada (es decir,

¹⁷²³ Art. 110.3 3 del Estatuto de Roma.

¹⁷²⁴ Como señala DE LEÓN “PPR”, p. 95, la PPR se sitúa muy por encima de la media europea, que es de 19,4 años.

¹⁷²⁵ Como se puede comprobar, aunque la Exposición de Motivos afirma que “Se trata, en realidad, de un modelo extendido en el Derecho comparado europeo”, los plazos previstos se alejan de los que se recogen en las legislaciones europeas. Además, tampoco, el sistema de revisión de aquellos países es comparable al sistema español. De modo breve, podemos citar el Reino Unido y Alemania. En el Reino Unido, como expusimos en el capítulo primero, apartado II, al imponer una pena indeterminada se fija un plazo mínimo de cumplimiento teniendo en cuenta las particularidades del caso concreto, por lo que se trata de un plazo que se ajusta a las exigencias del principio de proporcionalidad y culpabilidad. Además, esa fecha constituye un punto clave, ya que a partir de entonces no cabe alegar razones retributivas o de prevención general para denegar la LC. A lo anterior debe añadirse que solo existe un modelo de pena indeterminada de imposición obligatoria (para el asesinato), siendo en el resto de los casos, necesario acreditar la peligrosidad criminal para poder imponer una pena indeterminada, lo que da mayor sentido al hecho de que la puesta en libertad se haga depender de la acreditación de la ausencia de peligrosidad. También en Alemania, solo en el delito de asesinato aparece la cadena perpetua prevista como pena única (art. 211) y el plazo de 15 años para revisar la pena es un término único, es decir, no se recoge un tiempo mayor para ningún supuesto, al contrario de lo que sucede en el art. 78 bis CP español, donde se contemplan periodos de hasta 35 años. Así mismo, el mecanismo de revisión es esencialmente preventivo-especial. En síntesis, la regulación del régimen de suspensión de la cadena perpetua en este país es mucho más “benévolo” y flexible que el régimen español: El plazo mínimo de cumplimiento que exige el CP, así como los requisitos para acceder al tercer grado y la libertad condicional, hacen que la PPR resulte mucho más gravosa que la cadena perpetua alemana. Por todo lo anterior, se afirma que la prisión a perpetuidad en ese país es, en la actualidad, una institución simbólica. Para mayor información véase, LANDA, “Fines de la pena”, pp. 99-106; ROIG, *PPR*, p. 27-63; ACALE, *PPR*, pp. 121-129; SÁNCHEZ ROBERT, “PPR”, pp. 13-14 y 48; y TAMARIT, “PPR”, p. 97.

¹⁷²⁶ Como se verá al analizar la constitucionalidad de la PPR, *infra* apartado 5, uno de los preceptos que se considera vulnera esta nueva pena es el art. 17 que protege el derecho a la libertad, por entender que no se respetan los principios de proporcionalidad y culpabilidad.

atendiendo a las circunstancias concretas del delito, incluidas las agravantes y atenuantes) y, posteriormente, reduciendo aquélla por la mitad, equiparando así el plazo de revisión de la pena indeterminada con el plazo en que las personas condenadas a penas determinadas consiguen la libertad. Sobre el procedimiento para fijar la tarifa en el caso de las penas indeterminadas, hemos tratado *supra*, capítulo primero, apartado II.4.B.3

C.2.3. El pronóstico favorable de reinserción social

Además del requisito temporal, es necesario que la persona que está cumpliendo la PPR se encuentre en tercer grado y exista un pronóstico favorable de reinserción social (art. 92.1.c)¹⁷²⁷, así como también la satisfacción de la responsabilidad civil¹⁷²⁸ y, en el caso del terrorismo el abandono de los fines terroristas y la colaboración con las autoridades (art. 92.2)¹⁷²⁹. Dado que ya hemos dedicado un apartado a explicar los elementos a cumplir para una clasificación en tercer grado y también hemos explicado en qué consisten el pago de la responsabilidad civil y los requisitos específicos para el caso del terrorismo, aquí nos centraremos exclusivamente en el pronóstico de reinserción.

Para valorar si existe dicho pronóstico favorable, el art. 92.1.c detalla una serie de circunstancias que el Tribunal (y no el JVP, como en el caso de la prisión ordinaria) deberá tener en cuenta, aunque, como indica el mismo precepto, ese órgano también tendrá a su disposición los informes remitidos por el centro penitenciario y por aquellos especialistas que considere, lo que significa que no hay una estricta vinculación a los informes de los profesionales de la prisión, ya que puede contar con otros informes

¹⁷²⁷ Como advierte GUIASOLA, “Libertad Condicional”, p. 389, el art. 92 incurre en contradicción en este punto con la regulación general de la libertad condicional del art. 90, puesto que elimina la buena conducta y lo sustituye por la existencia del pronóstico favorable de reinserción social, lo que no parece la forma más adecuada de legislar, ya que genera confusión. La razón de esa apelación a la reinserción se encontraría en la pretensión de salvar formalmente el obstáculo constitucional. Y dice formalmente, porque en la práctica considera que no sólo es bien difícil tras periodos tan largos de privación de libertad, sino que estudios confirman que en los antecedentes de cumplimiento más rígido, la mayor desadaptación en prisión, la no participación en actividades aisladas de todo y de todos, así como la indeterminación temporal del aislamiento son causas determinantes de una mayor reincidencia. Sobre este particular, véase su monografía: *Reincidencia*, pp. 157-158.

¹⁷²⁸ El artículo 92 no recoge entre los requisitos a valorar, el de haber satisfecho la responsabilidad civil, al contrario que el art. 90 sobre el régimen general de libertad condicional, que sí señala que no se concederá la suspensión si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil. Sin embargo, aunque no se mencione expresamente, es un requisito necesario para poder ser clasificado en el tercer grado (ex art. 72.5 LOGP) y éste es a su vez requisito necesario para alcanzar la libertad condicional (art. 92.1.c), por tanto, lo que condiciona es el tercer grado. A pesar de ello, no deja de sorprender que no se mencione en el art. 92, lo que nuevamente demuestra lo precipitado de la reforma.

¹⁷²⁹ Teniendo en cuenta que el art. 92 se refiere a la PPR y esa pena está prevista sólo para el homicidio o asesinato terrorista y no para otros delitos terroristas, no tiene ningún sentido que la redacción haga referencia a los delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo, en general, sin especificar el asesinato, lo que da lugar a confusión y demuestra una vez más la mala técnica legislativa y la precipitación de la reforma. Se trata de un requisito que no es nuevo, sino que se introdujo por la LO 7/2003 y que se exige también en el caso de la prisión ordinaria (art. 90), así como también para alcanzar el tercer grado. Además, ese requisito es coincidente con el del régimen abierto –como se ha señalado previamente–, por lo tanto, resulta superfluo si ya se ha exigido para la progresión a tercer grado.

externos. Por tanto, el citado precepto hace referencia al informe del art. 67 LOGP¹⁷³⁰ y a otros que el juez estime oportunos, pero al mismo tiempo le obliga a valorar los criterios concretos que recoge el texto penal. Habría sido preferible mantener la redacción originalmente en vigor en 1995, en la que se exigía un pronóstico favorable de reinserción (que podía ser emitido por los expertos que el JVP considerase, no exclusivamente los del centro penitenciario, como se exigía tras la reforma de 2003), sin obligarle al tribunal a valorar al mismo tiempo los criterios concretos que se detallan en el art. 92, porque, como ponen de manifiesto RODRÍGUEZ YAGÜE y otras, en esos informes es donde el Juez encontrará las variables que el nuevo texto penal introduce. De hecho, se trata de ítems que podían ser tenidos en cuenta por la Junta de Tratamiento en el informe que elabora¹⁷³¹.

Los criterios detallados en el art. 92.1.c¹⁷³² (iguales que los que recoge el art. 90), son siete: la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueran impuestas¹⁷³³. La mayoría de la doctrina critica la selección de los factores que recoge el art. 92.1.c por diferentes motivos que se expondrán en los siguientes párrafos.

El principal objetivo de la revisión debe ser –a mi juicio- la valoración del progreso hacia la resocialización llevada a cabo por el preso. Por ello, los aspectos relacionados con el delito cometido o los antecedentes únicamente deben ser ponderados

¹⁷³⁰ Este último precepto señala que: “Concluido el tratamiento o próxima la libertad del interno, se emitirá un informe pronóstico final, en el que se manifestarán los resultados conseguidos por el tratamiento y un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto en libertad, que, en su caso, se tendrá en cuenta en el expediente para la concesión de la libertad condicional”.

¹⁷³¹ RODRÍGUEZ YAGÜE, “Individualización”, p. 373; RODRÍGUEZ YAGÜE y otras, “Libertad condicional”, p. 386. Véase también GUIASOLA, “Libertad Condicional”, p. 384.

¹⁷³² DAUNIS, “Criterios”, p. 273, apunta en relación con el art. 90CP (teniendo en cuenta la identidad de contenido se entiende que es extensible al art. 92) que se trata de un *check list* que recoge unos criterios que deben ser valorados y, que, por tanto, no se utiliza ningún método actuarial, al menos en las prisiones dependientes de la AGE. En una línea similar, señala CAROU, *Régimen penitenciario*, p. 136, que los métodos actuariales, basados en criterios estadísticos, están prohibidos en materia penitenciaria, ya que el art. 6 del RP proscribía la valoración del comportamiento de los reclusos en base a un tratamiento automatizado de datos.

¹⁷³³ Para hacer aún más desordenada y confusa la regulación de esta institución, el art. 92.3 se remite al art. 80.1.2º párrafo (el art. 90, sin embargo, no hace tal remisión, lo que resulta positivo). Este artículo indica una serie de circunstancias que se tomarán en cuenta a la hora de conceder la suspensión de las penas de prisión de hasta 2 años, siendo la casi totalidad de ellas idénticas a las citadas en el artículo 92, por lo que tal remisión resulta innecesaria y confusa. De hecho, son sólo dos las circunstancias que difieren respecto a las citadas en el artículo 92.1.c, aunque probablemente no en contenido, sino sólo en la forma de redacción: las circunstancias personales del penado y su conducta posterior al hecho. En cuanto a la primera, podría ser el equivalente a la referencia que hace el art. 92 cuando habla de la personalidad del reo y, en cuanto a la segunda, podría asemejarse a la conducta durante el cumplimiento de la pena que señala el art. 92. Así mismo, en el art. 80, a diferencia de los arts. 90 y 92, se omite la referencia a la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectado en caso de reincidencia. Antes de la reforma de 2015, el art. 80 no trataba con este grado de detalle mediante la enumeración de estos criterios (lo que es más propio de una materia penitenciaria), sino que directamente señala que “se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal” para decidir si se suspende o no la pena.

si ofrecen alguna información sobre la posible conducta delictiva futura o, como dice el precepto, si sirven para valorar la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados en caso de reiteración delictiva. En caso de que revelen la existencia de una posible reiteración delictiva, la consecuencia no necesariamente ha de ser el mantenimiento del preso en prisión, si no que debería analizarse si ese riesgo o probabilidad puede ser minimizado o controlado a través de la imposición de unas reglas de conducta a cumplir durante la libertad condicional. Solo en caso de que la probabilidad delictiva se relacione con la comisión de delitos graves similares a los que llevaron a imponer la PPR y exista una probabilidad elevada de que eso suceda, debería denegarse la libertad condicional.

Es importante recalcar que la valoración de la posible peligrosidad futura (vertiente negativa de la prevención especial), no debe superponerse a la evaluación de la progresión experimentada por el preso (vertiente positiva de esa finalidad), porque de hacerlo así, como advierte RODRÍGUEZ YAGÜE, las posibilidades de alcanzar la libertad condicional caerían en la incertidumbre y se verían seriamente dificultadas. Por tanto, aunque el conjunto de los criterios revisores de la PPR se sitúan a la misma altura y aparentemente con el mismo valor, es decir, sin establecer ninguna jerarquía ni armonización clara, los factores que informan sobre la evolución positiva del preso (consideraciones preventivo especiales positivas) deben prevalecer sobre las consideraciones retributivas, preventivo generales y preventivo especiales negativas¹⁷³⁴.

Delimitado el objetivo que ha de tener la revisión de la pena de PPR, señalaremos algunas críticas y valoraciones concretas que cabe destacar de cada una de las variables que recoge el señalado precepto. A modo de resumen, las críticas que en general se hacen giran en torno a dos ejes relacionados entre sí. La primera, que la mayoría de ellas no dependen de la autonomía del reo, porque son ajenos a su conducta y la segunda, que en lugar de informar sobre la capacidad del penado de regresar a la vida en libertad,

¹⁷³⁴ En este sentido se manifiestan, RODRÍGUEZ YAGÜE, “Individualización, pp. 371-373 y 388-389; LANDA, “PPR”, pp. 56-57; del mismo, “Fines de la pena”, p. 99; del mismo, “Long-term Imprisonment”, p. 404; y BARBER, “Libertad condicional, pp. 672-673 y 682-684. La primera autora, también advierte que si pesa más el determinismo del pasado en lugar de los aspectos modificables por el reo, se cierra ya desde el inicio la posibilidad de revisión en penas que, como la PPR, están previstas para los asesinatos más graves. Por ello sostiene que, para que la posibilidad de revisión sea real, debe existir cierta flexibilidad en los criterios que el órgano competente debe evaluar y que la libertad condicional no debe quedar condicionada a la satisfacción de la suma de los requisitos que se prevén (consideración que extiende también a las penas de muy larga duración). En una línea similar, LANDA considera que, aunque la imprecisión del precepto permite un análisis orientado hacia diversas finalidades, debe realizarse una valoración basada sobre un pronóstico de peligrosidad no intrusivo. La reinserción no debe ser “uno más” de los fines que deben regir la ejecución penitenciaria, sino el criterio rector, preponderante y decisivo. De lo contrario, advierte, si las razones retributivas y preventivas son tomadas en consideración al mismo tiempo, el derecho a la reinserción quedará imposibilitado. La última autora, BARBER, considera que, en la concesión de la libertad condicional, deberían prevalecer las consideraciones preventivo especiales positivas, por ello, aconseja que en caso de que el análisis de los criterios del art. 92 llevan a deducir que existirán dificultades para disfrutar de la libertad condicional con éxito, esto deberá ser utilizado para determinar el tipo de reglas de conducta y el apoyo necesario que debe tener el preso durante ese periodo, y no directamente para denegar la libertad condicional.

persiguen otro tipo de finalidades preventivo generales o, simplemente, la retribución del delito cometido. Se señala que los criterios introducidos no buscan determinar la peligrosidad criminal del sujeto, sino que se basan en consideraciones como la retribución y la “alarma social”¹⁷³⁵.

En relación con estas críticas, también se ha puesto de manifiesto que la legislación española, en contraste con otras, no incorpora factores precisos relativos a cómo puede contribuir el reo a mejorar su pronóstico¹⁷³⁶. Así, por ejemplo, el Estatuto de Roma recoge varios elementos a valorar como la conducta de disociación del crimen, cualquier medida tomada en beneficio de la víctima o si ha mostrado una conducta de cooperación con la Corte; es decir, incorpora criterios de ponderación más seguros¹⁷³⁷. Como señalamos en el capítulo segundo, apartado I, al estudiar la normativa internacional relativa a la cadena perpetua y las penas largas de prisión¹⁷³⁸, no solo el pronóstico de falta de peligrosidad criminal es capaz de reducir la pena perpetua, también los indicados factores. Además, se recoge una cláusula final de total apertura¹⁷³⁹.

A. Comenzando con los dos elementos que hacen referencia al pasado (las circunstancias del delito y los antecedentes), reciben el rechazo de la mayoría de la doctrina por tratarse de factores que ya se tuvieron en cuenta a la hora de determinar la pena individual y por no ser susceptibles de cambio por el preso, lo que responde más a objetivos retributivos o preventivo-generales de la pena y no de reinserción social¹⁷⁴⁰. De

¹⁷³⁵ En este sentido, véase GARCÍA RIVAS “Inconstitucionalidad”, pp. 5 y 14; DAUNIS, “Criterios”, p. 273 y 280 y del mismo, “Acervo punitivo”, p. 98; MARTÍNEZ GARAY, “Predicción de peligrosidad”, pp. 156-157; RODRÍGUEZ YAGÜE, “individualización”, pp. 371-373; y CERVELLÓ, “PPR”, p. 239 y de la misma, *Prisión perpetua*, p. 208.

¹⁷³⁶ Recurso de inconstitucionalidad, párrafos 15-16 y 22.c

¹⁷³⁷ Art. 110.4 del Estatuto de Roma y art. 223 de las Reglas de Procedimiento.

¹⁷³⁸ Capítulo segundo, apartado I.4.B.2

¹⁷³⁹ LANDA, “Fines de la pena”, p. 110. El art. 110.4 del Estatuto de Roma habla de que concurren “uno o más” de las circunstancias apuntadas.

¹⁷⁴⁰ En este sentido se manifiestan los siguientes autores. ROIG, “PPR”, pp. 136-137, considera que no deberían influir nuevamente en la concesión de la libertad condicional y RODRÍGUEZ YAGÜE, “individualización”, pp. 371-373, advierte de la posible vulneración del principio *non bis in idem* que podría producirse y afirma que esos dos criterios (y también el criterio de la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración del delito) se alejan del significado de la resocialización y parecen responder más a fines retributivos. El recurso de inconstitucionalidad contra la PPR (presentado por todos los partidos políticos a excepción del Partido Popular, aún pendiente de resolver) afirma que resulta palmariamente arbitrario evaluar las posibilidades del condenado de reinserirse en sociedad a partir de circunstancias y comportamientos acontecidos 25 años ante, catalogando a esa circunstancia como un criterio de raigambre vindicativa o preventivo general. Por su parte DAUNIS y CERVELLÓ critican que se trata de elementos que no aportan información para predecir el comportamiento futuro. DAUNIS, “Criterios”, pp. 273-275 y 280, considera que, aunque pueden ser relevantes para la calificación penitenciaria y el Programa Individualizado de Tratamiento (PIT), aportan poco sobre los avances o cambios del preso, teniendo en cuenta que en la libertad condicional no se valora el pasado delictivo, sino su capacidad de vivir en sociedad. Como crítica general también señala que se trata de un modelo que prima la retribución en detrimento de la reinserción social, lo que se confirma por el uso abusivo de criterios estáticos (que van ganando terreno a los dinámicos). CERVELLÓ, *Prisión perpetua*, pp. 216-217 (y de la misma, “Retribución y peligrosidad”, p. 79) afirma que los antecedentes sólo tienen interés como trayectoria delictiva, no como estigma de previsión de conducta futura. Además de lo anterior, también se critica la insuficiente claridad de esos conceptos, ya que, en cuanto a las circunstancias del delito, como apuntan MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *DP PG*, p. 615, el texto no determina si se refiere a las atenuantes y/o agravantes que, en todo caso, afirman, ya se tomaron en cuenta a efectos de determinación de la pena, por lo que,

hecho, las investigaciones sobre la libertad condicional ponen de manifiesto los resultados negativos que podría conllevar el predominio de las circunstancias referidas al pasado, al confirmar que el historial delictivo es uno de los factores que mejor predicen la imposibilidad de disfrutar de la libertad condicional¹⁷⁴¹. En el caso de la PPR esto sería especialmente perjudicial, porque la libertad condicional es la única vía para conseguir la libertad.

Sin dejar de estar de acuerdo con las críticas formuladas y teniendo presente la información que nos aportan las investigaciones, considero que los criterios referidos al pasado únicamente deberían tenerse en cuenta si aportan información que puede ayudar a predecir la peligrosidad futura, pero en ningún caso para determinar el cumplimiento de la finalidad punitiva, porque ésta ha de entenderse agotada al haberse cumplido ya el plazo de revisión. Además, a la hora de analizar la posible relación que pueden tener esos factores con el comportamiento futuro, debe tenerse muy en cuenta que los delitos más graves, como el asesinato (delito principal para el que se prevé la PPR), son los que menores tasas de reincidencia presentan y que en condenas más largas la reincidencia es menor que en estancias cortas en prisión¹⁷⁴², por no mencionar el hecho tan evidente como es que, en el momento de realizar esa valoración, habrá transcurrido un tiempo muy amplio, 25 años como mínimo, desde la comisión del delito. Tampoco puede olvidarse, en relación con las circunstancias del delito, que la violencia o no en el delito principal de la pena base no se relaciona con la posterior reincidencia¹⁷⁴³. Por todo ello, la consideración de esos dos criterios de forma que afecte negativamente en el pronóstico debería estar bien fundamentada, para que el reo pueda rebatir las conclusiones alcanzadas.

En sentido similar se manifiesta GARCÍA ALBERO cuando señala que los dos criterios mencionados deben ser interpretados en clave de peligrosidad, evitando

entienden que aluden al contexto del hecho y, en cuanto a los antecedentes, como señala DAUNIS, “criterios”, p. 274, no se clarifica si se refiere a antecedentes no cancelados.

¹⁷⁴¹ CID y TÉBAR, “Delincuentes de alto riesgo”, p. 9 y ss; y TÉBAR, “Aplicación”, p. 314

¹⁷⁴² REDONDO, FUNES y LUQUE, *Justicia penal y reincidencia*, 1994, p. 122. La reincidencia más alta se asienta sobre dos pilares: por uno, el tipo de delito (los delincuentes contra el patrimonio son los que mayor índice de reincidencia tienen) y, por otro, la edad (cuanto más joven, más probabilidad de volver a cometer delitos). También MARTÍNEZ GARAY, “Pronósticos de peligrosidad”, p. 62, afirma que la repetida comisión de delitos en el pasado es sin duda uno de los factores con mayor poder predictivo de reincidencia futura. En relación con los comités de la Junta de Libertad Condicional del Reino Unido, que son los que deciden si se concede o no la libertad a una persona que cumple una pena indeterminada (para mayor información, véase, *supra*, apartado II), señalan PADFIELD y LIEBLING, *Discretionary Lifer Panels*, p. 140, que en las vistas celebradas por aquéllos que pudieron presenciar, no fueron discutidos o tenidos en cuenta la edad o el número de condenas a una edad temprana (factores de riesgo validados).

¹⁷⁴³ Así lo demuestra un estudio realizado en Cataluña que mide la reincidencia penitenciaria, es decir, aquella reincidencia que se conoce por el nuevo ingreso en prisión que se produce como consecuencia de la comisión de otro delito. Este estudio concluye que no hay diferencias significativas en la reincidencia en función de si el delito cometido en la causa base era violento o no. Véase Área de Investigación y Formación Social y Criminológica, *Tasa de reincidencia penitenciaria*, 2008, pp. 91 y 138.

conformar un juicio de gravedad al margen del que expresa la pena impuesta, es decir, debe valorarse la existencia o no, en el delito cometido, de factores criminógenos, históricos, contextuales o motivacionales que permitan concluir las propensiones de reiteración delictiva¹⁷⁴⁴.

B. Respecto al primer criterio que se cita, la personalidad del penado, resulta cuanto menos llamativa esa referencia que, como señala ROIG, se acerca a un derecho penal de autor, considerándolo, por ello, inadecuado¹⁷⁴⁵. El Consejo General de la Abogacía Española propuso eliminarlo de la redacción del art. 80 del primer Anteproyecto de 2012 y aunque dicho precepto lo ha sustituido por “circunstancias personales del penado”, se sigue utilizando en los arts. 90 y 92 relativos a la libertad condicional. Sin embargo, el concepto personalidad también incluye el patrón de comportamiento y no solo el patrón de pensamientos, por ello, si se interpreta en el sentido de valorar el comportamiento exteriorizado por el preso, parece encajar mejor su inclusión entre los criterios a analizar. En esa línea apunta CERVELLÓ, al señalar que la forma correcta de interpretar ese criterio revisor sería teniendo en cuenta aquellas circunstancias personales del sujeto que indican una buena expectativa de conducta en libertad¹⁷⁴⁶. En cualquier caso, de interpretarse en ese sentido, parece más acertada la referencia a la conducta del penado durante el cumplimiento de la pena, aunque, como señalaremos más adelante, tampoco ésta debe ser determinante.

C. El cuarto de los requisitos que se prevé es el de “la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito”. Las críticas vertidas a este criterio se fundamentan en varias razones, siendo la principal su potencial para obstaculizar la consecución de la libertad condicional, porque la reiteración delictiva supondría la afectación de los bienes jurídicos más relevantes (como la vida o la libertad sexual), lo que llevaría a denegar su concesión. También se critica, al igual que se hacía respecto a los dos criterios anteriormente señalados, que se trata de un factor que se focaliza en el pasado y, por consiguiente, deja nuevamente al reo sin posibilidades de hacer nada para poder modificarlo y favorecer su puesta en libertad¹⁷⁴⁷.

¹⁷⁴⁴ Por ello, GARCÍA ALBERO, “La suspensión”, p. 146, entiende que ese juicio de inferencia tiene que quedar razonado en la resolución a fin de evitar el amparo en la genérica gravedad del delito para denegar la concesión del beneficio. Aunque ese autor se refiere a lo que tradicionalmente se ha entendido por suspensión de la pena, es decir, a los criterios recogidos en el art. 80.1, teniendo en cuenta que el art. 92 prevé criterios similares, casi en su totalidad, y además hace remisión a ese precepto, la interpretación aportada por GARCÍA ALBERO es perfectamente válida para la libertad condicional.

¹⁷⁴⁵ ROIG, *PPR*, p. 162.

¹⁷⁴⁶ CERVELLÓ, “Retribución y peligrosidad criminal”, p. 78.

¹⁷⁴⁷ En este sentido se pronuncian RODRÍGUEZ YAGÜE, “individualización”, pp. 371-373, ROIG, “Prisión indefinida”, p. 142, MARTÍNEZ GARAY, “Predicción de peligrosidad”, p. 156; Recurso de inconstitucionalidad, párrafos 14 y 22.c; o DAUNIS, “Criterios”, pp. 275-276, que considera que ese elemento no aporta ningún elemento de juicio sobre la capacidad de reinserción social del penado.

Sin embargo, también cabe una lectura más positiva de este elemento, ya que podría ser interpretado en el sentido de que la probabilidad de reincidencia en cualquier delito no es motivo para denegar la libertad condicional, limitándose a la protección de los bienes jurídicos más importantes. De esta forma, no sería válido, como fundamento para denegar la libertad condicional, una genérica alusión a la probabilidad de reiteración delictiva, sino que sería necesario que esa probabilidad estuviese referida a la comisión de delitos similares a los que llevaron a imponer la PPR. Como se explicará *infra* apartado C.2.4, la jurisprudencia del TEDH desarrollada en torno a la garantía de la identidad de causa o fundamentación¹⁷⁴⁸, puede ofrecer orientación sobre la forma de interpretar este requisito y, en general, sobre qué ha de valorarse cuando se revisa la PPR¹⁷⁴⁹.

D. El quinto criterio, la conducta durante el cumplimiento de la pena, es el único que recibe aprobación por parte de la doctrina, porque se considera el verdaderamente importante para valorar la evolución penitenciaria del sujeto y porque es el único modificable por él. Sin embargo, también se advierte que es fundamental tener en cuenta dos aspectos. Por una parte, que una valoración negativa de este criterio no debe asociarse directamente con un mal comportamiento fuera de prisión (ni viceversa) y, por otra, que la reclusión en prisión durante tantos años dificulta mantener y demostrar un buen comportamiento, porque la personalidad y las habilidades sociales se deterioran¹⁷⁵⁰.

E. En cuanto al sexto criterio, las circunstancias familiares y sociales, se trata de una circunstancia que se tiene en cuenta también a la hora de valorar los permisos de salida y el tercer grado. Como ya dijimos en su momento, tras largos años de encierro, las relaciones sociales y familiares se van degenerando y pueden llegar a ser inexistentes, por ello, estoy de acuerdo con DAUNIS cuando afirma que este factor, por sí solo, no debería afectar de forma negativa al pronóstico de reinserción. Según ese autor, la finalidad de esta circunstancia es analizar si el penado cuenta con una red social que actúe como apoyo económico, familiar (que le pueda facilitar alojamiento, empleo) y emocional¹⁷⁵¹. Aunque

¹⁷⁴⁸ Como se explicó en el capítulo dedicado al TEDH, la expresión utilizada por el Tribunal en inglés es *causal connection* que ha sido traducido al español como relación de causalidad o nexo causal (entre otros, CASADEVALL, *Convenio Europeo*, p. 242; y ARRESE, “Artículo 5”, p. 129). Como también se explicó en aquella ocasión, esa garantía se concreta en otras dos garantías más. Por una parte, debe existir una identidad de causa o fundamentación, es decir, la razón que motiva la continuación de la privación de libertad debe guardar relación con la razón que motivó la imposición de la pena y; por otra parte, el fundamento teórico de la privación de libertad debe reflejarse en las condiciones materiales de ejecución, en otras palabras, debe existir una relación entre el motivo de esa privación de libertad y el lugar y las condiciones de esa privación.

¹⁷⁴⁹ En este punto cabe recordar, como informa MARTÍNEZ GARAY, “Pronósticos de peligrosidad”, p. 43, que en relación con las medidas de seguridad, en general, los tribunales suelen derivar la existencia de peligrosidad a partir únicamente de la gravedad del hecho cometido y de la acreditación de la enfermedad mental del sujeto. Este modo de proceder, puede resultar especialmente perjudicial en el caso de la PPR, teniendo en cuenta que el delito cometido será siempre de los más graves.

¹⁷⁵⁰ Advierten de ello, CERVELLÓ, *Prisión perpetua*, pp. 216-217 (de la misma, Retribución y peligrosidad”, p. 79) y MARTÍNEZ GARAY, “Predicción de peligrosidad”, p. 156.

¹⁷⁵¹ DAUNIS, “Criterios”, p. 277.

como pone de relieve ROLDÁN, de acuerdo con la observación empírica llevada a cabo, el apoyo familiar es el factor más influyente en la concesión de la libertad condicional¹⁷⁵², su inexistencia no puede suponer una causa excluyente de la libertad condicional.

F. El séptimo y último criterio, “los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas”, recibe en general una buena acogida en la doctrina, por entender que se trata de un elemento inherente a la propia tarea de predicción del comportamiento (al igual que el criterio de la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por la reiteración delictiva)¹⁷⁵³ y por ser posible su modificación o control por parte del penado, dejando así atrás la valoración de su pasado y proyectándose sobre su futuro, como debe hacer todo informe pronóstico¹⁷⁵⁴.

Para finalizar con este apartado, hay que hacer especial alusión a los problemas que presentan los pronósticos de predicción de la peligrosidad, concretamente, a la incertidumbre que suponen¹⁷⁵⁵.

La excarcelación de la persona condenada a la PPR depende de un juicio de pronóstico que se ha evidenciado científicamente insostenible. Las disciplinas predictivas destacan la elevada falibilidad de los instrumentos de predicción de la peligrosidad por las altas tasas de error que presentan (con independencia de que hayan sido realizados con el método clínico o con métodos actuariales¹⁷⁵⁶), lo que conduce al mantenimiento mayoritario de reclusos en prisión respecto de los que luego se evidencia que no reiteran

¹⁷⁵² ROLDÁN, “Libertad condicional”, 2010, p. 10.

¹⁷⁵³ MARTÍNEZ GARAY, “Predicción de peligrosidad”, pp. 156-157.

¹⁷⁵⁴ En esta línea se pronuncian, MARTÍNEZ GARAY, “Predicción de peligrosidad”, pp. 156-157; y RODRÍGUEZ YAGÜE, “individualización”, pp. 371-373. Por su parte, CERVELLÓ, *Prisión perpetua*, pp. 216-217, considera que ese criterio debe servir para la elección en su caso de los deberes o prohibiciones, pero no para denegar la revisión. En contra de esta previsión legal se muestra DAUNIS, “Acervo punitivo”, p. 101, quien la tacha de desafortunada, vaga y abstracta, porque no se explica si se refiere a los efectos que genere en el penado en la sociedad o en la víctima. En cualquier caso, concluye, que tales efectos son imposibles de concretar más allá de simples presunciones y juicios meramente infundados.

¹⁷⁵⁵ Sobre este particular, véase de forma extensa MARTÍNEZ GARAY, “Pronósticos de peligrosidad”, pp. 78 y, de la misma, “Predicción de la peligrosidad”, pp. 139-162.

¹⁷⁵⁶ A grandes rasgos, existen tres métodos predictivos de conductas violentas. El método clínico (puro o no estructurado) es una forma de predecir la peligrosidad mucho más subjetivo. El experto realiza el estudio basándose en su conocimiento y su experiencia personal, sin sujetarse a ningún protocolo. En cambio, el método actuarial (también denominado estadístico), toma como referencia una serie de factores conocidos como ítems que, estadísticamente ha quedado comprobado, se relacionan con la peligrosidad. Por tanto, no se trata de una predicción individual que tiene en cuenta las circunstancias particulares del sujeto. En el método clínico estructurado se emplean instrumentos de predicción objetivos protocolizados –próximos en cierta medida a los instrumentos actuariales– que son interpretados por los especialistas teniendo presentes las características individuales del sujeto objeto de estudio. Este tipo de métodos son los que están siendo empleados actualmente en el medio penitenciario para diversas materias, ya que permiten evitar la ausencia de individualización propia de los criterios puramente estadísticos, a la vez que eliminan la excesiva carga subjetiva de los métodos clínicos no estructurados. Señala CAROU, *Régimen penitenciario*, p. 136, que el ejemplo penitenciario paradigmático de este último método son las Tablas de Variables de Riesgo (TVR) CAROU, *Régimen penitenciario*, p. 136. Para mayor información sobre las características y diferentes instrumentos existentes, así como los estudios realizados para comprobar el grado de acierto de los mismos, véase: MARTÍNEZ GARAY, “Pronósticos de peligrosidad”, pp. 15-26; de la misma “RisCanvi”, pp. 341- 369; y ARNOTT y CREIGHTON, pp. 78-85.

el delito¹⁷⁵⁷. Los métodos de pronóstico, en general, dejan importantes márgenes de incertidumbre frente a los que la lógica de la seguridad responde con el principio de precaución¹⁷⁵⁸.

Según la evidencia científica disponible hasta el momento, no está demostrado que los instrumentos actuariales predigan sustancialmente mejor que el método clínico. El valor predictivo positivo está, la mayor parte de las veces, claramente por debajo del 50%. Un valor predictivo positivo de 0.5 no es mejor que el mero azar como criterio predictivo: significa que de todos los sujetos que se predice que volverían a delinquir, la mitad no lo hacen. Un valor predictivo por debajo de 0.5 indica que nos hemos equivocado más veces de las que acertamos¹⁷⁵⁹. Unido a lo anterior, los estudios más recientes demuestran que la peligrosidad es sistemáticamente sobreestimada y da lugar a una proporción muy importante de falsos positivos. Además, los índices de falsos positivos (sujetos a quienes se pronostica que volverán a cometer otro delito, pero que en realidad no lo hacen) aumentan exponencialmente cuando se trata de efectuar pronósticos sobre la reincidencia relativa a delitos poco frecuentes como el asesinato, que es el principal delito para el que se prevé la PPR. En consecuencia, son precisamente estos delitos de suma gravedad, pero muy escasa frecuencia, los más proclives a la sobreestimación de la peligrosidad¹⁷⁶⁰.

MARTÍNEZ GARAY afirma que la capacidad para identificar correctamente a los sujetos que volverán a delinquir es muy limitada, sea cual sea el método empleado para predecir la peligrosidad, y añade que esta pobre capacidad predictiva no parece probable que mejore de manera significativa en un futuro cercano. Así, concluye que, teniendo en cuenta, por un lado, que la PPR presenta una dependencia muy especial de los resultados de los pronósticos de peligrosidad y, por otro, las dificultades del pronóstico de peligrosidad en relación con delitos graves cuya prevalencia es muy baja, se pone seriamente en cuestión la constitucionalidad de la PPR¹⁷⁶¹. En una línea similar, CÁMARA afirma que la concesión o no de la libertad condicional se basa en un juicio hipotético de reincidencia en una futurible probabilidad imposible de determinar con las actuales técnicas, lo que conduce a una aproximación al derecho penal de la

¹⁷⁵⁷ Recurso de inconstitucionalidad, párrafo 22.d.

¹⁷⁵⁸ ROBLES, “*Sexual Predators*”, p. 16.

¹⁷⁵⁹ No existen métodos que hayan logrado predecir con una precisión mayor que un falso positivo por cada verdadero positivo, lo que supone un éxito, en el mejor de los casos, del 50%. Véase, FLOUD y YOUNG, *Dangerousness*, pp. 20-32; MARTÍNEZ GARAY, “Predicción de peligrosidad”, p. 146; y de la misma, “Pronóstico de peligrosidad”, p. 37.

¹⁷⁶⁰ MARTÍNEZ GARAY, “Predicción de peligrosidad”, pp. 140, 148-149 y 153.

¹⁷⁶¹ MARTÍNEZ GARAY, “Pronósticos de peligrosidad”, pp. 1, 52 y 62.

peligrosidad¹⁷⁶². En opinión de CUERDA, esa imposibilidad de predecir con certeza la hipotética posibilidad de volver a cometer delitos constituye un argumento decisivo contra las penas de prisión perpetua o de muy larga duración. Así mismo, añade que, en muchas ocasiones, la duración de estas penas se vincula a la futura peligrosidad criminal, cuya predicción nunca puede ser absolutamente cierta¹⁷⁶³. Esto es lo que sucede en el caso de la PPR. Como afirma TAMARIT, a pesar de que el legislador haya dotado de carácter revisable a la PPR, el problema es que se parte de una presunción de peligrosidad (salvo prueba en contrario)¹⁷⁶⁴. Presunción que resulta absolutamente infundada, teniendo en cuenta que los delitos para los que se prevé la PPR son los que menores tasas de reincidencia presentan y que para la imposición de la PPR no se requiere la comprobación de la peligrosidad criminal¹⁷⁶⁵.

Ante este panorama, LEGANÉS considera que la precaución en ese terreno es fundamental, así, aconseja realizar una interpretación cautelosa del requisito del pronóstico favorable de reinserción, porque al igual que no se puede asegurar con total certeza que una persona reincidirá, tampoco se puede realizar el juicio contrario. Advierte de que si los tribunales pretenden obtener de los peritos pronunciamientos con este grado de contundencia la PPR no se revisará en la práctica nunca. Por ello, entiende que los tribunales deberían contentarse con informes que afirmen que la probabilidad de reincidencia es baja, o que el peligro es débil, porque difícilmente encontrarán peritos dispuestos a afirmar que es inexistente¹⁷⁶⁶.

Una cuestión procesal relevante que pone sobre la mesa DAUNIS y que afecta directamente al derecho a la libertad del reo es la relativa a la dificultad que tiene el reo (o su representante) de refutar los resultados estadísticos o matemáticos. Como ya se explicó al estudiar los permisos de salida, se aplican unas fórmulas matemáticas para obtener un porcentaje final que indica la probabilidad de reincidencia. Ante estos

¹⁷⁶² CÁMARA, “Crónica”, p. 24. CÁMARA se remite a RÍOS, *La prisión perpetua*, p. 90, donde este segundo autor explica que no es que no existan personas que puedan volver a delinquir, de hecho, el número de reincidentes está analizado y es previsible, el problema radica en determinar quiénes sí y quiénes no, y el riesgo de error es tan alto que debería considerarse inaplicable como criterio principal del que se hace depender la perpetuidad de la condena a prisión”.

¹⁷⁶³ CUERDA, *La cadena perpetua*, p. 80.

¹⁷⁶⁴ TAMARIT, “PPR”, p. 96.

¹⁷⁶⁵ Como se explicó en el capítulo primero, apartado II, en el Reino Unido, la mayoría de las penas indeterminadas (salvo la cadena perpetua preceptiva), sólo pueden ser impuestas tras contrastar la existencia de peligrosidad criminal. Concepto que se describe en la ley como el riesgo significativo para los miembros de la sociedad de sufrir graves daños como consecuencia de la comisión de delitos específicos (art. 229.1.b de la Ley de Justicia Penal de 2003). La exigencia de la peligrosidad criminal para imponer la PPR podría actuar como una garantía que impide la imposición de penas indeterminadas cuando no se trata de personas peligrosas y, por consiguiente, no es necesario condicionar la finalización de la pena a esa circunstancia.

¹⁷⁶⁶ LEGANÉS, “Pronósticos de peligrosidad”, p. 14.

resultados, los abogados, los miembros el Equipo Técnico o incluso los jueces poco pueden hacer cuando se obtenga un resultado de riesgo alto¹⁷⁶⁷.

A la vista de los problemas que caracterizan a los juicios de pronóstico (elevado grado de falibilidad y, por consiguiente, incertidumbre), MARTÍNEZ GARAY afirma que lo único que sí se puede predecir con casi total seguridad es que esta pena no se revisará casi nunca, o si se hace será tras periodos prolongadísimos de privación de libertad, cuando los operadores jurídicos puedan estar seguros de que el reo, por ser ya prácticamente un anciano, no tendrá ya posibilidades materiales de llevar a cabo conductas delictivas¹⁷⁶⁸. En la misma línea, URRUELA opina que, partiendo de que el criterio esencial para decidir sobre la libertad condicional es el de la subsistencia de peligrosidad criminal, concepto de muy difícil concreción en la práctica (como lo demuestra la imposición de medidas de seguridad fundadas exclusivamente en dicho juicio de peligrosidad), es de suponer que solo con carácter muy excepcional la reclusión no devendrá en perpetua.

Así mismo, en atención a los criterios elegidos por el legislador para revisar la PPR, CERVELLÓ considera que, sólo tomando como referencia la excepcionalidad actual de la libertad condicional y las dificultades que tendrá la persona que cumple una pena de larga duración de disfrutarla, es difícil pensar que con requisitos mucho más rígidos y tratándose de la pena más grave del CP sea previsible esperar que un sujeto consiga alcanzarla¹⁷⁶⁹. En la misma línea, RÍOS concluye que, teniendo en cuenta las dificultades de acceso a los permisos y al tercer grado, así como la imposible valoración positiva de los criterios que se establecen en el art. 92, la revisión de la PPR será casi inaplicable¹⁷⁷⁰. Según GONZÁLEZ TASCÓN y RODRÍGUEZ YAGÜE la única posibilidad de alcanzar la libertad condicional para las personas condenadas a PPR sería aquella que se produce por razones humanitarias, regulada en el art. 91 (que resulta aplicable por remisión del art. 92.3)¹⁷⁷¹.

Los destinatarios de este régimen especial son tres: los penados que hubieran cumplido la edad de setenta años, o la cumplan durante la extinción de la condena; los

¹⁷⁶⁷ DAUNIS, “Criterios”, p. 279.

¹⁷⁶⁸ MARTÍNEZ GARAY, “Predicción de peligrosidad”, p. 155.

¹⁷⁶⁹ URRUELA, “La cadena perpetua revisable”, p. 9. Este autor destaca también la influencia que ejercerá la presión social y mediática en esta decisión. También MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *DP PG*, p. 550, advierten del riesgo de que la valoración de los inconcretos criterios enumerados en el art. 92, tanto para la libertad condicional como para la revocación, se vea influida por presiones sociales vengativas, cuando se trate de casos de especial repercusión mediática.

¹⁷⁷⁰ RÍOS, *La prisión perpetua*, p. 50.

¹⁷⁷¹ RODRÍGUEZ YAGÜE, *Ejecución*, pp. 195-205 y, de la misma, “Individualización”, pp. 376-377; y GONZÁLEZ TASCÓN, “PPR”, p. 27. La investigación realizada sobre la libertad condicional por el Área de Investigación y Formación Social y Criminológica, *Libertad condicional*, 2014, p. 126, desvela que, en las condenas *muy largas*, la concesión de la LC por motivos de edad, enfermedad grave o expulsión de extranjeros está sobrerepresentada, lo que daría fuerza a las afirmaciones de los autores citados.

enfermos muy graves con padecimientos incurables, y; por último, los penados cuya vida está sometida a un peligro patente debido a su enfermedad o su avanzada edad. A los primeros y segundos se les exime del requisito temporal (satisfacción de la ½ de la condena, 2/3 o 3/4, según la modalidad de libertad condicional) y para la concesión de la suspensión se han de valorar junto a las circunstancias personales, la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del sujeto. A los terceros se les exonera de todo requisito, siendo lo decisivo que se aprecie la falta de peligrosidad relevante del penado.

C.2.4 Valoración crítica de la revisión prevista en el art. 92 CP, desde la perspectiva comparada: normativa internacional, TEDH y Reino Unido.

A lo largo de los siguientes 4 subapartados iremos analizando el sistema de ejecución de la PPR y el modelo de revisión que se ha diseñado, a la luz de la jurisprudencia del TEDH, los estándares internacionales y con aportaciones del sistema de revisión que se sigue en el Reino Unido (Inglaterra y Gales) que pueden ser de utilidad para el sistema español.

C.2.4.1 El tratamiento: Medidas adicionales y planes de compensación

En la normativa internacional existente sobre la gestión de las penas de prisión (aprobados en el seno del Consejo de Europa y en la ONU), así como también por parte del CPT (órgano dedicado a la prevención y protección de los derechos de los reclusos que opera a nivel europeo) existe un apoyo a favor de prestar especial atención a los proyectos de ejecución de las penas indeterminadas y de larga duración. Se recomienda implementar medidas adicionales y un tratamiento específico, orientado a atenuar y compensar los efectos negativos agravados que supone la larga e indeterminada duración de esas penas, como la pérdida de autoestima o de la capacidad de socializar, la indiferencia a la sociedad, la pasividad o la falta de motivación. Por ello, resulta particularmente urgente ofrecer a las personas condenadas a estas penas acceso a una amplia gama de actividades (profesionales, educativas, deportivas y de ocio) y unos planes individualizados con apoyo psicosocial¹⁷⁷².

El CPT se muestra rotundo en su 25º informe anual de 2015 al afirmar que no es suficiente tener una posibilidad puramente formal de solicitar la liberación después del

¹⁷⁷² Recomendación (2003) 23, párrafos 21-24; Reglas Penitenciarias Europeas, párrafo 103.8 y CPT, 25º Informe General, 2016, párrafo 82. Por su parte, DE LEÓN, “PPR”, 2016, p.103, afirma que la Recomendación (2003) 23 relativa a la gestión de la cadena perpetua y otras penas de prisión de larga duración establece, como principio general, una limitación de base a la configuración y gestión de la PPR en la medida en que exige que han de incrementarse y proveerse de posibilidades para que estos internos sean satisfactoriamente reinsertados en la sociedad (párrafo 2)

cumplimiento de una cierta parte del tiempo. Los Estados miembros deben asegurar, en particular por la forma en la que tratan a los presos condenados a cadena perpetua, que esa posibilidad es real y efectiva¹⁷⁷³. Esto se encuentra en la línea de lo apuntado por el TEDH en relación a la reductibilidad de las penas indeterminadas y su doble dimensión: *de iure y de facto*¹⁷⁷⁴.

Sin embargo, si nos fijamos en la regulación de la PPR, el CP no hace mención alguna a esta exigencia de la compensación, ni tampoco lo hacen la LOGP o el Reglamento Penitenciario. El legislador español no ha previsto ningún tratamiento o apoyo específico, ni planes adicionales para las personas condenadas a una PPR, a pesar de que la liberación de la liberación depende de una evolución positiva del penado y ello sólo será posible si el preso tiene acceso a un programa adecuado que tenga en cuenta la duración indeterminada de su condena, ya que esa será la única herramienta que tendrá para tratar de conseguir una revisión positiva.

Tampoco el diagnóstico que ofrece el CPT sobre las condiciones de ejecución de la cadena perpetua en otros países europeos, con más larga tradición en esta pena que España, es nada esperanzador. El CPT ha advertido de que la ausencia de actividades adecuadas se produce incluso en prisiones donde las condiciones materiales son buenas y los regímenes menos severos¹⁷⁷⁵. Además de lo anterior, también alerta de que, como consecuencia de la impredecibilidad del momento de la fecha de liberación, aunque las condiciones materiales sean muy buenas y las oportunidades de participar en actividades, existe el riesgo de que no tomen parte en esas actividades, porque no le ven ningún sentido¹⁷⁷⁶. Por ello, recomienda un mayor apoyo psicosocial destinado a estos reclusos para ayudarles a dar sentido a su estancia en prisión.

En una de las sentencias emblemáticas del TEDH también quedó patente la compleja situación que se produjo en el Reino Unido tras la aprobación de las penas indeterminadas para la protección de la sociedad en 2005. Este tribunal recogió las críticas realizadas por los jueces de la Cámara de los Lores quienes señalaron que la Secretaría de Estado había errado “deplorablemente” a consecuencia de haber introducido la IPP sin la necesaria planificación y sin un análisis realista del impacto de la medida, declarando, como consecuencia de ello, violado el art. 5.1 del CEDH¹⁷⁷⁷. Esa situación de imposible

¹⁷⁷³ CPT, 25º Informe General, 2016, párrafo 82.

¹⁷⁷⁴ El TEDH exigió esta condición, primero, en *Kafkaris* y, posteriormente, en *Vinter*.

¹⁷⁷⁵ Véase entre otros, los informes de las visitas del CPT a Albania 2005, párrafo 100; a Moldavia 2011, párrafos 10-13 de las pp. 36-37; a Reino Unido 2008, párrafos 40 y 41 y 2016, párrafos 54 y 55; a Finlandia 1998, párrafos 68-70; y a Polonia 2009, párrafos 110-112.

¹⁷⁷⁶ CPT, Informe de la visita a Hungría 2005, párrafos 82-86.

¹⁷⁷⁷ TEDH, *James, Wells y Lee c. Reino Unido*, párrafos 104, 210 y 220. El Tribunal consideró que el período comprendido desde la expiración del período punitivo hasta el momento en el que finalmente los presos tuvieron acceso

gestión de los condenados a esas penas generó altos índices de presos que, tras cumplir la tarifa, seguían privados de libertad, por la única razón de que no habían recibido un tratamiento adecuado y, por consiguiente, los comités rechazaban concederles la libertad condicional, porque no se podía comprobar un pronóstico favorable de reinserción.

Si a lo anterior se une la falta de recursos personales que se ha puesto de relieve *supra* apartado 2.C.3 y que, como señala GARCÍA VALDÉS, Instituciones Penitenciarias no sabe cómo gestionar a los condenados a penas excesivamente largas, la reinserción se verá gravemente obstaculizada en el caso de la PPR¹⁷⁷⁸. En relación con la gestión penitenciaria de estos reclusos y, más concretamente del tratamiento, RODRÍGUEZ YAGÜE destaca dos problemas que pueden plantearse en el caso de estas personas: la uniformidad en el plan de ejecución y su falta de planificación a largo plazo. La falta de recursos personales y materiales lleva a la uniformidad en el plan de ejecución ofertado a los internos, y a su vez dificulta la programación tratamental a 20, 30 o 40 años vista. Consecuentemente, la no oferta de un programa de ejecución adecuado o si el que se ofrece es irregular e improvisado, determinará, sucesivamente, la no propuesta de permisos, la no progresión a tercer grado y la no revisión de la condena¹⁷⁷⁹. De hecho, los datos que nos llegan de otros países apuntan en la misma dirección: que la finalización exitosa de los programas de rehabilitación son requisito necesario para la progresión dentro del régimen penitenciario, lo que afectará de manera directa en la duración de la PPR antes de la liberación¹⁷⁸⁰.

Por todo ello y, siguiendo lo señalado por los estándares internacionales, resulta absolutamente necesario realizar un esfuerzo mayor en la planificación de la ejecución de estas personas para configurar planes de ejecución específicos y unos regímenes adaptados a sus necesidades¹⁷⁸¹. En palabras de RODRÍGUEZ YAGÜE, en el caso de estas penas, la exigencia del mandato resocializador debe tornarse más reforzada, porque las condiciones de cumplimiento de la cadena perpetua son determinantes en el proceso

a los cursos de rehabilitación es ilegal, por ser demasiado largo (dos años y medio) y no estar justificado, rompiéndose así el nexo causal necesario entre la sentencia y la continuación de la privación de libertad.

¹⁷⁷⁸ GARCÍA VALDÉS, “Estoy en contra”, p. 176. Este autor añade que la anterior situación conduce a la desesperanza y puede llevar al condenado a desembocar en la rebelión del que nada tiene que perder.

¹⁷⁷⁹ RODRÍGUEZ YAGÜE, *Ejecución*, pp. 63-65. Esta autora señala en las pp. 71-72, en relación con la falta de planificación a largo plazo de los tratamientos que, teniendo en cuenta los delitos para los que se prevé la PPR será necesario ofrecer programas de intervención especial (como los que ha ido elaborando Instituciones Penitenciarias en los últimos años en atención a las tipologías delictivas, concretamente, los configurados para los agresores sexuales y también de violencia de género y familiar). Sin embargo, apunta que la corta duración que tienen estos programas en comparación con la larga estancia que deben pasar en prisión los condenados a estas penas constituirá un obstáculo importante. Por ello, considera imprescindible que durante la ejecución se proyecten intervenciones que evalúen, reiteren y refuercen las actuaciones realizadas en el seguimiento del programa. De lo contrario, afirma, un programa de este tipo que dura entre 1 y 2 años sin más reiteración o evaluación de los resultados, en una condena de 30 o 40 años, corre el riesgo de convertirse en mera anécdota, sin influencia real ni en la evolución positiva del interno ni en la posibilidad de acceder a las figuras que permiten su excarcelación.

¹⁷⁸⁰ PADFIELD, *Beyond the Tariff*, p. 104.

¹⁷⁸¹ Informe explicativo de la Rec 2003 (23), párrafo 50 y CPT, 25º Informe General, 2016, párrafo 82.

de revisión y condicionarán las posibilidades reales de revisión y de vuelta a la sociedad. La ejecución penitenciaria es un aspecto igual de trascendental que la regulación del sistema de revisión (con sus plazos extensos y el cuestionable conjunto de requisitos exigidos)¹⁷⁸².

Siguiendo con el plan de ejecución, las normas internacionales también recomiendan contar con el penado para su diseño, lo que se conoce como principio de responsabilidad. El objetivo es ofrecer cierto margen de decisión a los internos en la ejecución de su condena para favorecer su autonomía, responsabilidad y su implicación y, con ello, un mejor progreso hacia la reinserción¹⁷⁸³. Sin embargo, teniendo en cuenta que los criterios que se valoran para decidir si existe un pronóstico favorable de reinserción no dejan mucho margen de actuación al preso para contribuir a mejorar su pronóstico (por tratarse en su mayoría de aspectos relacionados con su pasado), no parece sencilla la aplicación práctica de este principio. Esta dificultad con la que se encontrará la persona presa para mejorar de forma activa su pronóstico, unido a tan prolongados periodos de prisión y la falta de un plan de ejecución específico, generará desesperación y desmotivación por no percibir una expectativa real de liberación, lo que repercutirá negativamente en las posibilidades de reinserción.

Otra cuestión que tiene influencia directa sobre el tratamiento es la categorización de los internos como peligrosos. Tanto el CPT como el Subcomité para la prevención de la tortura aconsejan no asociar la cadena perpetua con persona criminalmente peligrosa. Un condenado a cadena perpetua no tiene por qué ser necesariamente más peligroso que otros condenados; al contrario, muchos están interesados en vivir en un ambiente sin conflictos¹⁷⁸⁴ y no presentan más problemas disciplinarios que cualquier otro grupo de reclusos. En definitiva, como afirma COYLE la asunción automática de que las personas condenadas a largas penas son peligrosas no está respaldada por la evidencia¹⁷⁸⁵. Sin embargo, el CPT ha constatado que, en algunos países europeos, se realiza una equiparación automática de peligrosidad solo por la duración de sus penas, con la consiguiente aplicación de un régimen más severo: separación sistemática del resto de internos, aislamiento o menor oferta de actividades, con una clara vulneración del

¹⁷⁸² RODRÍGUEZ YAGÜE, *Ejecución*, pp. 65-66 y de la misma, "Estándares internacionales", pp. 270-271.

¹⁷⁸³ La Rec 2033 (23), párrafos 5 y 9, recoge ese principio y también las Reglas Penitenciarias Europeas, (reglas 103.3 y 104.2) abogan por la participación de los internos en la elaboración del plan de ejecución. Véase también CPT, 11º Informe General, 2001, párrafo 33.

¹⁷⁸⁴ CPT, 25º Informe General, 2016, párrafos 72, 76 y 81; y Subcomité, Reunión del grupo de expertos sobre las reglas mínimas para el tratamiento de reclusos, Buenos Aires, 2012, párrafo 15.

¹⁷⁸⁵ COYLE, *Prison management*, p. 138.

principio de no segregación que garantiza la no separación de internos y la no aplicación de restricciones por el mero hecho de haberse impuesto ese tipo de penas¹⁷⁸⁶.

Esas prácticas que han sido observadas por el CPT se reflejan también en nuestro país, como pone de manifiesto RORÍGUEZ YAGÜE. Las políticas y praxis penitenciarias puestas en marcha con el tipo de delincuencia a la que va dirigida la PPR coinciden con las situaciones evidenciadas por el CPT: categorización como peligrosos por el tipo de delito o la clasificación en primer grado¹⁷⁸⁷ por la repercusión mediática, aplicación de un régimen de aislamiento en solitario, alejamiento del lugar de cumplimiento o limitaciones regimentales¹⁷⁸⁸. También advierte de que la separación en el caso de la PPR no se realice por el tipo de pena impuesto o por su larga duración, sino por la tipología delictiva. Es lo que ocurre, en general, con los condenados en terrorismo¹⁷⁸⁹.

Para evitar la separación sistemática de este tipo de internos respecto del resto, la citada autora plantea como opción más recomendable los módulos de respeto existentes actualmente. En estos módulos se potencia la participación de los internos y su autorresponsabilidad, realizando asambleas generales o reuniones diarias con el educador y se creando comisiones integradas por los propios internos, quienes son los responsables de desarrollar las distintas actividades en la prisión. Esto permitiría una mejor evaluación global del interno, puesto que existe un mayor contacto entre los especialistas y el penado¹⁷⁹⁰.

Por último, otro indicador del modelo de ejecución que es probable que se adopte en el caso de la PPR, basado en la idea de que las personas condenadas a esa pena merecen

¹⁷⁸⁶ Rec (2003) 23, párrafo 7. Véase, entre otros, los informes de las visitas del CPT a Bulgaria en 2010, párrafo 119; a Armenia en 2010, párrafo 74; a Lituania en 2008, párrafo 52; a Moldavia en 2011, párrafo 16 *in fine* de la p. 38; a Ucrania en 2012, párrafo 54; y a Polonia en 2009, párrafo 91.

¹⁷⁸⁷ Sobre la probabilidad de que las personas condenadas a PPR sean calificadas en primer grado ya nos pronunciamos *supra* 2.C.2.

¹⁷⁸⁸ RORÍGUEZ YAGÜE, “Estándares internacionales”, p. 271.

¹⁷⁸⁹ RORÍGUEZ YAGÜE, *Ejecución*, p. 56.

¹⁷⁹⁰ RODRÍGUEZ YAGÜE, *Ejecución*, pp. 51-55. Esta autora descarta otras dos opciones tras analizar las complicaciones que supondrían. En primer lugar, considera que, aunque el mantenimiento de la opción seguida hasta el momento por la Administración Penitenciaria española de no establecer como criterio de separación interior la naturaleza del delito cometido ni la duración de la condena (art. 16 LOGP), sería una opción respetuosa con el principio de no segregación, puede generar en la persona condena a PPR falta de expectativas en la comparación con el resto de internos, ya que su régimen de ejecución ha sido configurado de forma más rígida con plazos de acceso a permisos de salida, el tercer grado más largos. Otro riesgo negativo que percibe esta autora es que estos internos se conviertan en invisibles ante la intervención tratamental, dado que los módulos tienen entre 60 y 120 internos. En cuanto a la segunda opción, la de destinar a este tipo de condenados a módulos *ad hoc*, aunque reconoce que esto permite ajustar el tratamiento a los largos periodos de condena, afirma que existe el riesgo de que se conviertan, en la práctica en una suerte de gueto, de segregación encubierta, con un régimen más estricto. Otro aspecto negativo sería la pérdida de esperanza de esos internos ya que ninguno tendrá acceso a permisos, tercer grado o libertad condicional durante mucho tiempo. También destaca de que, como consecuencia del reducido número reducido de personas que serán condenadas a estas penas largas y de PPR, se llevaría a cabo una política de concentración en uno o dos centros penitenciarios y, consecuentemente, su alejamiento del lugar de residencia habitual, lo que entorpecería los lazos familiares y con el entorno social.

un mayor castigo y mayor dureza en su cumplimiento¹⁷⁹¹, lo encontramos en el sistema de revisión que ha sido diseñado. A pesar de la proclamación del principio de no segregación en la Rec (2003) 23 y lo aconsejado por el CPT y el Subcomité de no identificar la cadena perpetua con persona peligrosa, la revisión prevista para la PPR parte de la presunción de peligrosidad de los condenados a cadena perpetua, al contemplar como única posibilidad de excarcelación de la PPR la previa acreditación de un pronóstico de reinserción favorable. Ello inevitablemente influirá a la hora de decidir acerca de la concesión de las diferentes figuras que se contemplan en el derecho penitenciario para suavizar el cumplimiento de la pena de prisión (permiso de salida y tercer grado).

C.2.4.2 Los criterios de revisión realistas o *de facto* alcanzables

Muy ligado a lo señalado en el apartado anterior, la Recomendación (2003) 22 sobre la libertad condicional dispone que los criterios a cumplir para alcanzar la libertad condicional deben ser “realistas”, lo que conecta con la dimensión reductible *de facto* que exige el art. 3 CEDH. Así, indica que se deben tener en cuenta la personalidad del preso, las circunstancias sociales y económicas y la disponibilidad de los programas de rehabilitación¹⁷⁹². La referencia a la disponibilidad de los programas de rehabilitación quiere insistir en que el alcance de la libertad no tiene que quedar sólo en manos del preso y de su actitud dentro de prisión. El informe explicativo de esta recomendación determina aún más los términos en los que se debe mover la revisión, señalando que no se deben utilizar criterios relacionados con el tipo de delito cometido o la peligrosidad de delincente en el momento de comenzar a cumplir la pena, y que el núcleo de la revisión deben constituirlo la valoración de la situación actual y las perspectivas del recluso¹⁷⁹³. En una línea similar, la Resolución (76)2 también se opone a que las consideraciones de prevención general puedan utilizarse para denegar la libertad condicional¹⁷⁹⁴.

Según el sistema de revisión que ha configurado el legislador español, para conseguir la libertad condicional es necesario cumplir un periodo de tiempo, estar en tercer grado y obtener un pronóstico favorable de reinserción. La dificultad que supone conseguir un pronóstico de reincidencia favorable es indiscutible, pero otra de las

¹⁷⁹¹ Acerca de la relación que históricamente han tenido la pena de muerte y la cadena perpetua y con ello la idea de que la ejecución de esa última pena debe tener una mayor severidad (pensamiento que aún persiste en el imaginario de la opinión pública de varios países europeos), véase RODRÍGUEZ YAGÜE, *Ejecución*, pp. 242-245.

¹⁷⁹² Rec (2003) 22, párrafo 18.

¹⁷⁹³ Informe explicativo, CM (2003)109-Add 5, párrafo 18.

¹⁷⁹⁴ Párrafo 10 de la Resolución (76) 2 sobre el tratamiento de los reclusos condenados a penas de prisión de larga duración (aplicable también a la cadena perpetua, por indicación del párrafo 11).

dificultades previas a las que se enfrentará la persona condenada a una pena de PPR es la de estar clasificado en el tercer grado penitenciario.

En los delitos para los que se prevé la PPR no es nada frecuente reunir las circunstancias favorables para ser clasificado en tercer grado, lo que puede dar lugar a que haya sujetos que tras veinticinco años de cumplimiento no hayan podido pasar del segundo grado, lo que les va a impedir que su caso sea revisado para una posible concesión de la libertad condicional¹⁷⁹⁵. De hecho, si nos fijamos en las cifras, éstas indican que sólo entorno al 20% de los presos de entre disfrutaban de este beneficio¹⁷⁹⁶. Además, es importante resaltar que esos datos hacen referencia a las penas de prisión ordinarias, es decir, a personas condenadas por delitos más leves que los que han sido condenados a una PPR, lo que hace sospechar que las cifras de libertad condicional de las personas condenadas a la nueva pena de prisión serán aún más bajas si cabe. A modo comparativo, en un sistema como el del Reino Unido, con larga tradición de penas indeterminadas, y donde también las decisiones relativas a la progresión de grado están inexorablemente unidas con el procedimiento de concesión de la libertad condicional, los datos que nos llegan no son nada esperanzadores: Pocos condenados a cadena perpetua en el Reino Unido son puestos en libertad condicional una vez cumplen la parte de la pena llamada tarifa¹⁷⁹⁷.

Si atendemos al Estatuto de Roma que castiga los crímenes más graves, sólo prevé un requisito para la revisión de la pena: haber cumplido 25 años de prisión. Por tanto, es posible que el reo sea liberado sin haber pasado previamente por el tercer grado penitenciario, éste no será un obstáculo, como ocurre en el sistema español. Tampoco el TEDH hace referencia alguna a esa exigencia, sólo indica que deberá realizarse una revisión de la pena al cabo de un tiempo, que aconseja se fije en los 25 años.

En este punto, surge la duda de si exigir como condición *sine qua non* estar en tercer grado puede ser considerado realista, en términos de la citada Recomendación o reductible *de facto*, en términos del TEDH, teniendo en cuenta los bajos índices de concesión del tercer grado, la ausencia de programas adicionales dirigidos a estas personas y que, al ser una pena indeterminada, el no alcance del tercer grado supondrá la imposibilidad de salir de prisión. Esto nos obliga a replantear el sistema de ejecución en el caso de la PPR y a poner el foco no sólo en el procedimiento de libertad condicional, sino también en el tercer grado, ya que supone un claro obstáculo para conseguir aquella. Ante esta situación, considero que, si llegada la fecha de revisión el preso no se encuentra

¹⁷⁹⁵ CERVELLÓ, *Prisión perpetua*, p. 215.

¹⁷⁹⁶ Véase *supra*, apartado 4.B y nota al pie 1690.

¹⁷⁹⁷ PADFIELD, *Beyond the Tariff*, p. 83.

en tercer grado, a pesar de ello, debería ser posible llevar a cabo la revisión y, en su caso, alcanzar la libertad.

Centrándonos en el requisito del pronóstico de reinserción favorable necesario para alcanzar la libertad condicional, además de las críticas ya mencionadas *supra* 4.C.2.3 respecto a la elección de los criterios que han de valorarse para la obtención de ese informe, otro de los puntos reprochables es, como apunta LANDA, su articulación acumulativa e inflexible por la potencialidad que tienen para bloquear *de facto* la efectividad del mecanismo de revisión¹⁷⁹⁸. Este autor considera que la forma de materializar el sistema de revisión en el ámbito español, en comparación con el del Estatuto de Roma, ha dado resultados muy intrusivos por la falta absoluta de flexibilidad del CP de 1995.

El estatuto no exige la valoración acumulativa de todos los criterios que recoge: La concurrencia de uno o más de ellos es suficiente para producir una reducción de la pena perpetua¹⁷⁹⁹. Como ya se explicó al estudiar la normativa internacional, entre los criterios se encuentran, por ejemplo, la conducta del condenado que revele la disociación de su crimen, las posibilidades de reinsertar en la sociedad al condenado, su voluntad de cooperar con la Corte en las investigaciones, su actitud facilitadora de la ejecución de las decisiones de la Corte en otros casos o cualquier medida tomada en beneficio de la víctima. Estas circunstancias son valoradas de forma positiva para una posible reducción de la pena, sin exigir la valoración conjunta de todas ellas y de forma acumulativa; es decir, no actúan como requisitos o presupuestos *sine qua non* para la revisión, sino como criterios orientadores para la posible liberación del reo. En resumen, la cadena perpetua prevista en el Estatuto de Roma para los crímenes más graves se caracteriza por la flexibilidad de su régimen de ejecución¹⁸⁰⁰.

El TEDH también se ha pronunciado sobre qué circunstancias han de valorarse en la revisión para que se entienda que ésta cumple con la exigencia del art. 3 CEDH. Si en la revisión sólo se valoran factores relacionados con razones humanitarias (enfermos terminales o incapacitados físicamente) y, por consiguiente, solo es posible conseguir la libertad condicional en esos limitados casos, esta revisión no será suficiente a efectos de ese precepto. En otras palabras, si la posibilidad de alcanzar la libertad condicional queda excluida para los condenados a cadena perpetua en quienes no concurren esas circunstancias, se entenderá vulnerado el art. 3. Por el contrario, el TEDH ha entendido

¹⁷⁹⁸ LANDA, “Fines de la pena”, p. 111.

¹⁷⁹⁹ Art. 110.4 del Estatuto y art. 224 de las Reglas de procedimiento.

¹⁸⁰⁰ Como explicó al hablar de la normativa internacional, *supra*, capítulo segundo, apartado I, también el régimen de imposición de esta pena se define por su flexibilidad, ya que el juez goza de discrecionalidad a la hora de elegir esa pena o una pena determinada y no se prevé un régimen más severo para el concurso de delitos.

que se cumple con las exigencias de este precepto cuando en la revisión se tienen en cuenta, además de la salud o la compasión, cualquier cambio positivo en la personalidad del reo (Bulgaria), la mejora que ha demostrado, si se espera que se comporte de manera adecuada en el futuro (Eslovaquia) o también cuando se valoran la peligrosidad, su comportamiento y la evolución de su personalidad (Francia). El Tribunal ha indicado expresamente que la revisión debe tomar como objeto esencial de la valoración los cambios experimentados en el preso y la evolución producida hacia la rehabilitación, ya que, en caso de producirse una modificación importante en esos dos factores, la continuación en prisión ya no se justificará por razones legítimas penológicas. Incluso ha afirmado que no tener en cuenta debidamente la evolución de la persona presa, una vez se ha cumplido el plazo punitivo, puede contravenir el art. 3 CEDH¹⁸⁰¹.

Como se puede observar, no se exige el cumplimiento concurrente de una serie de requisitos; en cambio, existe una clara primacía de los criterios relacionados con la reinserción y la prevención especial. Por tanto, los estados miembros no tienen discrecionalidad absoluta para establecer los criterios de evaluación: no pueden limitarse a las razones compasivas y han de tener en cuenta la evolución experimentada por el reo como criterio preponderante. En caso de que esa evolución sea significativa no cabe alegar razones retributivas para mantener al preso en prisión¹⁸⁰².

Como señala LANDA, la doctrina del TEDH articula los criterios de revisión de las penas perpetuas con una clara inclinación hacia consideraciones de reinserción; la reinserción debe ser el criterio rector, preponderante y decisivo. De no hacerlo así, advierte, existe el riesgo de que los criterios revisores se interpreten de forma restrictiva, tal y como se ha venido haciendo hasta ahora en el caso de las penas largas y, por consiguiente, las personas condenadas a PPR permanezcan en prisión para siempre¹⁸⁰³.

Además de lo anterior, el TEDH también ha señalado que el preso debe conocer desde el inicio qué puede hacer para conseguir la libertad condicional, por ello, una revisión que se basa en criterios discrecionales como si el periodo cumplido es suficiente para satisfacer los fines retributivos y de prevención general, si es seguro poner en libertad al preso y si existe una aceptación de la sociedad sobre la puesta en libertad del preso no

¹⁸⁰¹ TEDH, *Vinter c. Reino Unido*, párrafos 119, 127 y 129; TEDH, *Harakchiev c. Bulgaria*, párrafo 258; TEDH, *Cacko c. Eslovaquia*, párrafo 43; TEDH, *Bodein c. Francia*, párrafo 60; TEDH, *Hussain c. Reino Unido*, párrafo 53

¹⁸⁰² TEDH, *Vinter c. Reino Unido*, párrafo 119.

¹⁸⁰³ LANDA, “PPR”, pp. 49, 56-57 y 66-67; del mismo, “Fines de la pena”, p. 99; del mismo, “Prisión perpetua”, pp. 25 y 36; y del mismo, “Long-term Imprisonment”, p. 404. Ante esta situación, considera este autor que el TC debería jugar un papel más proactivo y acentuar el estándar bajo el cual la reintegración debería ser objeto de una nueva interpretación que posibilite controlar de forma más estricta la ejecución de las penas larga y la cadena perpetua. Ello podría hacerse, propone LANDA, siguiendo el modelo que parece haber iniciado el TEDH, que diferencia, por un lado, los objetivos de la pena que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar la pena y, por otro, los objetivos que deben perseguirse en la ejecución.

se respetará el CEDH, en este caso el art. 7, por tratarse de criterios claramente vagos desde la perspectiva del principio de legalidad¹⁸⁰⁴. Debe resaltarse también que la jurisprudencia reciente de este Tribunal ha extendido la protección que ofrece el art. 7 en lo relativo a la prohibición de irretroactividad a la fase de la ejecución, lo que supone que una nueva interpretación judicial sobre aspectos relacionados con aquélla, pero que afectan a la esencia misma de la pena (alargando la estancia en prisión o estableciendo mayores restricciones para alcanzar la libertad condicional) serán contrarias al CEDH si son desfavorables y no cumplen con el estándar de previsibilidad.

Siguiendo con el art. 3 CEDH, la propia Exposición de Motivos (II) de la LO 1/2015, en aras a justificar la conformidad de la PPR con el CEDH (y también su constitucionalidad¹⁸⁰⁵), manifiesta que es precisamente la previsión de una revisión la que hace que una pena indeterminada, como es la PPR, sea compatible con ese precepto. Sin embargo, esto no es del todo exacto. Por una parte, porque, como acabamos de señalar, el TEDH ha indicado que la revisión no puede estar configurada de forma que sólo permita poner en libertad a una persona cuando existen razones humanitarias. Esta exigencia se respeta en la regulación española, ya que, la libertad condicional está al alcance de todo penado a una PPR que pueda demostrar que existe un pronóstico favorable y no solo en aquellos en los que concurran esas circunstancias excepcionales. Por otra parte, porque la previsión de una revisión en esos términos, sólo cubriría la dimensión *de iure* de la reductibilidad que exige el art. 3 CEDH.

El Tribunal de Estrasburgo ha declarado que la pena ha de ser reductible también *de facto*, lo que significa que las condiciones para optar a la libertad condicional deben ser alcanzables en la práctica (o en términos de la Rec (2003) 22, “realistas”). Esto tiene dos claras implicaciones o consecuencias. La primera, que los requisitos que deban cumplirse para llegar a la libertad condicional deben ser alcanzables, *a priori*, por cualquier persona condenada a una pena indeterminada (de ahí que la revisión no pueda limitarse solo a los casos en que existen razones humanitarias). La segunda, que los presos tengan acceso a programas de reinserción para poder demostrar su progreso hacia la libertad, porque si no, la revisión será algo meramente formal y la libertad inalcanzable; la pena será irreductible *de facto*.

¹⁸⁰⁴ TEDH, *Stafford c. Reino Unido*, opinión concordante de los Magistrados del TEDH, Zagrebelsky y Tulkens, pp. 4 y 5. Así mismo, afirman en relación con esos criterios que el segundo, y sobre todo el tercero, no se refieren al delito cometido ni a la personalidad del delincuente en el momento en que se cometió, sino únicamente a la condición del preso y su peligrosidad durante su detención. En cuanto al tercer criterio, añade que no tiene absolutamente en cuenta la responsabilidad del prisionero, ya que se refiere a las demandas de la opinión pública.

¹⁸⁰⁵ Sobre constitucionalidad me referiré, en mayor detalle, *infra* apartado 5.

En relación con este segundo extremo, como señala MEIJER, desde el caso *Murray* (2016), ya no hay dudas de que la rehabilitación constituye una obligación positiva¹⁸⁰⁶, es decir, que los estados tienen la obligación de ofrecer programas de rehabilitación a los presos cuya libertad condicional depende de que quede acreditado que no existe riesgo de reiteración delictiva; de lo contrario, podría vulnerarse el art. 3 por ser la pena irreductible *de facto*¹⁸⁰⁷.

La rehabilitación como obligación positiva también ha sido confirmada en el contexto del art. 5.1.a CEDH. El tribunal de Estrasburgo ha manifestado que si no se ofrecen programas de rehabilitación cuando la privación de libertad únicamente se fundamenta en la peligrosidad criminal, se vulnerará el señalado precepto (*James, Wells y Lee c. Reino Unido*). En este caso, la contravención del CEDH se produciría por la rotura de la garantía de la relación que ha de existir entre el objetivo de la sentencia y el lugar y las condiciones de la ejecución, por la ausencia de programas de rehabilitación que le permitan demostrar que su peligrosidad ha desaparecido. El TEDH entiende que la tarifa marca un punto diferencial, a partir del cual solo puede mantenerse a una persona en prisión si existen razones de peligrosidad criminal. Consecuentemente, si la persona sigue privada de libertad más allá de ese periodo, la única razón que puede legitimar esa privación es la peligrosidad, y ello, incluso aunque la sentencia original no fuera impuesta por la peligrosidad del delincuente, sino exclusivamente por la gravedad del delito cometido (o por ambas razones: gravedad del delito y peligrosidad). Por ello, es necesario que existan programas de rehabilitación para que el reo pueda demostrar que ya no hay razones para seguir manteniéndolo en prisión, evitando de esta manera que la revisión sea algo meramente formal sin expectativas de alcanzar la libertad condicional. En caso contrario, la continuación de la privación de libertad más allá de la tarifa sin acceso a programas, vulneraría el art. 5.

Por tanto, la obligación de poner a disposición del preso programas de rehabilitación con suficiente antelación al cumplimiento del plazo punitivo es insoslayable, porque esa es la única vía que tendrá la persona interna para demostrar que ha evolucionado favorablemente y, por consiguiente, poder optar a la libertad. Las penas de cadena perpetua deben ofrecer los medios necesarios para que el penado pueda

¹⁸⁰⁶ TEDH, *Murray c. Países Bajos*, párrafo 104 y MEIJER, “Rehabilitation”, pp. 145 y 159.

¹⁸⁰⁷ Así se determinó, recientemente, en el caso *Murray* (2016), párrafos 116 y 118-127, ya que el preso, a pesar de haber sido diagnosticado de una psicopatía no recibió tratamiento adecuado, lo que llevó al tribunal a denegar la libertad condicional en más de una revisión por entender que seguía existiendo riesgo de reincidencia. El TEDH concluyó que se vulneró el art. 3, porque la pena era irreductible *de facto*. Si lo que ha de valorarse en la revisión es, principalmente, la evolución hacia la rehabilitación, parece lógico que se exija al Estado la puesta a disposición del preso de las actividades necesaria para conseguir tal fin.

conseguir aquel objetivo¹⁸⁰⁸. En palabras del Tribunal, la oportunidad real para la rehabilitación es un elemento necesario de cualquier parte de la privación de libertad que esté justificada exclusivamente en función de la protección de la sociedad¹⁸⁰⁹. De esta forma, el TEDH descende en las condiciones materiales de ejecución de la prisión perpetua¹⁸¹⁰ y vincula la ausencia de unos medios adecuados para alcanzar la libertad directamente con la vulneración del art. 5 CEDH.

En relación con el momento de la ejecución de los programas de rehabilitación, resulta necesario traer a colación la constatación realizada por un estudio llevado a cabo en Cataluña. Éste identificó que el 52,6% de casos llegan a la libertad condicional más tarde del plazo legalmente establecido (esa cifra hace referencia a las penas determinadas). En cuanto a las razones que explican este retraso, los profesionales apuntaron varios hechos imputables a la Administración, entre los que citan, la demora en el inicio de los programas individualizados de tratamiento (PIT). Esto genera la paradoja de que algunos internos no pueden progresar de grado o acceder a la LC por no haber llevado a cabo el programa, no haberlo acabado o por estar a la espera de que se complete, debido a que no existe la posibilidad de proseguir en medio abierto (no está previsto, no hay recursos o no está interiorizado como una tarea de medio abierto)¹⁸¹¹. Esto es preocupante, especialmente, para la nueva pena de PPR, porque sin un programa de rehabilitación adecuado que haya superado el preso, será prácticamente imposible que la revisión resulte exitosa y, por consiguiente, pueda salir de prisión.

Para terminar, a modo de síntesis, como señala DE LEÓN, siguiendo al TEDH y la normativa europea, en la configuración de la PPR no sólo es suficiente con que exista una adaptación formal de los periodos de revisión a la jurisprudencia del TEDH, sino que también es necesario que exista una adaptación material a los estándares europeos en materia de ejecución¹⁸¹². En la misma línea, señala el recurso de inconstitucionalidad que el mero sometimiento a condición de revisión no es suficiente para garantizar que la PPR respeta el art. 3 CEDH y la privación de libertad no es arbitraria a efectos del art. 5.1 CEDH; es necesario que vaya acompañada de específicos programas de rehabilitación, lo que no se contemplan en la legislación¹⁸¹³.

¹⁸⁰⁸ DE LEÓN, “PPR”, p. 104; y DAUNIS, “Acervo punitivo”, p. 88.

¹⁸⁰⁹ “*Real opportunity for rehabilitation is a necessary element of any part of the detention which is to be justified solely by reference to public protection*”. Véase TEDH, *James, Wells y Lee c. Reino Unido*, párrafo 209.

¹⁸¹⁰ DAUNIS, “Acervo punitivo”, pp. 88 y 89.

¹⁸¹¹ Área de Investigación y Formación Social y Criminológica, *Libertad condicional*, 2014, pp. 290-291 y 306.

¹⁸¹² DE LEÓN, “PPR”, 2016, p. 104.

¹⁸¹³ Recurso de inconstitucionalidad, párrafo 14 *in fine*.

C.2.4.3 El plazo de revisión y su vinculación a la tarifa inglesa. La revisión *Vinter* y la revisión post-tarifa en la PPR

Como se explicó al analizar la jurisprudencia del TEDH sobre las penas indeterminadas, *supra* capítulo segundo, apartado II, existen dos tipos de revisiones a la luz del CEDH. Dependiendo del tipo de revisión, se derivan unas consecuencias diferentes. Lo que determina el tipo de revisión que procede realizar es la tarifa o plazo punitivo¹⁸¹⁴.

La revisión post-tarifa es la que entra en juego una vez se ha superado el plazo punitivo. A partir de ese momento, el TEDH analiza la existencia del nexo causal que se recoge en el art 5.1 y ello tiene una serie de consecuencias tanto materiales como procesales. En cuanto a las primeras, la única razón que podrá legitimar la continuación de la privación de libertad será la probabilidad de comisión de delitos similares al hecho por el que se cumple condena. Así mismo, el no ofrecimiento de programas de reinserción será causa suficiente para determinar que la privación de libertad es arbitraria. En cuanto a las consecuencias procesales, el sujeto tendrá derecho a una audiencia oral ante un órgano que tenga carácter judicial (lo que significa que debe ser independiente del ejecutivo y tener competencia para decidir acerca de la legalidad de la privación de libertad y ordenar la libertad; no solo aconsejar), y estará asistido de una serie de derechos procesales (art. 5.4).

En cambio, la revisión *Vinter* entra en juego al cumplir 25 años de condena. Esta revisión se aplica a todas las penas indeterminadas, aunque la legislación nacional no haya establecido una tarifa. Es una garantía de mínimos; un estándar de protección de Derechos Humanos que el TEDH ha configurado para garantizar la compatibilidad con el art. 3 CEDH. En esta revisión se valorarán todos los elementos penológicos de nuevo, no solo las razones de prevención especial (aunque es cierto que la reinserción tiene un papel central, un peso mayor, como se ha argumentado antes). Respecto al órgano competente para llevar a cabo la revisión, el TEDH ha señalado que puede ser un órgano judicial o el ejecutivo, siendo necesaria en este segundo caso la posibilidad de interponer un recurso judicial.

Como se puede comprobar, determinar si los plazos que recoge el CP español son equiparables a la tarifa inglesa es importante, porque de ello derivarán diferentes consecuencias legales. Por ello, en los siguientes párrafos explicaremos si es posible afirmar esa equiparación.

¹⁸¹⁴ Como se explicó en el capítulo primero, apartado II, ese plazo hace referencia al periodo que el preso debe permanecer en prisión para satisfacer la finalidad punitiva. Véase nota al pie 506 y apartado 4.B.3.

En el sistema británico se establece una tarifa concreta e individual para cada caso en la fase declarativa, valorando las circunstancias y elementos del delito que se juzga. De esta forma, ese plazo delimita la satisfacción de las razones punitivas y, por ello, cuando se haya cumplido ese plazo de encierro la revisión que se ejecuta es una revisión post-tarifa del art. 5.4 CEDH¹⁸¹⁵. Sin embargo, en España, los plazos que recoge el CP de 25, 28, 30 o 35 son plazos genéricos, que no se establecen de forma individual en la fase de determinación de la pena, por lo que, *a priori*, parece que no podría equipararse al sistema de tarifas que prevé el RU. Otras razones que pueden hacer pensar que no estamos ante un plazo punitivo, son las siguientes. Por un lado, el plazo de 25 años, en concreto, coincide exactamente con el plazo que señala el TEDH para las revisiones *Vinter*. Por otro lado, si atendemos a los elementos que exige valorar el CP (art. 92), se podría pensar que se trata de una revisión *Vinter*. Los criterios que se prevén en dicho precepto no sólo recogen aspectos relacionados con la peligrosidad (por ejemplo, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por la reiteración delictiva), sino también otros relacionados con el delito cometido (como, por ejemplo, las circunstancias del delito, o los antecedentes) y también otros como la personalidad del sujeto o las circunstancias familiares y sociales.

Sin embargo, a pesar de las anteriores razones que parecen descartar la equiparación del plazo de revisión con la tarifa, existen otros motivos de mayor peso que nos llevan a concluir que ese plazo sí podría ser equiparable a aquélla. En primer lugar, si atendemos a la exposición de motivos (II), se indica que la fijación de ese plazo se impone teniendo en cuenta la cantidad de delitos cometidos y su naturaleza, por lo que hay una clara vinculación con el fin punitivo. Así, los arts. 36 y 78 bis establecen diferentes plazos en función de esos criterios, distinguiendo el art. 78 bis los plazos en función del tipo de concurso del que se trate y de si es un delito de terrorismo o no. En segundo lugar, si atendemos a los supuestos en los que se aplica la PPR y la fecha de revisión prevista, observaremos que esa fecha guarda cierta vinculación con los plazos punitivos establecidos para las penas determinadas. Así, por ejemplo, en el caso del asesinato cometido tras un delito sexual (art. 140.1.2º), la revisión se establece a los 25 años, plazo que, si se compara con la pena determinada que hubiese correspondido antes de la introducción de la PPR¹⁸¹⁶, prácticamente es la misma, porque al tratarse de un

¹⁸¹⁵ Como se ha señalado en el capítulo primero, apartado II 4.B.3, la tarifa es el resultado de reducir a la mitad la duración que habría correspondido aplicar de tratarse una pena determinada. Esta operación matemática no se sigue en la cadena perpetua preceptiva. Para esos casos, se prevén unas penas de partida concretas “*starting point*” que se recogen en el anexo 21 de la Ley de Justicia Penal de 2003, cuya duración se reducirá o aumentará dependiendo de la existencia de atenuantes y agravantes, dando como resultado la tarifa a aplicar.

¹⁸¹⁶ La comparación se realiza con la regulación anterior, ya que actualmente tras ampliarse el plazo establecido para el asesinato de 20 a 25 años (oscilando la pena abstracta entre los 15 y 25 años, art. 139), el límite máximo a imponer

concurso de delitos en el que uno de los delitos está penado con una pena de hasta 20 años (el asesinato), el límite serían 25 años (art. 76.1.a)¹⁸¹⁷. Del mismo modo, si atendemos a otro de los supuestos en los que se aplica la PPR, los asesinatos múltiples (art. 140.2), la revisión se realiza en ese caso a los 30 años (art. 78 bis), es decir, en un plazo muy parecido al que habría sido aplicable antes de la entrada en vigor de la PPR, ya que se habría impuesto una pena determinada de 25 años (por aplicación del art. 76.1 a) o incluso de 30 años en caso de que se apreciase más de una agravante específica (art. 140 en relación con el art. 76.1.b), por lo que vuelve a apreciarse una relación con el plazo punitivo establecido en las penas determinadas¹⁸¹⁸. En cuanto al resto de supuestos en los que se aplica la PPR, también se observa una vinculación entre el plazo de revisión previsto y la pena de prisión determinada que hubiera correspondido antes de la entrada en vigor de la PPR.

Un tercer y último argumento a favor de vincular los plazos de revisión que recoge el CP a la tarifa es que, según indica el art. 92, la revisión de la pena se llevará a cabo mediante un procedimiento oral contradictorio, lo que parece aludir al art. 5.4 CEDH. Como se explicó en el capítulo segundo, apartado II, el objetivo de este precepto es controlar la legalidad de las penas de prisión, verificando si la prolongación de la situación de la privación de libertad más allá del plazo punitivo respeta la identidad de causa o fundamentación que exige art. 5.1.a. Así, establece que, si han de valorarse circunstancias susceptibles de cambio, como la peligrosidad, debe llevarse a cabo un procedimiento oral contradictorio. Por tanto, las consideraciones relacionadas con el riesgo de reincidencia son las únicas razones que pueden justificar, a la luz del CEDH, una denegación de la privación de libertad más allá del plazo punitivo.

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos, la tesis que se defiende es la siguiente. Dado que existe una relación entre los plazos establecidos por el CP y los plazos punitivos previstos para las penas determinadas y teniendo en cuenta que la revisión *Vinter* es una garantía de mínimos, cuando el CP prevé el plazo de 25 años, en ese momento debería ejecutarse directamente una revisión post-tarifa, es decir, aquella en la que únicamente se valoren los elementos relacionados con la peligrosidad. Eso supone que el Estado no podría justificar la privación de libertad por razones punitivas, sino

en caso de concurso real de delitos serían 30 años, por aplicación del art. 76.1.b, porque la ley prevé una pena superior a 20 años.

¹⁸¹⁷ Aunque es cierto que, dependiendo de las penas concretas impuestas por cada uno de esos delitos, el resultado podría ser inferior al límite de 25 años, lo que obligaría a aplicar la suma resultante y no los 25 años.

¹⁸¹⁸ De hecho, aunque en este caso esos plazos no sean idénticos (me refiero a los 25 años frente a los 30), ello se debe a que la pena del asesinato se ha elevado de 20 a 25 años tras la reforma del 2015, lo que significa que, con la regulación actual del asesinato y sin la existencia de la PPR, se aplicaría una pena determinada, en cuyo caso, conforme al art. 76, el límite máximo de cumplimiento se establecería en 30 años y no en 25 (porque como se ha dicho, en la actualidad, el CP prevé una pena superior a 20 años para el asesinato).

exclusivamente por razones de peligrosidad criminal, y más concretamente, probabilidad de cometer otro delito similar al que determinó la imposición de la PPR. Sin embargo, como ya se ha subrayado previamente, la valoración de la posible reiteración delictiva no puede relegar a segundo plano la valoración de la conducta del preso y su progreso: el esfuerzo realizado por éste durante la ejecución debe ser el elemento preponderante. En cuanto a las evaluaciones periódicas, es decir, aquellas que se efectuarán cada dos años en caso de no concederse la libertad condicional en la primera revisión, también en éstas deberá realizarse una revisión post-tarifa, porque la parte punitiva ya habrá sido satisfecha cuando se cumplió el plazo de la primera revisión.

En relación con el resto de plazos fijados por el CP que superan los 25 años en casos de concurso de delitos (28, 30 y 35) considero, siguiendo a VAN ZYL, WEATHERBY y CREIGHTON, que una vez se hayan cumplido 25 años de condena, debería producirse una revisión *Vinter* (garantía de mínimos) y después, al cumplir 28, 30 o 35 años, debería llevarse a cabo una revisión post-tarifa¹⁸¹⁹. Recordemos que el TEDH hizo referencia por primera vez al plazo de 25 años al estudiar la legalidad de la aplicación de una de las modalidades de cadena perpetua más duras que existían en el RU (*whole life sentence*) y que estaban reservadas para los casos más graves¹⁸²⁰, razón por la cual no se establecía ningún plazo mínimo después del cual se pudiera optar a la libertad condicional. Por tanto, si en el caso de una de las penas más graves el Tribunal considera adecuado realizar la revisión a los 25 años y, sin embargo, en el caso de otras penas indeterminadas en las que se establece una tarifa concreta -lo que presupone la comisión de unos delitos menos graves que los que reciben una “*whole life sentence*”-, se realiza a los 37 o 40 años, se generaría una anomalía en el sistema de revisión. Así mismo, añaden los citados autores que para impedir que las penas de prisión determinadas superiores a 25 años se utilicen para eludir la revisión de la legalidad prevista para las penas indeterminadas, aquéllas también deberían estar sujetas a una revisión *Vinter*¹⁸²¹.

¹⁸¹⁹ VAN ZYL y otros, “Whole Life Sentences”, p. 21. En el recurso de inconstitucionalidad presentado, párrafos 20 *in fine* y 22.f, se afirma que las revisiones previstas para 28, 30 y 35 años no cumplen con las exigencias derivadas del respeto de la dignidad humana y a la prohibición de las penas inhumanas o degradantes del art. 3 CEDH y art. 15 CE, porque se alejan del consenso y las recomendaciones internacionales. Añaden que dichos plazos, por sí mismos y por insertarse en un sistema que no ha previsto instrumentos específicos de resocialización, no permite concluir que se habilite una oportunidad cierta de excarcelación capaz de minorar los graves padecimientos que la reclusión de por vida conlleva.

¹⁸²⁰ Este tipo de cadena perpetua se aplica para los casos más graves, por ejemplo, cuando el delincuente comete un asesinato de dos o más personas y cada asesinato se haya cometido con: a) un alto grado de premeditación o planificación; b) el secuestro de la víctima, o c) la conducta sexual o sádica. Para mayor información, véase el capítulo primero, apartado II.4.B.2.1.

¹⁸²¹ VAN ZYL y otros, “Whole Life Sentences”, p. 21. Como señalan VAN ZYL y otros, en Sudáfrica el art. 73.6 de la Ley de Servicios Correccionales 111 de 1998 establece que los presos con condenas a cadena perpetua y los que tienen condenas determinadas muy largas, incluyendo penas acumulativas, deben ser considerados para la libertad condicional después de haber cumplido 25 años.

Aparte de las razones anteriormente expuestas, existe otra que nos lleva a defender que la revisión a realizar en los plazos establecidos por el CP debería ser una revisión post-tarifa del art. 5.1.a. Si la revisión a realizar no fuera de ese tipo, sino una *Vinter*, se entraría a valorar todos los elementos penológicos de la condena, lo que permitiría denegar la libertad condicional en base a razones punitivas en cada una de las revisiones que se realicen (tanto en la primera como en las periódicas). Esto podría entrar en colisión con el art. 3 por varios motivos: primero, porque la longitud de la pena podría ser considerada desproporcionada (*grossly disproportionate*) a la gravedad del hecho cometido; y segundo, porque no se cumpliría con la exigencia que establece el TEDH, cuando dispone que el preso debe saber, desde el inicio, qué es lo que debe hacer para disfrutar de la libertad condicional, ya que la puesta en libertad no dependerá del preso, sino de que el tribunal que realiza la revisión considere que el tiempo que lleva en prisión es suficiente para satisfacer la finalidad punitiva.

Además de lo anterior, si la razón que permite prolongar la privación de libertad es, una y otra vez, de índole retributiva y de prevención general, parece que lo coherente habría sido imponer una pena determinada, porque la comisión del delito ya se ha producido y, por consiguiente, es posible valorar y determinar la duración concreta que corresponde aplicar para que la pena pueda cumplir esas finalidades. De hecho, el propio marco legal abstracto que se prevé para cada delito tiene en cuenta esas consideraciones y, por tanto, se entiende que la pena cuya duración se fija dentro de ese rango cumple con aquellos fines. En otras palabras, si el objetivo que se persigue con la imposición de una pena indeterminada es el de controlar la salida de prisión, es de presumir que la razón de esa intervención se encuentre en la idea de que el preso puede volver a cometer nuevos delitos. De lo contrario, si lo que se persigue es imponer un castigo proporcional a la gravedad del delito cometido o que la pena de prisión cumpla con las finalidades preventivo generales, debería imponerse una pena determinada.

Por todo lo anterior, considero que a partir del cumplimiento de los plazos establecidos por el CP (25, 28, 30 o 35) la finalidad retributiva debería decaer a favor de una interpretación desde la prevención especial positiva (reinserción) de los criterios del art 92 CP. La propia Exposición de motivos (II) de la LO 1/2015, señala que una de las finalidades que persigue la PPR es la rehabilitación¹⁸²². Por tanto, el fin de la prevención especial debería tomar protagonismo, sobre todo y muy especialmente, a partir de la primera revisión, en detrimento de las razones punitivas.

¹⁸²² Exposición de motivos nº II: “Se trata de una institución que compatibiliza la existencia de una respuesta penal ajustada a la gravedad de la culpabilidad, con la finalidad de reeducación a la que debe ser orientada la ejecución de las penas de prisión”.

MARTÍNEZ GARAY también considera que los plazos de revisión trazan un punto diferencial, a partir del cual, la privación de libertad solo se fundamenta en razones de peligrosidad, y explica el papel fundamental que tiene esa distinción en el caso de la PPR, en contraste con las penas determinadas. Así, señala que cuando en una pena temporalmente acotada no se concede la suspensión, los permisos, o la libertad condicional debido a un pronóstico desfavorable, la incertidumbre sobreestimación de la peligrosidad que se haya realizado podría verse compensado por el hecho de que el sujeto, aunque ya no fuera peligroso, está cumpliendo aún una pena justificada en atención a su culpabilidad por el hecho cometido. Es decir, aunque pueda haber desaparecido o disminuido la necesidad de prevención especial, subsistiría aún la retribución de la culpabilidad como fundamento legítimo del castigo. Sin embargo, entiende que esto no ocurre en la PPR, donde una vez transcurridos los períodos mínimos de cumplimiento el mantenimiento de la persona en prisión se debe única y exclusivamente a razones de peligrosidad (inocuidación estrictamente preventiva del tenido por peligroso) y no por razones de retribución de la culpabilidad (lo que deduce del hecho de que el presupuesto sobre el que se fundamenta el pronóstico de reinserción social del art. 92 no es la culpabilidad, sino la peligrosidad). De modo que la incorrecta apreciación la peligrosidad priva de toda base legitimadora a la prolongación de la privación de libertad¹⁸²³.

Es importante matizar en este punto que la postura defendida de que los plazos de revisión que recoge el CP son equiparables a la tarifa inglesa no presupone reconocer que esos periodos realmente responden a razones o necesidades retributivas ni que se considere adecuada unas fechas de revisión tan largas. Como se ha señalado previamente, esos plazos no se imponen de forma individual en atención a las particularidades del hecho y del autor. La equiparación que se hace entre los plazos que recoge el CP para poder revisar la PPR y la tarifa inglesa obedece a razones garantistas. La interpretación realizada pretende ofrecer una revisión más garantista (revisión post-tarifa) en las fechas señaladas por el CP, porque mediante ese tipo de revisión, la posibilidad de prolongar la privación de libertad más allá esos plazos se reduce a la existencia de razones relacionadas exclusivamente con la peligrosidad criminal. Esa variable o circunstancia, además, no tiene un alcance amplio y general, sino que, por aplicación del principio de la relación de

¹⁸²³ MARTÍNEZ GARAY, “Predicción de peligrosidad”, p. 155-156 y 160. Afirma también esta autora que la PPR se acerca a las medidas de seguridad, porque la continuación de la privación de libertad más allá de los periodos de cumplimiento obligatorio se justifica en la prevención especial negativa (y añade que, convencionalmente se asume que las medidas de seguridad no han de ser proporcionales a la culpabilidad del sujeto sino a su peligrosidad). Por otra parte, señala que la sobreestimación de la peligrosidad de que adolecen las predicciones tiene consecuencias infinitamente más graves en la PPR, que cuando se deniega la libertad condicional a una persona que cumple una pena determinada, porque en estos últimos casos, el condenado sólo retrasa una salida a la libertad que de todos modos se va a producir tarde o temprano. Mientras que la denegación de las revisiones en la PPR supone mantener al sujeto en una situación de privación de libertad indefinida.

fundamento que deriva del art. 5 CEDH (que exige la existencia de una conexión entre la prolongación de la privación de libertad y la condena), sólo es posible denegar la libertad condicional si el delito de probable comisión es semejante en gravedad a aquél que fundamentó la imposición de la pena indeterminada. Por tanto, no cualquier pronóstico de peligrosidad puede justificar la denegación de la libertad.

La postura hasta ahora defendida no nos impide ir más allá y apoyar, desde una interpretación *de lege ferenda*, la necesidad de realizar una revisión post-tarifa al cumplir las $\frac{3}{4}$ partes de los plazos que prevé el CP para la revisión de la PPR (es decir, $\frac{3}{4}$ partes de 25, 28, 30 y 35). Como se ha señalado previamente, esos plazos son muy largos, situándose a la cabeza de Europa, lo que, sin duda repercute negativamente sobre las posibilidades de conseguir la reinserción. Por ello, la realización de una revisión en el periodo que el CP establece como regla general para poder alcanzar la libertad condicional en el caso de las penas determinadas permitiría acercarnos algo más a los plazos de revisión que se prevén en la mayoría de países europeos y, sobre todo, ofrecería al reo un horizonte de libertad que se ajusta más al principio de reductibilidad *de facto* de la pena al ofrecerle mayores posibilidades de conseguir la reinserción. Esta propuesta encuentra apoyo en el sistema inglés, donde el establecimiento de la tarifa se realiza (salvo en la cadena perpetua preceptiva) tomando como referencia la duración de la pena determinada que habría sido impuesta y partiendo en dos esa duración, de forma que las personas condenadas a penas indeterminadas puedan optar a la libertad en la misma fecha que las personas condenadas a penas determinadas, con la diferencia de que en este último caso la libertad condicional no está sujeta a la valoración de la Junta de Libertad Condicional. Como se ha señalado *supra*¹⁸²⁴, el Juez Pill del Tribunal de Apelación en el caso *West* (2001) apuntó que el principio que fundamenta este modo de operar es que la persona que cumple una pena indeterminada no debe estar en una posición peor, respecto a la posibilidad de alcanzar la libertad condicional, que la que cumple una pena determinada¹⁸²⁵.

Para finalizar con este apartado, conviene detenerse un momento en las revisiones periódicas, concretamente, en la periodicidad con la que han de llevarse a cabo. El art. 92.4 señala que se realizarán, al menos, cada dos años y se añade que el tribunal también resolverá las peticiones de concesión de libertad condicional, lo que significa que el reo tiene derecho a solicitarlo directamente cuando así lo desee. Por tanto, dicha revisión procederá, o bien de oficio (al menos cada dos años), o bien a solicitud del reo (en cuyo

¹⁸²⁴ Capítulo primero, apartado II, 4.B.3.

¹⁸²⁵ EWCA, *West*, *passim*.

caso podrá hacerlo antes de los dos años). Estos plazos se encuentran en consonancia con la jurisprudencia del TEDH. Sin embargo, se pone una restricción o “reserva” al derecho de solicitud de revisión que se otorga al penado, en tanto en cuanto, el precepto matiza que, en caso de ser rechazada una petición, se podrá fijar un plazo de hasta un año dentro del cual no se dará curso a nuevas solicitudes (art. 92.4). Esto último podría chocar con la jurisprudencia del TEDH, porque el Tribunal de Estrasburgo no admite fijar un plazo de forma genérica, sino que ha de determinarse caso por caso. Esta previsión también violentaría, según RODRÍGUEZ YAGÜE y otras, el mandato de reinserción y el sistema de individualización científica que caracteriza al sistema de ejecución español, fundamentado sobre la idea de la imposibilidad de mantenimiento de un sujeto en un régimen que no le corresponde¹⁸²⁶.

En relación con la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, éste afirmó en el caso *Hirst* que no establecería un intervalo de tiempo que puede transcurrir entre las revisiones que sea compatible con el CEDH, pues entiende que ello debe fijarse en atención a las particularidades de cada caso¹⁸²⁷. Por ello, la aplicación automática de un plazo de 1 año por el simple hecho de haberse rechazado otra anterior, no se ajustará al CEDH. Ese plazo podrá estar justificado si se fundamenta en razones relacionadas con las circunstancias del caso concreto. En otras palabras, no se puede imponer, *a priori*, de forma automática un plazo máximo de 1 año, sin atender a las particularidades del caso objeto de revisión.

La vulneración del citado precepto también podrá producirse cuando el condenado ha completado el trabajo de rehabilitación establecido antes del intervalo de tiempo fijado y, a pesar de ello, se le mantiene en prisión o cuando no se ha programado ningún programa para el periodo fijado. Así se declaró en el caso *Oldham*, debido a que el condenado había completado el programa de rehabilitación que se le impuso a los 8 meses, es decir, antes del plazo que se había previsto de 2 años para la nueva revisión, pero siguió en prisión sin ningún objetivo más que cumplir¹⁸²⁸. Por tanto, en caso de fijar nueva fecha de revisión de 1 año, será necesario justificar por qué se opta por ese plazo y, además, la privación de libertad del preso durante todo ese periodo también debe estar justificada. Es cierto que, en *Dancy c. Reino Unido*¹⁸²⁹ se consideró correcto un intervalo de tiempo de 2 años, pero ello se debió a que anteriormente, en varias ocasiones, se había revisado el caso y se observó que no se había producido ningún progreso.

¹⁸²⁶ RODRÍGUEZ YAGÜE y otras, “Libertad condicional”, p. 394.

¹⁸²⁷ *Hirst*, párrafo 38

¹⁸²⁸ Para mayor información acerca de este y otros casos sobre los que se pronunció el TEDH en relación con el intervalo de tiempo entre las revisiones, véase *supra*, capítulo primeroI, apartado II.4.C.2.

¹⁸²⁹ TEDH, *Dancy c. Reino Unido*, p. 10.

C.2.4.4 La probabilidad de reiteración delictiva

En el apartado anterior hemos defendido que los plazos de cumplimiento mínimo que prevé el CP deben cumplir la misma función que la tarifa inglesa, porque ese plazo actúa como una garantía ante la posible prolongación de la estancia en prisión, limitando las razones que permiten mantener recluida a una persona a las consideraciones de peligrosidad. A partir de ese momento se entiende cumplida la finalidad retributiva y, por consiguiente, la continuación de la privación de libertad sólo podrá justificarse si se confirma la probabilidad de reiteración delictiva. Sin embargo, no es suficiente una genérica apelación a las necesidades de prevención especial (peligrosidad criminal); según el TEDH, ese motivo debe quedar acotado en cuanto al tipo de peligrosidad y el grado de probabilidad.

Así, en el primer apartado explicaremos qué delitos de probable comisión pueden actuar como base de legitimación de esa prolongación de la privación de libertad y, en el segundo apartado, qué grado de probabilidad puede justificar la continuidad en prisión. También nos referiremos al sistema del Reino Unido (Inglaterra y Gales) y a una Recomendación del Consejo de Europa que pueden ser de utilidad en esta materia.

En cualquier caso, debe volver a recordarse que la finalidad esencial de la revisión y lo que realmente debe primar es la valoración de la evolución del penado en prisión. La finalidad resocializadora debe predominar en esta fase y, por ello, las consideraciones relacionadas con la peligrosidad criminal no pueden imperar sobre aquéllas. Estas últimas sólo deberían impedir la consecución de la libertad condicional en circunstancias muy excepcionales que deben reducirse a los casos en que se cumple con los dos requisitos que se han señalado: tipo y probabilidad de comisión de futuros delitos.

C.2.4.4.1 Tipo de delito de probable comisión

En desarrollo del art. 5.1 y la exigencia de la identidad de causa o fundamentación, el TEDH se ha pronunciado sobre qué delito de probable comisión puede legitimar la denegación de la libertad condicional más allá de la tarifa. En caso de que se deniegue la LC una vez superada la tarifa, debe justificarse la existencia de un nexo causal: Debe existir una relación entre el motivo en el que se fundamenta el mantenimiento de la pena indeterminada más allá de ese plazo y el motivo en el que se basó la sentencia original. Esto implica que no es posible denegar la concesión de la libertad condicional por riesgo de comisión de cualquier delito. El tipo de delito de probable comisión es un elemento

clave a la luz del art. 5.1.a, que dota de legalidad a la prolongación de la privación de libertad.

Centrándonos en la regulación española, el art. 92 CP recoge como uno de los criterios a valorar, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por la reiteración en el delito, lo que debería ser interpretado de conformidad con la garantía del nexo causal establecida por el TEDH. Siguiendo a ese Tribunal, en el caso de la PPR, el motivo de la negativa a conceder la LC deberá guardar relación con el motivo que llevó a imponer dicha pena. En base a ello sólo se podrá denegar la libertad condicional si existe una probabilidad de reiteración en delitos similares a los que llevaron a imponer la PPR en la sentencia original, es decir, delitos graves (como el asesinato, genocidio, agresiones sexuales etc.). El Tribunal de Estrasburgo no exige que sean delitos idénticos, pero sí semejantes en gravedad. Esto supone que, *a sensu contrario*, la denegación de la libertad condicional por riesgo de reincidencia en delitos no graves podría vulnerar el art. 5.1.a CEDH. En otras palabras, dado que la PPR se impone por la comisión de delitos muy graves, sólo el riesgo de comisión de delitos graves podrá justificar la denegación de la libertad condicional, ya que sólo de esa manera se mantendría la identidad de causa y, por consiguiente, la base legal de la privación de libertad.

En España, aunque la peligrosidad no sea requisito necesario para imponer la PPR, sí es relevante a la hora de determinar si existe un pronóstico favorable de reinserción social. Como señala RÍOS, la PPR se presenta como una pena necesaria para combatir o anular la futura peligrosidad criminal. De hecho, el argumento para la aplicación de la perpetuidad, es decir, para la no concesión de la libertad condicional, es la peligrosidad¹⁸³⁰. Sin embargo, no se concreta su alcance, solo existe una referencia genérica en el art. 95.1.2º, relativo a las medidas de seguridad, en la que se describe como la probabilidad de comisión de delitos en el futuro, deducida del hecho y de las circunstancias personales del sujeto. En este precepto no se especifica si la probabilidad de comisión de delitos futuros abarca cualquier tipo de delito (graves y leves) ni si ha de dirigirse contra bienes jurídicos personales o no. Este es un punto especialmente débil que presenta la revisión de la PPR (y criticable desde el punto de vista de la seguridad jurídica), porque el legislador hace depender la libertad de la persona condenada a la acreditación de la no existencia de la peligrosidad criminal, pero no indica a qué tipo de peligrosidad criminal se refiere¹⁸³¹.

¹⁸³⁰ RÍOS, *La prisión perpetua*, p. 89.

¹⁸³¹ No solo la salida de prisión depende de la falta de peligrosidad criminal, sino que la reaparición de la peligrosidad también puede fundamentar la revocación de la libertad condicional que se otorgó. Como explicaremos *infra* apartado D.2, una de las razones para la revocación es precisamente la imposibilidad de seguir manteniendo el pronóstico de falta de peligrosidad que dio lugar a la LC (art. 92.3.3º y 90.5.3º).

En el Reino Unido, la jurisprudencia ha especificado el tipo de delitos de probable comisión que permite concluir la existencia de peligrosidad en las penas indeterminadas y, por consiguiente, denegar la libertad condicional. Aunque la Ley sobre el crimen de 1997 (art. 28.6.b) sólo señala, en términos generales, que el comité no pondrá en libertad al preso, salvo que ya no sea necesario mantenerlo encerrado para la protección de la sociedad, la interpretación judicial¹⁸³² dada a dicho precepto ha sido clara. Debe existir un riesgo de cometer el tipo de delito por el cual se impuso originalmente la cadena perpetua y, concreta más, añadiendo que debe existir un riesgo para la vida o la integridad física. Por tanto, se excluyen los delitos graves en los que el bien jurídico que podría verse afectado no es un bien personal. Esta interpretación se ajusta a lo apuntado por el TEDH en relación con la identidad de delitos en cuanto a gravedad.

En este punto debe matizarse que el TEDH ha considerado que la identidad de causa también se respeta cuando la decisión de mantener en prisión más allá del plazo punitivo se ha basado en la probabilidad de comisión de delitos no graves, a pesar de que la sentencia original fuera impuesta por delitos graves (caso *Weeks*), es decir, cuando no hay conexión alguna con el hecho por el que cumple condena. Sin embargo, hay que puntualizar que esa afirmación por parte del Tribunal se ha referido a una pena indeterminada, cuya imposición exigía como previo requisito la acreditación de la peligrosidad criminal (además de la gravedad de delito)¹⁸³³. Si la sentencia original se impuso por la peligrosidad criminal que presentaba el sujeto y ésta no desaparece, la relación de fundamentación seguirá existiendo, aunque el tipo de delito que pudiera volver a cometer sea de carácter no grave. En el caso de la PPR, por el contrario, la comprobación de la peligrosidad criminal no es elemento necesario para imponer dicha pena, por consiguiente, no se podrá fundamentar la denegación de la LC en la probabilidad o riesgo de comisión de delitos no graves.

Otra matización más que debe tenerse en cuenta respecto a la jurisprudencia del TEDH es la siguiente. Este tribunal ha considerado que, incluso cuando la cadena perpetua ha sido impuesta sin necesidad de probar la existencia de la peligrosidad criminal, simplemente por haberse cometido un delito grave (lo que directamente obligaba al juez a imponer una cadena perpetua preceptiva), la revocación de la libertad condicional por la comisión de delitos de naturaleza no grave, es decir, que no guardaban

¹⁸³² EWHC, *Bradley, passim*. Para mayor información, véase, *supra*, capítulo segundo I, apartado I, 4.B.3.2.2,

¹⁸³³ Como se ha explicado en el capítulo primero, apartado II, al estudiar el sistema de penas indeterminadas existente en el RU, la cadena perpetua discrecional, IPP y otras penas exigen para su imposición la existencia de la peligrosidad criminal, para lo cual, según el art. 229(1)b de la *Criminal Justice Law 2003*, debe probarse que existe un riesgo significativo para los miembros de la sociedad de sufrir graves daños como consecuencia de la comisión de delitos específicos. El art. 224 de la misma Ley describe el daño grave como la muerte o las lesiones graves, ya sean físicas o psicológicas.

conexión con el hecho por el que cumplía condena, también respetaba el nexo causal (caso *Waite*). La razón que llevó a confirmar la compatibilidad con el art. 5.1.a se debió al hecho de que tanto el delito inicial como el delito (y su mal comportamiento) que llevó a la revocación de la libertad condicional se cometieron como consecuencia del consumo abusivo de las drogas. Como el asesinato de su abuela (delito original) se había cometido a consecuencia de la dependencia a la cocaína y la revocación también se debió, de forma determinante, al uso descontrolado de drogas, concluyó que seguía existiendo base legal en la sentencia original para mantener al preso en prisión¹⁸³⁴.

Siguiendo la sentencia dictada en *Waite*, se podría pensar que, aunque la PPR sólo cabe en delitos graves, sin que la peligrosidad sea un requisito a probar para su imposición, si el delito que llevó a la PPR se cometió en un contexto como el abuso de drogas u otro similar, que demuestre la inestabilidad mental del sujeto o la peligrosidad criminal, el Tribunal podría entender que la denegación de la LC o su revocación sí respeta la identidad de causa, a pesar de que tal decisión se fundamente en la probabilidad de comisión de delitos no graves o por mal comportamiento. Una interpretación amplia de este caso podría llevar a afirmar la compatibilidad con el art. 5 CEDH en la mayoría de los casos en que se impone una PPR, ya que es probable que en muchos de ellos exista algún tipo de inestabilidad que haya influido en la comisión del delito. Sin embargo, es importante recalcar dos cuestiones respecto a este caso.

En primer lugar, el delito por el que se condenó a *Waite* fue el asesinato; delito que determina la aplicación de la cadena perpetua, con independencia de si el sujeto es peligroso o no. Sin embargo, durante el juicio quedó patente que el abuso de las drogas fue el factor que contribuyó a la comisión del delito (aunque curiosamente el tribunal no aceptara la disminución de la responsabilidad penal). Como consecuencia de esa apreciación durante la fase declarativa, el TEDH entendió que existía base suficiente en la sentencia original para revocar la libertad condicional, aunque la probabilidad de reincidencia fuera en delitos no graves, porque el nuevo consumo podía relacionarse con la peligrosidad que había sido puesta en evidencia en la sentencia original. La lectura que se deduce de la conclusión alcanzada por ese tribunal es que para que la probabilidad de comisión de delitos no graves pueda legitimar la denegación de la libertad condicional o su revocación, tiene que tratarse de un claro caso en el que un factor criminógeno, como

¹⁸³⁴ Ya apuntamos nuestras críticas sobre la forma en la que interpreta el TEDH la garantía de la identidad de fundamentación, permitiendo un nivel de protección inferior del derecho a la libertad cuando la sentencia original se fundamentó en la peligrosidad del condenado. Véase *supra*, capítulo segundo, apartado II.3.B.2.1.

es el consumo de drogas o alguna inestabilidad mental, haya contribuido de forma determinante en la comisión del primer delito¹⁸³⁵.

En segundo lugar, es importante destacar que en *Waite* se discutió acerca de la legalidad de la revocación (que se produjo, principalmente, por el consumo de drogas durante el cumplimiento de la libertad condicional). Para poder afirmar que existe un abuso excesivo de drogas que pueda derivar en un pronóstico de peligrosidad parece necesario que la persona condenada se haya encontrado previamente en un ámbito externo a la prisión. Por ello, el argumento del consumo descontrolado de drogas difícilmente podría utilizarse para denegar la concesión de la libertad condicional en la primera revisión de la pena, teniendo en cuenta que el preso llevará muchos años en prisión (25 años o más). Además, si realmente existe un consumo abusivo de drogas o una inestabilidad apreciada desde el inicio de la condena que se relaciona con la peligrosidad y que, por consiguiente, impide su puesta en libertad, el Estado tendría la obligación de tratar ese problema de forma específica durante la ejecución de la condena. De no hacerlo, podríamos estar ante una vulneración del art. 3, por entender que la pena es irreductible *de facto*, tal y como se determinó en el caso *Murray*.

Para finalizar con este apartado, a modo de conclusión, considero que, a la luz del CEDH, en el caso de la PPR la denegación de la libertad condicional que se fundamente en la probabilidad de reiteración delictiva, sólo podría justificarse por la comisión de futuros delitos graves que sean similares, aunque no necesariamente idénticos, a los que llevaron a imponer esa pena. Mantener a una persona en prisión en base a la probabilidad de comisión de delitos no graves, en los que la posible lesión no afectaría a un bien jurídico personal, vulneraría el art. 5.1, en tanto en cuanto se quebraría la relación de fundamentación. Además de lo anterior, es importante recalcar que a la hora de determinar la probabilidad de comisión de nuevos delitos que es necesario realizar para elaborar el pronóstico de reinserción, deben tenerse muy presentes cuatro aspectos fundamentales: que los delitos a los que va dirigida la PPR son los que menores tasas de reincidencia presentan; que los métodos de predicción sobreestiman la peligrosidad en delitos poco frecuentes como aquellos a los que se dirige la PPR; que la forma de cumplimiento menos restrictiva mediante el régimen abierto y la libertad condicional facilitan que no se vuelva a delinquir¹⁸³⁶ y; por último, como señala RODRÍGUEZ

¹⁸³⁵ Cuando se comprueba que el consumo de drogas ha tenido una influencia importante lo lógico es que se produzca una disminución de la responsabilidad y de la pena.

¹⁸³⁶ Para mayor información, véase *supra*, capítulo primero, apartado II. 3.A.2.2.b.

YAGÜE, que la predicción de la peligrosidad potencial no puede valorarse por encima de la progresión realizada por el preso¹⁸³⁷.

C.2.4.4.2 Grado de probabilidad

Una última cuestión relevante que queda por determinar es qué grado o nivel de riesgo puede legitimar la prolongación de la privación de libertad. Si cualquier riesgo, por bajo que sea, de cometer delitos de igual gravedad al hecho por el que se cumple condena puede legitimar la no concesión de la libertad condicional o si, por el contrario, es necesario que ese riesgo sea alto o medio-alto. El TEDH no ha señalado nada al respecto, sin embargo, en el Reino Unido existen varias sentencias que pueden aportar cierta orientación para el caso de la PPR.

Antes de entrar a explicar la jurisprudencia de Inglaterra y Gales sobre esta materia, debemos referirnos al CP español. Aunque éste no se refiere en su art. 92.1, en el que establece el sistema revisión de la PPR, al grado de peligrosidad existente que permitiría poner en libertad a una persona, el art. 92.3.3º, relativo a la revocación, contiene una especificación muy importante sobre lo que ha de entenderse por pronóstico favorable de reinserción social. Ese precepto dispone que se revocará la libertad condicional cuando ya no pueda mantenerse “el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba” la concesión de esa figura.

Como pone de relieve MARTÍNEZ GARAY, la ley no alude a un pronóstico de baja o escasa peligrosidad, sino que exige la constatación de falta de peligrosidad, es decir, la probabilidad cero, en definitiva la certeza de que no se cometerán más delitos. Sin embargo, matiza que los pronósticos son por definición juicios sobre la posibilidad de que algo acontezca en el futuro, por lo que no pueden certificar que el sujeto no reincidirá, sino sólo proporcionar estimaciones de probabilidad más o menos elevadas, pero nunca iguales a cero. Así, concluye que, si los tribunales interpretan de forma literal el texto de la ley y exigen un informe que asegure la ausencia total de probabilidad de reincidencia para conceder la LC, entonces lo que sí podrá predecirse con certeza es que nunca se podrá revisar la PPR, porque esa clase de pronunciamiento no puede hacerse con base científica. Es más, advierte de que incluso aunque fuera suficiente que los informes señalaran que el riesgo de reincidencia es mínimo o muy bajo, la aplicación de un criterio extremadamente estricto, multiplicará el número de falsos positivos, porque cuanto más rigurosos son los requisitos exigidos para hacer un pronóstico favorable, más

¹⁸³⁷ RODRÍGUEZ YAGÜE, “individualización, p. 372.

aumenta el número de casos en los que “por si acaso” no se concede la libertad y, con ello, el número de falsos positivos¹⁸³⁸.

Pasando ahora a analizar la jurisprudencia del Reino Unido (más concretamente, de Inglaterra y Gales), debe señalarse que uno de los objetos centrales sobre los que giró el debate en los tribunales acerca de este tema fue el relativo a la cuestión de si el nivel de peligrosidad necesario para denegar la libertad condicional debía ser el mismo que el que se exige para imponer una pena indeterminada.

Como explicamos extensamente en el capítulo primero, apartado II, en ese país, para la aplicación de ciertas penas indeterminadas es necesaria la constatación previa de la peligrosidad criminal (como, por ejemplo, la cadena perpetua discrecional). Esta peligrosidad se define de forma clara en la ley, determinando tanto el tipo de delito de probable comisión como el grado de probabilidad de que ello ocurra. La peligrosidad ha de ser entendida como la existencia de un “riesgo significativo” de causar graves daños a los miembros de la sociedad, como consecuencia de la comisión de delitos específicos por parte del acusado¹⁸³⁹. El daño grave se describe como la muerte o las lesiones graves, ya sean físicas o psicológicas. El término “riesgo significativo” no está definido en la legislación¹⁸⁴⁰, pero en el caso *Lang* (2006)¹⁸⁴¹, el Tribunal de Apelación estableció que debe existir más que una posibilidad de reincidir, el riesgo debe ser “digno de tener en cuenta o notable”.

En lo que respecta a la concesión de la LC, la ley sobre el crimen de 1997 (art. 28.6.b) simplemente señala que el comité pondrá en libertad a una persona si ya no es necesario mantenerle en prisión para la protección de la sociedad. Ante esta falta de concreción, en algunos recursos interpuestos ante los tribunales se alegaba que el nivel de riesgo para mantener a alguien en prisión tras la tarifa debía ser igual que se había exigido para imponer la pena indeterminada. En caso *Bradley* (1991), que constituyó la sentencia más influyente durante mucho tiempo, no se aceptó la argumentación del preso que defendía la aplicación del mismo umbral o nivel de peligrosidad. A pesar de ello, se señaló que el riesgo debía ser sustancial; por tanto, debía existir un riesgo más que el mínimo (en clara oposición a las direcciones del ejecutivo que señalaban que el comité no debía ordenar la libertad condicional, a menos que el riesgo no fuese más que el

¹⁸³⁸ MARTÍNEZ GARAY, “Predicción de peligrosidad”, p. 152. También explica que todos los métodos de predicción contrastados en psicología y criminología parten de la base de que las predicciones siempre se hacen para un periodo de tiempo acotado, por lo que no es posible predecir el riesgo de comisión de delitos para un futuro indeterminado (siendo la probabilidad de acierto mayor cuanto más corto sea el periodo respecto del que se formula). Por tanto, ningún perito puede afirmar que un sujeto no volverá a delinquir nunca.

¹⁸³⁹ Arts. 224, 225, 227 y 229 de la Ley de Justicia Penal de 2003. “*The court is of the opinion that there is a significant risk to members of the public of serious harm occasioned by the commission of him by further sepecified offences*”.

¹⁸⁴⁰ EASTON y PIPER, *Sentencing*, 2012, p. 150.

¹⁸⁴¹ R v. Lang [2005] EWCA Crim 2864

mínimo¹⁸⁴²). Sin embargo, en 2013, en el caso *Sturnham* el Tribunal Supremo entendió que el objetivo de la privación de libertad más allá del período mínimo no se limita a la eliminación de un riesgo significativo, sino que puede ser la protección de la sociedad frente a un riesgo más general y más bajo, durante el tiempo que sea necesario¹⁸⁴³. Esta involución jurisprudencial supone una pérdida de una garantía importante que permite de limitar el tiempo de prisión una vez se ha cumplido la tarifa.

Por último, no podemos terminar este apartado sin referirnos a la Recomendación (2014) 3 sobre los delincuentes peligrosos. Ésta ofrece una definición de la peligrosidad restrictiva (párrafo 1a), exigiendo que la persona haya sido previamente condenada por un delito muy grave contra las personas, sexual o violento, y que presente en la actualidad una alta probabilidad de reincidir con otro delito idéntico (delito sexual o violenta muy grave). Así mismo, se pone de manifiesto que los delincuentes peligrosos constituyen un grupo muy pequeño del total de los reclusos (párrafo 4). Los dos factores que exige esta recomendación para considerar a una persona peligrosa, la probabilidad de comisión de otro delito grave y la alta probabilidad de que ello ocurra, podrían ser dos parámetros útiles a tener en cuenta por el tribunal que decide acerca de la concesión de la libertad condicional en el caso de la pena de PPR¹⁸⁴⁴.

D. Régimen aplicable durante la libertad condicional

Este apartado se divide en tres subapartados. En primer lugar, se abordará la cuestión relativa al tiempo que durará el régimen de libertad condicional y qué reglas de conducta pueden imponerse para su cumplimiento durante ese periodo. Una vez completada esta materia, pasaremos a estudiar las diferentes situaciones que se pueden producir durante la LC. Así, en primer lugar, explicaremos en qué casos procederá la revocación (con el consiguiente reingreso en prisión) y, posteriormente, se especificará cuándo pueden modificarse las reglas de conducta, prorrogarlas o incluso alzarlas.

D.1 Duración de la libertad condicional y las prohibiciones y deberes a cumplir

El régimen aplicable durante la libertad condicional es similar tanto para las penas de prisión ordinarias como para la PPR; la única diferencia es la duración que tendrá la

¹⁸⁴² *Secretary of State's Directions on release of life sentence prisoners to the Parole Board*, 2004, párrafo 4.

¹⁸⁴³ *Sturnham*, párrafos 43 y 44.

¹⁸⁴⁴ Esta Recomendación también ofrece algunas orientaciones respecto a cómo debe ser la evaluación del riesgo, su gestión o la prevención de la reincidencia, entre otras cuestiones.

libertad condicional. Dado que ésta está considerada como una modalidad de suspensión, las remisiones a los artículos sobre la suspensión son continuas.

Una vez concedida la libertad condicional, ésta tendrá una duración de 2 a 5 años, en el caso de la prisión ordinaria (art. 90.5.3º párrafo), y de 5 a 10, en el caso de la PPR (art. 92.3)¹⁸⁴⁵, matizándose, para el caso de la prisión ordinaria, que el plazo de suspensión no podrá ser inferior a la duración de la parte de la pena pendiente de cumplir¹⁸⁴⁶ (tal matización no se realiza en el caso de la PPR, ya que la duración de ésta es indeterminada).

Durante ese tiempo de suspensión serán aplicables las prohibiciones y deberes recogidos en el art. 83 CP¹⁸⁴⁷, siempre que sea necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos y sin que puedan ser excesivos ni desproporcionados¹⁸⁴⁸. Entre las prohibiciones y deberes que prevé el artículo citado se encuentran la prohibición de aproximación a la víctima o a sus familiares, a sus domicilios o lugares de trabajo; la prohibición de establecer contacto con personas determinadas; la obligación de mantener el lugar de residencia en un lugar determinado con prohibición de abandono sin autorización del juez o, justo lo contrario, la prohibición de residir en lugar determinado; comparecer personalmente ante el juez, dependencias policiales o servicios de la administración; prohibición de conducir vehículos a motor; participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, vial etc.; participar en programas de

¹⁸⁴⁵ Señala GONZALEZ TASCÓN, “PPR”, pp. 23-24, que la remisión del art. 92.3 al art. 80.1.2º párrafo y no a los criterios establecidos en el propio art. 92.1.c, no se entiende desde el momento en que la suspensión está especialmente orientada a evitar los efectos desocializadores de la prisión impidiendo el inicio del cumplimiento de la pena, mientras que la suspensión de la ejecución del resto de la pena (es decir, la libertad condicional) se plantea en un momento en que la persona que ya está cumpliendo la pena presenta un pronóstico de reinserción social que permite el cese de la privación de libertad. Añade que hubiese sido preferible que el legislador se remitiera a los criterios del artículo 92.1.c o se limitase, como hace en el artículo 90.5 párrafo final, a señalar el marco legal abstracto del plazo de suspensión.

¹⁸⁴⁶ Como señala GUIASOLA, *La libertad condicional*, pp. 68 y 69, a *sensu contrario* cabe interpretar que sí puede ser superior, lo que puede originar disfunciones cuando se imponga en penas cortas. Añade esta autora, que los Fiscales de Vigilancia Penitenciaria concluyeron, tras su reunión de 2016, que sí podrá superarse el límite de los cinco años para hacerlo coincidir con el tiempo de pena pendiente de cumplimiento cuando éste sea mayor. Añade esta autora que ha de tenerse en cuenta que existe la posibilidad de prorrogar la LC hasta la mitad de la duración de la condena, en caso de incumplir las prohibiciones y deberes cuando no hubieran tenido carácter grave o reiterado (por remisión al art. 86.2.b). En el caso de la PPR surge la duda de hasta cuándo se puede prorrogar. Por su parte, RODRÍGUEZ YAGÜE, “Individualización”, p. 380, advierte de que, como consecuencia de esta regulación, hay penados que están renunciando a salir en libertad condicional, prefiriendo cumplir el resto de condena dentro de prisión, menor al tiempo que estarían sujetos a la libertad condicional.

¹⁸⁴⁷ El art. 83 se aplica por remisión del art. 90.5, relativo a la prisión ordinaria, y también por remisión del art. 92.3 relativo a la PPR. En opinión de CERVELLÓ, *Prisión perpetua*, p. 222, no ha sido muy acertado el cambio de la denominación reglas de conducta por prohibiciones y deberes, por el enfoque de reinserción social que arrastraban las primeras y la carga punitiva que incorporaban los segundos.

¹⁸⁴⁸ Como señala BARBER, “Libertad condicional”, p. 699, la regulación anterior determinaba que las prohibiciones y reglas de conducta debían imponerse en la medida en que fueran necesarias. La reforma mantiene este criterio de aplicación, pero explicita que deben resultar necesarias para evitar la comisión de nuevos delitos y añade, además, que no podrán imponerse deberes y obligaciones que resulten excesivos y desproporcionados. Estas precisiones parecen acertadas, en la medida en que exigen que se justifique que la prohibición u obligación resulta necesaria para reducir algún factor criminógeno relacionado con el delito cometido, que resulta idónea para ello y que no es excesiva; atendiendo además, al conjunto de las que se impongan y al tiempo de suspensión impuesto.

deshabitación del consumo del alcohol y drogas; y por último, los demás deberes que el juez estime¹⁸⁴⁹.

Como se puede apreciar, la mayoría de las reglas de conducta son de carácter asegurativo, de control o protección a las víctimas, similar a las penas privativas de derechos. Sin embargo, las investigaciones criminológicas¹⁸⁵⁰ demuestran que la libertad condicional con escasa intervención rehabilitadora no es efectiva en el caso de delincuentes de alto riesgo. Sí lo es, por el contrario, la libertad condicional con un nivel elevado de intervención rehabilitadora (rehabilitación intensiva), siendo los más eficaces los programas de regreso escalonado a la sociedad en los que se trabajan las necesidades criminógenas de la persona (habilidades personales, educación y formación profesional, adicciones) y el vínculo social (trabajo y relación con organizaciones comunitarias). Así, CID y TÉBAR concluyen que, en base a las investigaciones existentes, si se quiere proteger a la sociedad frente a la comisión de nuevos delitos no debe excluirse a los delincuentes de alto riesgo de la libertad condicional, pues el regreso escalonado a la comunidad ofrece más garantías para reducir la reincidencia que la liberación sin ningún tipo de seguimiento¹⁸⁵¹. Estos autores hacen una matización importante para aclarar que no se debe confundir el concepto de “alto riesgo” con el hecho de que la persona haya sido condenada por un delito grave¹⁸⁵². Esto se encuentra en la línea de lo que aconsejan las recomendaciones del Consejo de Europa y el CPT, en el sentido de que no se debe asociar la cadena perpetua con la peligrosidad criminal.

¹⁸⁴⁹ El elenco de prohibiciones y deberes se ha ampliado tras la modificación de este artículo por la LO 1/2015, incorporándose algunas obligaciones nuevas (p.ej, la de aproximarse a otros lugares que las víctimas o sus familiares frecuenten y la prohibición de conducir vehículos de motor que no dispongan de dispositivos tecnológicos que condicionen su encendido o funcionamiento a la comprobación previa de las condiciones del conductor), explicitándose otras que podrían reconducirse a la cláusula abierta de naturaleza reinsertadora con la que se cierra el elenco (participar en programas de deshabitación al consumo de alcohol, drogas tóxicas) y asumiéndose algunas de las que operan como medidas de seguridad. Por otra parte, cabe señalar, siguiendo a GONZÁLEZ TASCÓN, “PPR”, p. 24 que, en la anterior regulación de la libertad condicional, las reglas de conducta se construían no sólo por referencia a los deberes y obligaciones previstos en el marco de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, sino también por reenvío a las medidas de seguridad del art. 96. 3 (así lo indicaba el derogado artículo 90.2). Por último, cabe también señalar que la institución que velará por el cumplimiento de tales medidas, serán las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en el caso de las medidas número 1, 2, 3 y 4, y los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria en el caso de las medidas número 6, 7 y 8, los cuales deberán informar al juez o tribunal de ejecución sobre el cumplimiento de las mismas con una periodicidad al menos trimestral, en el caso de las reglas 6 y 8, y semestral, en el caso de la 7 y, en todo caso, a su conclusión, tal y como se recoge en el art. 83.4 CP.

¹⁸⁵⁰ CID y TÉBAR, “Delincuentes de alto riesgo”, *passim* realizan un análisis de las investigaciones criminológicas llevadas a cabo a nivel internacional sobre la efectividad de la libertad condicional para reducir la reincidencia y extraen una serie de conclusiones.

¹⁸⁵¹ Es cierto que en el caso de la PPR existe la posibilidad de imponer una LV (art. 140 bis), pero, en cualquier caso, se trata de una acumulación que demuestra que no hay una planificación clara de la ejecución, ni una búsqueda de la rehabilitación.

¹⁸⁵² CID y TÉBAR, “Delincuentes de alto riesgo”, p. 9, nota al pie 8 y p. 13, explican que, entre las personas condenadas por un delito grave (por ejemplo, un delito contra la libertad sexual) las habrá de bajo riesgo y de alto riesgo de reincidencia. En este último caso habrá que utilizar la expresión: alto riesgo de delito grave.

Por último, NÚÑEZ¹⁸⁵³ y MIR PUIG¹⁸⁵⁴ advierten que la nueva regulación de la libertad condicional puede infringir o rozar la vulneración del principio de *non bis in idem*, pues las obligaciones y deberes a los que se puede someter a la LC tienen en ocasiones un contenido idéntico a las penas privativas de otros derechos (p.ej. las prohibiciones del art. 39g CP: la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez). Se observa también un posible solapamiento de estos deberes con los contenidos de la libertad vigilada que acompaña a delitos castigados con PPR como el asesinato agravado (art. 140bis), siendo facultativo en este caso, o los delitos de terrorismo (art. 579bis), siendo obligatorio en este caso, lo que dificulta su compatibilidad¹⁸⁵⁵.

D.2. La revocación

Existen dos tipos de revocación: la específica de la PPR (prevista en el art. 92.3 *in fine*) y la general y común para todas las suspensiones (recogida en el art. 86 y aplicable por remisión del art. 92.5).

En cuanto al supuesto específico de la PPR, la revocación se producirá en caso de reaparición de la peligrosidad. El mencionado precepto (art. 92.3.3º) señala de forma muy laxa, como causa de resurgimiento de aquella, la producción de “un cambio en las circunstancias que dieron lugar a la suspensión”, que impide mantener el pronóstico de falta de peligrosidad. Por tanto, el pronóstico de reinserción no sólo es requisito para revisar la pena y conceder la LC, sino que continúa teniendo una importancia trascendental durante su mantenimiento. En definitiva, la falta de peligrosidad es el presupuesto esencial que condiciona por completo la ejecución de la PPR¹⁸⁵⁶.

En cuanto a los supuestos generales de revocación derivados de la remisión al art. 86, se diferencian tres más: la condena por un nuevo delito; el incumpliendo grave o reiterado de las prohibiciones, deberes y condiciones impuestas¹⁸⁵⁷; y la no colaboración

¹⁸⁵³ NÚÑEZ, “Libertad condicional”, p. 10.

¹⁸⁵⁴ MIR PUIG, *Derecho penitenciario*, p. 152.

¹⁸⁵⁵ CERVELLÓ, *Prisión perpetua*, p. 225 y, de la misma, “Retribución y peligrosidad”, p. 57.

¹⁸⁵⁶ MARTÍNEZ GARAY, “Predicción de peligrosidad”, pp. 153-154.

¹⁸⁵⁷ Llama la atención que el incumplimiento de las condiciones del art. 84 (TBC, multa y mediación) sean causa de revocación de la LC cuando no han sido previamente impuestas para su cumplimiento durante la libertad condicional. Esta falta de coherencia se debe a la constante y confusa remisión que hace el CP a los artículos sobre la suspensión, como consecuencia de haber regulado la LC como una modalidad de suspensión. Como se puede comprobar, el art. 92.3 (sobre la PPR) y el art. 90.5 (sobre la prisión ordinaria) hacen remisión a las reglas de conducta del art. 83, pero no a las condicionales del art. 84. Lo que ocurre es que el art. 92.3 sí hace remisión al art. 86, en lo que respecta a la revocación de la LC, y el art. 86 a su vez menciona el art. 83. Este es otro ejemplo más de la mala técnica legislativa empleada por el legislador, la cual genera confusión, en este caso, respecto a si las prohibiciones y deberes que se pueden imponer durante la el cumplimiento de la LC son sólo las que se recogen en el art. 83 o también aquellas previstas en el art. 84. Respecto a esta cuestión, GONZALEZ TASCÓN, “PPR”, p. 25 considera que el incumplimiento de las condiciones del art. 84 no operan en el marco de la PPR. Por la misma razón, añade, no resulta aplicable el artículo 86.3. que también se refiere al citado artículo.

con la Justicia (facilitar información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio o sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado o no de cumplimiento conforme a su capacidad al compromiso de pago de las responsabilidades civiles)¹⁸⁵⁸.

En los siguientes subapartados iremos explicando cada una de las situaciones que pueden dar lugar a la revocación de la libertad condicional y finalizaremos haciendo referencia a las consecuencias que conlleva aquélla.

D.2.1 La reaparición de la peligrosidad

Comenzando por el único supuesto previsto específicamente para la PPR, debe recalcar que la falta de peligrosidad no tiene que verse confirmado por la comisión de un nuevo delito por parte del penado, es decir, para revocar la LC no se requiere en todo caso la reincidencia del condenado¹⁸⁵⁹, sino que basta que se haya producido un cambio de las circunstancias que fundamentaron el pronóstico que permitió la libertad del reo (art. 92.3). BARBER pone de manifiesto lo incoherente que resulta el hecho de que la condena por un nuevo delito pueda no dar lugar a la revocación (como se explicará unas líneas más abajo), pero sí pueda serlo el cambio de una circunstancia que no se define, que no se sabe de qué depende y que ni siquiera se califica de criminal¹⁸⁶⁰.

Por otra parte, señalan los mencionados autores y también el recurso de inconstitucionalidad que la indeterminación del precepto es tal que permite que se tomen en consideración circunstancias que no tienen relación con el comportamiento y la voluntad del sujeto y, por tanto, ajenas a su propio merecimiento. Así, por ejemplo, podría valorarse, a los efectos del arraigo laboral o familiar, la pérdida de un trabajo por la crisis o el fallecimiento de los familiares del condenado con los que convive. El texto legal permite revocar la suspensión por razones que nada tienen que ver con la conducta del

¹⁸⁵⁸ Como se puede apreciar, se produce una ampliación importante de las situaciones que pueden llevar a la revocación de la suspensión de la PPR, en comparación con la redacción legal de 2010. El art. 93 anterior sobre libertad condicional, y el art. 84 anterior sobre la suspensión, sólo recogían dos supuestos de revocación: la comisión de un nuevo delito y el incumplimiento de las reglas de conducta. En otras palabras, si durante la libertad condicional se cometía un delito o se infringían las reglas de conducta la consecuencia única era la revocación, no había otra opción. Ha de señalarse que, en el caso de la suspensión (art. 84), se exigía que el incumplimiento fuera reiterado y, sin embargo, en el caso de la libertad condicional (art. 93), no se exigía tal reiteración. Ahora, sin embargo, existen más posibilidades: si el delito no tiene relevancia a efectos de peligrosidad, no será obligatoria la revocación y en caso de que el incumplimiento de las reglas de conducta no sea reiterada o grave, se podrán modificar, como veremos más adelante. Este es un aspecto positivo de la reforma, ya que no todo incumplimiento lleva a la revocación, sino sólo el grave o reiterado, ni tampoco todo delito. Esta novedad se debe al cambio de naturaleza de la libertad condicional como una modalidad de suspensión. El anterior art. 84 sobre la suspensión (no libertad condicional) distinguía entre incumplimiento reiterado y no reiterado, llevando únicamente el primero a la revocación. Ahora, al regularse la libertad condicional como una modalidad de suspensión, se extiende aquella regulación a la libertad condicional con alguna modificación que mejora esa regulación, como, por ejemplo, la previsión de que no cualquier delito conllevará la revocación.

¹⁸⁵⁹ MARTÍNEZ GARAY, “Predicción de peligrosidad”, p. 154 y el Recurso de inconstitucionalidad, párrafo 15 *in fine*.

¹⁸⁶⁰ BARBER, “Libertad condicional”, p. 703.

sujeto, por lo que el reo no sabrá qué es lo que debe intentar hacer u omitir para conservar la libertad¹⁸⁶¹. BARBER advierte de que, al ser un criterio tan impreciso, equivale a una cláusula abierta que permite al JVP utilizar cualquier cambio de circunstancias para revocar la libertad condicional, sin que pueda exigirse que el cambio de circunstancias sea producido por el condenado¹⁸⁶².

Críticos también con la laxitud de ese criterio se muestran, entre otros, MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN, CERVELLÓ, TÉLLEZ y LEGANÉS¹⁸⁶³, porque no se indica qué cambios pueden ser relevantes, si por ejemplo, podría serlo el hecho de que vuelva a consumir drogas o que no acuda a las citas, más aún, teniendo en cuenta que muchos cambios no dependen de la voluntad del sujeto, por ejemplo, los laborales, familiares o sociales. Esta imprecisión e incertidumbre puede conculcar los principios constitucionales de seguridad jurídica y taxatividad. Lo aconsejable sería que la constatación de la peligrosidad se fundamentase en criterios objetivos¹⁸⁶⁴.

Otra crítica importante que recibe este supuesto de revocación viene de la mano de MARTÍNEZ GARAY (que ha sido previamente apuntada, *supra* apartado C.2.4.4.2), quien advierte de que el criterio de la falta de peligrosidad exige que la probabilidad de comisión de nuevos delitos sea nula, no siendo suficiente con que sea baja. Una predicción, afirma, imposible de realizar con base científica.

En este punto es importante traer a colación la doctrina del Tribunal de Estrasburgo. Como se ha explicado anteriormente, este tribunal considera que para denegar la libertad condicional o para revocarla por razones de peligrosidad, ha de existir la probabilidad de cometer delitos de análoga naturaleza y gravedad al delito que permitió la aplicación de la pena indeterminada. Por tanto, siguiendo lo apuntado por el TEDH, podría afirmarse que ese cambio de circunstancias a las que hace referencia el art. 92.3 deberá revelar la probabilidad de reiteración delictiva en delitos semejantes a los de la sentencia original. No sería suficiente, a efectos del art. 5 CEDH, la alusión a la

¹⁸⁶¹ Recurso de inconstitucionalidad, párrafos 15 *in fine* y 49.

¹⁸⁶² BARBER, “Libertad condicional”, p. 703. También MARTÍNEZ GARAY, “Predicción de peligrosidad”, p. 154, considera que la revocación no depende de una conducta que el reo puede hacer u omitir (como cometer o no delitos), sino a la mudable opinión del tribunal sobre si las circunstancias han cambiado. Así mismo, critica la falta de concreción de “las circunstancias”, porque impiden al reo conocer los criterios sobre los que dependerá la revocación y, por consiguiente, no sabrá qué hacer para mantenerse en libertad.

¹⁸⁶³ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *DP PG*, p. 549; CERVELLÓ, *Prisión perpetua*, pp. 225 y 226; TÉLLEZ, “Ley orgánica 1/2015”, p. 14; y LEGANÉS, “Pronósticos de peligrosidad”, pp. 13- 14.

¹⁸⁶⁴ También señala CERVELLÓ, *Prisión perpetua*, pp. 216, 226 y p. 228 y de la misma, “Peligrosidad”, p. 3, que resulta llamativo que la concesión de la libertad condicional requiera (en el caso de la PPR) de pronóstico favorable de reinserción social y, sin embargo, su revocación se condicione a la peligrosidad, pues no son términos siempre coincidentes, pueden tener ligeras diferencias. El pronóstico de reinserción puede tener un umbral de exigencia mayor que el de peligrosidad. La referencia a la peligrosidad criminal en ocasiones se indica literalmente y en otras ocasiones se le da el contenido de pronóstico de reinserción social. La diferencia es sutil, pero relevante ya que, mientras en la peligrosidad parece que se quiera constatar la existencia o no de la probabilidad de delinquir, en el pronóstico de reinserción social la exigencia puede ser mayor si se requiere no sólo la ausencia de factores negativos, sino también la presencia de factores positivos

imposibilidad de mantener el pronóstico de falta de peligrosidad criminal, sino que habría que acreditar que la probabilidad de reiteración existente se refiere específicamente a la comisión de delitos graves, como el asesinato agravado o el genocidio. En caso contrario, la identidad de fundamentación que permite afirmar la legalidad de una privación de libertad más allá del plazo punitivo habrá desaparecido y, por consiguiente, se habrá vulnerado el art. 5 CEDH.

D.2.2. La comisión de un nuevo delito

Respecto al supuesto de la comisión de un nuevo delito, se trata de la novedad más sobresaliente de la nueva regulación, como consecuencia de la cual esta circunstancia deja de ser motivo ineludible e incondicionado de la revocación de la suspensión. A partir de ahora, no cualquier delito llevará a la revocación de la suspensión, sino sólo aquel que pueda incidir, de forma negativa, en el pronóstico de reincidencia, es decir, debe relacionarse con la peligrosidad criminal¹⁸⁶⁵. Se trata, por tanto, de un criterio de corte estrictamente preventivo-especial¹⁸⁶⁶.

La doctrina mayoritaria entiende que para poder proceder a la revocación el nuevo delito ha de ser de la misma naturaleza, es decir, debe existir cierta conexión o vinculación con el delito que permitió la aplicación de la PPR. Así mismo, si se trata de algo accidental o no buscado y que no afecta a la evolución hacia la reinserción que está llevando a cabo el preso, el fundamento de la libertad condicional seguirá vigente¹⁸⁶⁷. En sentido similar, pero con matices, se pronuncia GUIASOLA. En opinión de esa autora, junto a la común naturaleza del delito y/o a la reiteración del mismo, debe tenerse en cuenta la gravedad

¹⁸⁶⁵ El art. 86.1.a señala que: “cuando el penado sea condenado por un delito cometido durante el período de suspensión y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaban la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida”. GOYENA, “La suspensión”, p. 15, señala que se trata de una exigencia análoga a aquella que permite otorgar la suspensión a penados con antecedentes penales por delitos dolosos previsto en el art. 80.2.1º), cuando éstos “por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros”.

¹⁸⁶⁶ En este sentido se manifiestan AYALA, “La suspensión”, p. 218, quien considera positiva esta modificación, porque permite no revocar de forma automática; y GOYENA “La suspensión”, p. 15, quien afirma que el legislador pretende dar un voto de confianza a quien vuelve a cometer otro delito, siempre que esa recaída no influya en el pronóstico positivo de reinserción. Cabe mencionar, que la redacción de 2010 (art. 93) y también el texto del primer Anteproyecto de julio de 2012, sólo hablaban de “delinquire” o de “la comisión de un nuevo delito”, respectivamente, redacción última que criticó el Consejo Fiscal en su Informe al Anteproyecto de reforma del CP de 2012, p. 87, señalando que “probablemente la comisión de un delito doloso menos grave o un delito imprudente no deberían llevar por sí misma y en todos los casos a tal revocación. Ésta es al menos la opinión mayoritaria de la doctrina alemana”.

¹⁸⁶⁷ En esta línea, CANO, “Suspensión”, 2015, p. 353; GARCÍA ALBERO, “La suspensión”, p. 165; y GOYENA, “La suspensión”, p. 15. Este último cita como ejemplos que no deberían conllevar la revocación, el delito imprudente, el delito contra la seguridad vial, contra el honor, o un delito de naturaleza completamente distinta (por el bien jurídico protegido, por el tipo de acción ejecutada...) al delito respecto del que se otorgó la suspensión. Aunque GOYENA se refiere a la revocación de la suspensión del art. 86, institución jurídica que sólo es aplicable a las penas de prisión de hasta dos años, como ese precepto es también aplicable en el caso de la libertad condicional de la PPR debido a la remisión que hace el art. 92 a aquél, su interpretación es extrapolable a la PPR.

del nuevo delito, ya que considera que, aunque el nuevo delito sea de diferente naturaleza, si se trata de un delito grave, sin duda, habría que revocarse¹⁸⁶⁸.

El criterio de la identidad de delitos por su gravedad, a la que GUIASOLA hace referencia, es una de las exigencias que derivan del art. 5.1.a CEDH, como hemos explicado previamente. Aunque no exige que los delitos sean idénticos, sí requiere que sean similares. Siguiendo la jurisprudencia de ese Tribunal, en el caso de la PPR, se podría argumentar que, por ejemplo, un hurto o un delito contra el honor, no deberían ser causa automática de revocación, porque no guardan relación alguna con los delitos para los que se prevé la PPR, que son principalmente de asesinato agravado. Si se revocase la libertad condicional ante delitos como el hurto, el TEDH podría entender que no existe suficiente base legal en la sentencia original para revocar la libertad condicional. Cuando no existe esa identidad de delitos en cuanto a la gravedad, como alternativa a la revocación, podrían modificarse las reglas de conducta o prorrogar la duración de la libertad condicional.

D.2.3. Incumplimiento de las reglas de conducta

Respecto a otro de los supuestos que dan lugar a la revocación -el incumplimiento grave o reiterado de las reglas de conducta-, es importante poner de manifiesto que la Fiscalía General del Estado les concedió en su día el valor de mero test para revocar la concesión del beneficio. Por eso, llegó a recomendar a los fiscales de vigilancia penitenciaria que solicitaran su imposición para poder revocar más fácilmente, dada la dificultad para hacerlo en los casos de comisión de un nuevo delito. Como ese delito de nueva comisión ha de ser declarado mediante una sentencia firme, en muchas ocasiones, debido a la lentitud de la administración de justicia, tal circunstancia no se produce sino tras la conclusión del período de libertad condicional, momento en que, obviamente, ya no es posible la revocación. El incumplimiento de las medidas y reglas de conducta hace más factible la revocación inmediata de la libertad condicional¹⁸⁶⁹, pero no deja de ser una práctica no aconsejable que podría calificarse como fraude de ley, ya que se pretende alcanzar unos objetivos distintos y contrarios a los propios que persigue la imposición de esas reglas.

¹⁸⁶⁸ GUIASOLA, *Libertad Condicional*, p. 76. Por esa razón, considera cuando se trata de una condena, por ejemplo, por un delito contra la seguridad vial, en el caso de un liberado condicional por delito patrimonial y contra el orden socioeconómico, esa sentencia no tendría por qué conllevar la revocación. Explica esa autora que el criterio de la naturaleza común del delito y/o reiteración del mismo fue propuesto por la Fiscalía de Vigilancia Penitenciaria, en relación con la libertad condicional ordinaria del art. 90. De hecho, esta autora se refiere al art. 90 es decir, aquella prevista para las penas de prisión impuestas por delitos diferentes a los que llevan a imponer la PPR, por ello, al indicar, a modo de ejemplo, el primer delito cometido señala que podría tratarse de un delito patrimonial, cosa que no es posible en la PPR. A pesar de ello, sus consideraciones son perfectamente aplicables a la PPR, porque el precepto al que se refiere, el art. 86, es también aplicable en el caso de la PPR (tanto el art. 90 como el 92 hacen remisión a ese precepto).
¹⁸⁶⁹ AA. VV. (2000), Memoria elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado. Madrid, Imprenta del Boletín Oficial del Estado.

También es importante subrayar que, como advierte CERVELLÓ, la dicción que utiliza el precepto permite que sean incumplimientos no graves, pero sí reiterados, o bien puntuales, pero graves, lo que resulta inadecuado en una pena como la PPR, dada la trascendencia que conlleva el reingreso en prisión. Por ello, según esta autora, debería interpretarse de manera restrictiva, es decir, que el incumplimiento sea grave y además reiterado en el tiempo, y que la sustracción al control también lo sea, para que no suponga una consecuencia desproporcionada¹⁸⁷⁰.

En este punto, nuevamente debemos reiterar lo dicho respecto a la garantía de la identidad de fundamentación que exige el TEDH. A modo de resumen, la revocación por un incumplimiento grave o reiterado de las reglas de conducta que no revele la probabilidad de comisión de un delito similar al delito cometido inicialmente difícilmente respetaría esa garantía que exige el art. 5 CEDH. Para que una revocación basada en tal motivo se considerase legal a la luz de dicho precepto, sería necesario que se tratase de un comportamiento (como, por ejemplo, el abuso de droga) que determinó de forma clara la comisión de delito original que llevó a la imposición de la PPR, por lo que ese incumplimiento evidenciase la probabilidad de cometer nuevamente otro delito similar a aquél.

D.2.4. La no colaboración con la justicia

En cuanto a las restantes tres situaciones que pueden dar lugar a la revocación (facilitar información inexacta o insuficiente sobre el patrimonio; o también sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; y no dar cumplimiento conforme a su capacidad al compromiso de pago de las responsabilidades civiles) son también las mismas que pueden dar lugar a la denegación de la concesión de la libertad condicional de la prisión ordinaria (art. 90.4), pero no de la PPR. Sin embargo, aunque estas circunstancias no sirvan para denegar la concesión de la LC en el caso de la PPR, sí son, como acabamos de ver, situaciones que pueden dar lugar a la revocación de la libertad condicional, lo que produce cierta sorpresa, pero que se explica de nuevo por la técnica legislativa deficiente que caracteriza la regulación de la libertad condicional¹⁸⁷¹. Estos supuestos también han causado asombro por su incoherencia en una figura que está

¹⁸⁷⁰ CERVELLÓ, *Prisión perpetua*, p. 227.

¹⁸⁷¹ En este caso sucede algo muy parecido a lo que sucedía en el caso de la aplicación del art. 84 sobre las prestaciones y medidas, al cual no se hacía remisión directa ni en el art. 90 ni en el 92, pero como éstos dos artículos sí hacen remisión al art. 86 y éste menciona el art. 84, se entendía que era aplicable por remisión indirecta. En el caso de estas causas de denegación sucede algo muy parecido, ya que aunque el art. 92 no los recoja como causas de denegación de la concesión de la LC, como el art. 86 sí es aplicable y éste sí menciona esas causas como causas de revocación, se entiende que sí pueden ser causa de revocación. Podría entenderse que el régimen de la libertad condicional en el caso de la PPR es más favorable en este punto, porque esas circunstancias no se contemplan como razones que pueden dar lugar a la denegación de la concesión de la libertad condicional (y sí se contemplan en el caso de la prisión ordinaria, aunque no tiene carácter preceptivo), sino que sólo actúan como razones que pueden dar lugar a la revocación de la LC, pero no a su concesión.

valorando la necesidad o no de la pena por razones de prevención especial¹⁸⁷². Por las mismas razones anteriormente apuntadas, estas tres situaciones son difícilmente compatibles con el art. 5.1.a CEDH, pues no guardan conexión alguna con el delito originalmente cometido, por lo que una revocación por esos motivos no encontraría base legal en la sentencia de PPR impuesta.

D.2.5. Las consecuencias de la revocación

Para finalizar con este apartado, debemos referirnos a las consecuencias de la revocación de la LC. Al regularse la libertad condicional como una modalidad de la suspensión, en caso de revocación, ha de cumplirse toda la pena que restaba por cumplir cuando se concedió la libertad condicional (art. 90.6)¹⁸⁷³, lo que, en opinión de algunos autores, vulnera el principio *non bis in ídem*, por el doble cumplimiento de una parte de la pena impuesta por un mismo delito¹⁸⁷⁴. NÚÑEZ considera que, además de poder vulnerar el principio de proporcionalidad (pues la gravedad de las causas de la revocación puede no guardar relación con los efectos que dicha revocación conlleva), es desmotivador para el preso, porque se retrotrae al momento en que se concedió la LC como si nunca hubiese cumplido las condiciones que se le impusieron¹⁸⁷⁵.

Una cuestión relevante que surge, en el caso de la PPR, es cuánto tiempo deberá cumplirse en prisión tras la revocación, dado que se trata de una pena indeterminada. Una fecha podría ser hasta la próxima revisión, que se celebra como mínimo cada 2 años. Sin embargo, no hay nada que indique tal posición. En opinión de RÍOS, en caso de que se cometa un delito durante la suspensión de la pena, el penado ya no tendrá oportunidad de salir más; la prisión será perpetua definitivamente¹⁸⁷⁶. El estudio sobre la LC llevado a cabo en Catalunya señala que los profesionales reconocen que las personas que han tenido una revocación tienen una probabilidad muy baja de volver a obtener la LC¹⁸⁷⁷. Tampoco se dice nada sobre si el tiempo a cumplir debería ser similar en todos los casos (la revocación que se produce por la comisión de un nuevo delito, por el incumplimiento de las reglas de conducta, por no facilitar información sobre su patrimonio o por la reaparición de la peligrosidad).

¹⁸⁷² CERVELLÓ *Prisión perpetua*, p. 228.

¹⁸⁷³ Sin embargo, en el texto legal de 2010, la revocación de la LC suponía el cumplimiento del resto de la pena, sin perjuicio del tiempo transcurrido en libertad condicional (art. 93.1).

¹⁸⁷⁴ RENART, “La libertad condicional”, p. 231; y NÚÑEZ, “Libertad condicional”, p. 10.

¹⁸⁷⁵ NÚÑEZ, “Libertad condicional”, p. 10.

¹⁸⁷⁶ RÍOS, *La prisión perpetua*, p. 49.

¹⁸⁷⁷ Área de Investigación y Formación Social y Criminológica, *Libertad Condicional*, 2014, p. 278.

D.3. Modificación, alzamiento y prórroga de las prohibiciones y deberes

Además de la revocación, otra de las situaciones que puede producirse durante el cumplimiento de la libertad condicional es la modificación¹⁸⁷⁸ de las prohibiciones, deberes o condiciones impuestas. La modificación puede darse en dos supuestos: cuando se produzca un cambio de las circunstancias valoradas¹⁸⁷⁹ o cuando el incumplimiento no sea grave o reiterado¹⁸⁸⁰.

En el primer supuesto, el tribunal podrá imponer nuevas prohibiciones, deberes o prestaciones, modificar las existentes o alzar dichas reglas. En este caso no se recoge la posibilidad de prórroga, cosa que sí se hace en el segundo supuesto, sin embargo, se entiende que el término “modificar” podría incluir esta posibilidad. En opinión de CERVELLÓ, la posibilidad que tiene el tribunal para acordar la imposición de nuevas prohibiciones, modificarlas o alzarlas si cambian las circunstancias valoradas, aumenta la discrecional judicial en esta figura, sin suficientes garantías por no constar los criterios de modificación y dejando al penado en una total indefensión¹⁸⁸¹.

En el segundo supuesto, el tribunal podrá también imponer nuevas prohibiciones, deberes o prestaciones, modificar las existentes o prorrogar el plazo de libertad condicional¹⁸⁸². Como se puede observar, a diferencia del primer supuesto, no se podrán alzar las reglas de conducta, ya que, como es lógico, el incumplimiento no puede dar lugar al alzamiento de las mismas.

Para finalizar, es importante recalcar que la imposición de las prohibiciones y deberes debe realizarse atendiendo a las necesidades que presenta la persona concreta y evitando que supongan una carga excesiva que finalmente les lleve a su incumplimiento y el regreso en prisión.

E. El procedimiento de revisión: concesión de la libertad condicional

Este apartado está dedicado a explicar el procedimiento que debe seguirse a la hora de tomar la decisión sobre la concesión o no de la libertad condicional en el caso de

¹⁸⁷⁸ Como he señalado supra, nota al pie 1853 en la redacción anterior de 2010 sólo cabía la revocación, no se contemplaba la modificación, es decir, si se delinquía o incumplían las reglas de conducta, la única respuesta que contemplaba el CP (art. 93) era la revocación. La modificación de las reglas de conducta sólo se preveía para el caso de la suspensión de los arts. 80 y 86 y en la medida de seguridad, pero no para la libertad condicional.

¹⁸⁷⁹ Art. 92.3.2º párrafo sobre la PPR y art. 90.5.2º párrafo, en relación con la prisión ordinaria.

¹⁸⁸⁰ art. 86.2, por remisión del art. 90.5.1º párrafo y art. 92.3.1º párrafo

¹⁸⁸¹ CERVELLÓ, *Prisión perpetua*, p. 224.

¹⁸⁸² Art. 86.2. a) y b). En caso de prórroga, la duración no podrá exceder de la mitad de la fijada inicialmente. Ese límite hace alusión a la prisión ordinaria, pero no a la PPR, ya que en este caso no existe ninguna duración determinada que pueda tomarse como referencia. En opinión de la autora GONZALEZ TASCÓN, “PPR”, p. 26, sería posible que la suspensión de la ejecución del resto de la pena de PPR durase un máximo de quince años.

la PPR. Tras una breve referencia a los órganos encargados de conceder y también de revocar la libertad condicional, tanto en el caso de la pena ordinaria como en el caso de la PPR, y al procedimiento de concesión de la libertad condicional en el caso de las penas ordinarias, nos centraremos en el procedimiento de revisión previsto para la nueva pena de prisión indeterminada.

En el caso de la prisión ordinaria, es el JVP el órgano competente para conceder la libertad condicional (art. 90.1) o para revocarla (art. 90.5.3º párrafo), así como para modificar las reglas de conducta impuestas (art. 90.5.2º párrafo)¹⁸⁸³. Sin embargo, en el caso de la PPR, se sigue un régimen procedimental distinto, atribuyéndose la competencia para otorgar la libertad condicional, sorprendentemente, al tribunal—sin concretar si se refiere al sentenciador— (art. 92.1), así como también para la modificación de las reglas de conducta (art. 92.3.2º párrafo)¹⁸⁸⁴. Concretamente para la concesión de la LC, la Exposición de motivos (II) especifica que debe ser un tribunal colegiado quien realice la revisión. Por tanto, parece que el JVP pierde competencias en la PPR¹⁸⁸⁵. En ese caso se estarían derogando los preceptos de la legislación penitenciaria que encomiendan al JVP la concesión de la libertad condicional (así, por ejemplo, el art. 76.2.b LOGP y art 198 RP)¹⁸⁸⁶. La única competencia que se atribuye al JVP es la revocación¹⁸⁸⁷ (art. 92.3 *in fine*).

En relación con la competencia que se le otorga al tribunal en el caso de las penas de PPR, la doctrina ha venido interpretando que son los tribunales sentenciadores los órganos competentes en materia de las penas de PPR. Dicha interpretación encuentra firmes opositores en el propio ámbito doctrinal, como es el caso de GUIASOLA, quien defiende que, además de contribuir a la sobresaturación de trabajo, resulta incoherente

¹⁸⁸³ Aunque el citado art 90.5.2º párrafo otorga competencia al JVP para modificar las reglas de conducta, como se ha explicado más arriba, ese precepto solo contempla un caso en el que se pueden modificar las reglas (cuando se produce un cambio en las circunstancias valoradas), pero debido a la remisión que se hace al art. 86, también se pueden modificar las reglas cuando hay un incumplimiento de las prohibiciones, deberes o condiciones. En ese segundo caso, según señala el art. 86, la competencia la tiene el juez o tribunal, por lo que se produce una confusión sobre el órgano responsable. Lo mismo sucede en el caso de la revocación, debido también a la remisión al art. 86, como explicaré más abajo.

¹⁸⁸⁴ El art. 92.3.2º otorga también al juez (además de al tribunal) la competencia para modificar las reglas de conducta, pero como señala GONZALEZ TASCÓN, “PPR”, p. 25, nota al pie 92, se trata de una deficiencia técnica más, porque la gravedad de la PPR determina que sea siempre un órgano colegiado quien la imponga.

¹⁸⁸⁵ Como señala LANDA, “Fines de la pena”, pp. 99-103, en Alemania hubo un debate sobre el reparto competencial entre el tribunal sentenciador y el juez de ejecución en el caso de la prisión perpetua, resolviendo el TC en 1992 a favor del segundo. Como explica ese autor, una vez pasado un periodo mínimo de cumplimiento efectivo de prisión, se revela una predominancia de aspectos preventivo-especiales a la hora de identificar el criterio rector que determina la concesión o denegación de la libertad condicional. En atención a ese esquema, el TC concluyó que debía ser el JVP, no el tribunal sentenciador quien debe tomar la decisión sobre la libertad.

¹⁸⁸⁶ MIR PUIG, *Derecho penitenciario*, pp. 64-65.

¹⁸⁸⁷ Como se puede observar, la competencia para revocar la libertad condicional la ostenta el JVP, tanto en el caso de la prisión ordinaria (art. 90.5.3º párrafo) como de la PPR (art. 92.3 *in fine*). Sin embargo, el art. 86, relativo a ciertos casos de revocación, que también se aplica por remisión de aquellos artículos, señala que la competencia la tiene el juez o tribunal. Como pone de relieve SALAT, “Libertad condicional”, p. 199, esta confusa regulación sobre cuál es el órgano responsable es consecuencia de la mala técnica empleada.

con el resto de la legislación, fundamentalmente porque los jueces y tribunales carecen de la cercanía que los JVP tienen respecto a la ejecución y del conocimiento de la evolución del penado, tras 25 años en el centro penitenciario¹⁸⁸⁸.

En opinión de quien suscribe, las referencias al tribunal colegiado y al tribunal, sin especificar en ningún momento que debe tratarse del tribunal sentenciador, deberían entenderse realizadas a un órgano distinto del sentenciador, de composición multidisciplinar, no siendo únicamente profesionales de la judicatura quienes lo constituyan, sino también personas con conocimientos sobre la conducta humano (aunque el JVP sea quien lo presida), al estilo de la Junta de Libertad Condicional del Reino Unido¹⁸⁸⁹.

Aunque es cierto que la normativa española no permite la composición multidisciplinar del tribunal, sí se abre a la posibilidad de asesoramiento por parte de expertos de otros ámbitos distintos al jurídico. La adopción de un modelo similar al inglés sería conveniente, teniendo en cuenta que lo que corresponde valorar a este órgano es, fundamentalmente, la evolución del preso en prisión y la conducta futura en caso de salir de prisión. Por ello, parece adecuado que en esa valoración, los profesionales con una formación más especializada sobre la conducta del ser humano (como pueden ser un psicólogo, psiquiatra o criminólogo) tengan no sólo una función informativa, sino también potestad de decisión junto con el juez¹⁸⁹⁰. Una composición del tribunal de esa naturaleza podría facilitar la toma de decisión. Así mismo, sería interesante, al igual que sucede en el Reino Unido, que los miembros del tribunal pudiesen intervenir haciendo preguntas al preso, a los testigos y a los profesionales de prisión, para evitar de esta manera que todo el peso de la prueba recaiga en el preso, teniendo que ser aquél quien pruebe la falta de riesgo de reincidencia, en lugar de ser la Administración Penitenciaria quien justifique que debe seguir en prisión.

En cuanto al procedimiento a seguir, en el caso de la prisión ordinaria, el art. 90.7 señala que el JVP “resolverá de oficio” y, a continuación, añade “a petición del penado”. Como pone de relieve REBOLLO, existe una *contradictio in terminis*, porque no queda claro si el penado debe iniciar el procedimiento¹⁸⁹¹. Sin embargo, atendiendo a los arts.

¹⁸⁸⁸ GUIASOLA “Libertad Condicional”, pp. 383 y 384. De la misma autora, *Libertad condicional*, p. 61.

¹⁸⁸⁹ Véase también en este capítulo, *supra*, el apartado I.2.C.

¹⁸⁹⁰ LARRAURI, “Informe psicosocial”, *passim*, también ha defendido la participación de equipos expertos, concretamente, la necesidad del informe social antes de decidir la pena comunitaria a imponer, lo que permitiría una mejor elección y adecuación de aquélla al caso concreto y, consiguientemente, una mayor tasa de cumplimiento.

¹⁸⁹¹ REBOLLO, “Libertad condicional”, pp. 23 y 24. También BENÍTEZ YÉBENES, *Vigilancia Penitenciaria*, p. 510 destaca esa contradicción y considera que debe interpretarse en el sentido de que posibilita al interno iniciar el expediente, a diferencia de lo que sucedía hasta ahora que sólo estaba en manos de la Administración. Otra de las incoherencias de este artículo que destaca REBOLLO, “Libertad condicional”, pp. 23 y 24 y también GUIASOLA, *Libertad condicional*, p. 61 es que, mientras en el inciso primero se atribuye al JVP la competencia para otorgar la LC,

194 y 198 RP, siguen estableciendo la obligación de incoación de oficio por parte de la Administración Penitenciaria, más concretamente, la Junta de Tratamiento, porque es quien dispone del expediente del interno y conoce cuándo concurren los requisitos para la concesión de la LC, particularmente los tiempos exigidos en las diversas modalidades de ésta. Una vez reunida toda la información¹⁸⁹², la totalidad del expediente se remitirá al JVP para su aprobación. Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta la Instrucción 4/2015 de la DGIP, la cual aclara que no debe realizarse una interpretación restrictiva, en el sentido de que ha de ser iniciada exclusivamente por el penado. De modo que además de la previa petición del interno, también es factible que el JVP continúe actuando como hasta ahora, es decir, de oficio a través de la remisión del expediente de propuesta de libertad condicional que le es facilitado por la Junta de Tratamiento¹⁸⁹³.

En el caso de la PPR, según el art. 92.1 *in fine*, el procedimiento de LC se iniciará de oficio por el tribunal, a través de un procedimiento oral contradictorio en el que intervendrán el Ministerio Fiscal y el penado, asistido por su letrado¹⁸⁹⁴. Por tanto, se recoge el derecho del penado a estar presente en la audiencia oral, pero no se garantiza la posibilidad de dar audiencia al mismo. A pesar de la previsión de una vista oral para determinar si se concede o no la LC, este mandato no se regula procesalmente, lo que pone en duda su aplicabilidad práctica. De hecho, tampoco en las penas de prisión ordinarias la ley establece una regulación expresa para la tramitación del procedimiento de concesión¹⁸⁹⁵, por ello, sorprende que lo haga para la PPR. La razón puede encontrarse en el carácter indeterminado de esta pena, ya que al ser la libertad condicional la única vía para salir de prisión, de no concederse, puede que quizá nunca salga de prisión (lo que no ocurre en el caso de las penas determinadas, en las que a pesar de no disfrutar de la libertad condicional existe una fecha concreta de cumplimiento de la pena y, por consiguiente, un día saldrán de prisión de forma definitiva¹⁸⁹⁶). Dada la trascendencia que tiene la libertad condicional en esta pena indeterminada, quizá el legislador haya

en el último inciso se señala que, en caso de ser desestimada la libertad condicional, el “tribunal o juez” podrá fijar un plazo de 6 meses, hasta que la pretensión pueda ser nuevamente planteada.

¹⁸⁹² La Junta de Tratamiento reunirá en dicho expediente la información que se recoge en el art. 195 RP: testimonio de la sentencia y liquidación de condena, certificación acreditativa de los beneficios penitenciarios y de la clasificación en tercer grado, informe pronóstico de integración social emitido por esa Junta, programa individual de LC y plan de seguimiento, acta de compromiso de acogida del familiar que se designe etc.

¹⁸⁹³ REBOLLO, “Libertad Condicional”, p. 24 y GUIASOLA, *Libertad Condicional*, pp.58-59.

¹⁸⁹⁴ El Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto (de julio de 2012), p. 86, criticaba la no inclusión de esta previsión señalando que “llama la atención... que no se disponga un procedimiento contradictorio de revisión con audiencia del penado y de su representación procesal y del Ministerio Fiscal. Entendemos que esta previsión es necesaria”.

¹⁸⁹⁵ En el caso de las penas de prisión ordinarias, ante esta ausencia de regulación, TÉBAR, “Libertad condicional”, pp. 192-193 considera que deberá intervenir el Ministerio Fiscal y también que deberían darse audiencia al penado y en determinados casos a la acusación particular, si la hubiese, que compareció en el proceso penal declarativo.

¹⁸⁹⁶ Aunque bien es cierto que, como se señaló en el capítulo primero, apartado I, existen penas determinadas muy elevadas que, en la práctica, pueden impedir la salida de prisión.

decidido dotar a la revisión de la PPR de mayores garantías o, simplemente, lo haya hecho para evitar una posible conculcación del CEDH, concretamente del art. 5.4.

El TEDH ha señalado que, cuando se trata de valorar circunstancias que son susceptibles de cambio, como la peligrosidad, es necesario que se lleve a cabo una audiencia en la que la persona privada de libertad esté presente y sea oída, bien en persona o mediante representante legal. Como ha explicado ese tribunal, las circunstancias iniciales que llevaron a la privación de libertad pueden cambiar, lo que puede afectar a la legalidad de la continuación de la privación de libertad, por ello, resulta necesario llevar a cabo una audiencia. En el caso de la PPR, deben valorarse una serie de criterios que se recogen en el art. 92 para concluir si existe un pronóstico favorable de reinserción, sin éste, no es posible conceder la libertad condicional. Esto supone que se parte de una presunción de peligrosidad y, por consiguiente, a la luz del CEDH, será necesario realizar una audiencia.

Sin embargo, aunque la previsión de un procedimiento oral contradictorio se encuentra en consonancia con lo señalado por el TEDH, hay otros aspectos que se alejan de aquel o, al menos, no se recogen ni en el CP ni en ninguna norma penitenciaria, lo que genera gran inseguridad jurídica. Como hemos adelantado, el Tribunal de Estrasburgo articula una serie de derechos y garantías procesales que han de asistir a la persona presa, como tener acceso a toda la información que se presenta, poder interrogar a aquellos que presentan pruebas contra él o llamar a testigos, para así posibilitar una adecuada participación del penado en el procedimiento¹⁸⁹⁷. Por tanto, a pesar de ser positivo que el CP prevea una audiencia oral, existe un claro déficit procesal penitenciario sobre esta cuestión de suma importancia, teniendo en cuenta que se trata de determinar, en términos del CEDH, si la base legal de la privación de libertad sigue existiendo (art. 5.1.a) y, en definitiva, si procede o no conceder la LC. Esta carencia de un desarrollo normativo sobre el procedimiento de revisión es claramente contraria a la seguridad jurídica. De hecho, si nos fijamos en los permisos penitenciarios -como apuntábamos *supra* 2.D-, aunque el preso tiene derecho a ser oído y a pedir la práctica de la prueba de conformidad con la normativa administrativa, en la práctica no se produce, porque la legislación penitenciaria no ha configurado ningún procedimiento para ese fin ni se remite a la normativa procesal¹⁸⁹⁸.

¹⁸⁹⁷ Véase por todos STEDH, *Waite c. Reino Unido*, p.12, párrafo 59 o STEDH, *Singh c. Reino Unido*, p. 22, párrafos 67.

¹⁸⁹⁸ Como señala BENÍTEZ YÉBENES, *Vigilancia penitenciaria*, pp. 426-432, aunque en nuestro ordenamiento jurídico la oralidad viene impuesta por el art. 120.2 CE (“*El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal*”), así como por el art. 229.1 LOPJ, en el procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia, se ha optado por un procedimiento esencialmente escrito frente a la oral. Para un análisis más detallado sobre la ausencia de una ley procesal de vigilancia penitenciaria que regule el procedimiento ante esos juzgados (con la consiguiente

En este punto resulta interesante poner de manifiesto la opinión de REINOLD y THOMAS quienes defienden que en el procedimiento de concesión de la libertad condicional deberían aplicarse las mismas garantías procesales que derivan del principio del debido proceso que rigen en la determinación de la pena. Consideran que en ambos procedimientos se valora el riesgo que supone una persona para la sociedad y cuánto tiempo debería permanecer en prisión. Entienden que se trata de dos caras de la misma moneda y, por consiguiente, no tiene sentido aplicar un estándar inferior en el caso de la revisión de la pena¹⁸⁹⁹.

Un modelo a seguir a la hora de revisar la PPR podría ser el del Reino Unido, concretamente el de Inglaterra y Gales, que se ha ido construyendo y moldeando a la luz de las sentencias emitidas por el TEDH. En aquel país existe una larga tradición en lo que respecta a las audiencias para determinar si se concede la LC. Como se ha señalado *supra* (apartado I de este capítulo), concretamente desde 1992, con la creación de los comités se vienen realizando dichas audiencias.

Una característica destacable de ese sistema es que el preso está presente y puede dar su opinión, otorgándole la última palabra tras el interrogatorio de los testigos. Según el estudio de PADFIELD y LIEBLING, los abogados que dejaban hablar por sí mismos al preso fueron los más efectivos; su papel fue clave para convencer al tribunal. Esto demuestra la importancia que tiene reconocer el derecho del preso a participar en el procedimiento. Otra particularidad importante que debe subrayarse es la posibilidad que se otorga a las partes de presentar cualquier prueba documental, así como de presentar e interrogar a los testigos. A menudo, los familiares y amigos de los presos son llamados a testificar y también expertos como psicólogos o psiquiatras y el personal de prisión¹⁹⁰⁰. Como se pudo comprobar en el citado estudio, los testigos jugaron un papel muy influyente.

En cuanto al desarrollo de la audiencia que se lleva a cabo por los comités en el Reino Unido, se asemeja a las que se realizan en los tribunales ordinarios. Primero, se practica la prueba mediante el interrogatorio de los testigos, luego se da la última palabra a los presos y finalmente se procede a la lectura de las conclusiones finales. Sin embargo, todo el procedimiento es mucho más informal que el que se desarrolla en los tribunales ordinarios. El comité puede interrumpir en cualquier momento y hacer preguntas; todas las personas, incluidos los testigos, están presentes en la sala desde el inicio y no todos

inseguridad jurídica que ello genera), así como las dificultades de articular un procedimiento oral, véase en la citada obra las pp. 397- 434.

¹⁸⁹⁹ REINOLD y THOMAS, "From Grace to Grids", pp. 214 y 249-250.

¹⁹⁰⁰ PADFIELD y LIEBLING, *Discretionary Lifer Panels*, pp. 101-103.

los que asisten saben desde el inicio si van a ser llamados a testificar, incluso a veces, es posible que algunos funcionarios intervengan cuando no han sido formalmente citados para testificar. Un modelo similar a este podría ser adecuado en el caso de la PPR.

En cuanto al tribunal que ha de realizar la revisión, como se ha apuntado en el apartado anterior, según la Exposición de motivos debe ser un tribunal colegiado. Fijándonos nuevamente en el sistema del Reino Unido, hasta el año 2009 los comités estaban compuestos por tres personas, aunque en la actualidad se permite que se constituya por una sola persona. Los miembros suelen ser un juez, un psicólogo o psiquiatra y el oficial de libertad condicional o un criminólogo, siendo el juez quien preside. La composición plural y mixta del tribunal, integrada por personas que tienen diferente formación académica y experiencia profesional (con expertos del ámbito social, además del jurídico), permite adoptar de forma más integral una decisión tan trascendental como es si procede o no conceder la libertad condicional.

Volviendo nuevamente al sistema de revisión español, se plantea una cuestión procesal relevante, sobre la que no se pronuncia el CP, ni tampoco las normas penitenciarias. Es la relativa a quién corresponde la carga de la prueba: si al preso o a la administración penitenciaria. No hay ninguna indicación sobre si, en la vista oral que tendrá lugar para decidir si se concede la libertad condicional a la persona que cumple una pena de PPR, es el preso (o su representante) quién debe convencer al juez de que no representa un riesgo de comisión de nuevos delitos (graves) o, si por el contrario, es la Administración Penitenciaria la que debe probar (en caso de que así lo considere), que el preso debe seguir privado de libertad.

Si la razón que permite mantener a una persona en prisión, más allá del plazo de revisión previsto por el CP, es que no existe un pronóstico favorable de reinserción o, en otras palabras, que hay una probabilidad de reiteración delictiva, lo que debe hacerse es probar que existe ese riesgo y no al revés, que no existe. Por tanto, debe ser la Administración Penitenciaria la que debe constatar esa circunstancia. De no hacerlo así, sería aceptar una presunción de peligrosidad en contra del reo, cuando ni siquiera para imponer la PPR se ha exigido su comprobación. La recomendación (2003) 22 sobre la libertad condicional también apunta en esta línea, al indicar que la carga de la prueba corresponde a las autoridades y no al preso (párrafo 20).

Sin embargo, teniendo en cuenta, como dice TAMARIT, que el legislador parte de una presunción de peligrosidad, salvo prueba en contrario, parece que la tendencia será la de exigir al preso que demuestre que no existe probabilidad de reiteración delictiva¹⁹⁰¹.

¹⁹⁰¹ TAMARIT, "PPR", p. 96.

De hecho, es lo que ocurre en el Reino Unido donde, a pesar de que la ley no dice nada al respecto, en la práctica, los comités sienten que es el preso quien tiene la carga y, por ello, es el representante del preso el que, con mayor frecuencia, llama los testigos¹⁹⁰².

En contraste con la nula regulación sobre la participación del reo y su representante legal y los derechos procesales de que disponen durante la celebración de la vista oral, el nuevo Estatuto de la Víctima otorga amplias facultades a la víctima para su participación en el procedimiento. La víctima puede recurrir el auto por el que se concede la LC cuando se trate de ciertos delitos como, por ejemplo, delitos de homicidio, lesiones, contra la libertad e indemnidad sexual, robo cometidos con violencia o intimidación, terrorismo o delitos cometidos en organizaciones o grupos criminales, siempre y cuando se hubiera impuesto una pena de más de cinco años de prisión (art. 13.1.c)¹⁹⁰³. También puede recurrir el auto mediante el cual se permite que el cómputo para disfrutar de la LC no se realice sobre la suma total de las penas impuestas, sino el máximo legal, cuando la víctima lo fuera de alguno de los delitos mencionados (art. 13.1.b)¹⁹⁰⁴. Además del derecho a recurrir esos autos, se les legitima para que interesen la imposición al liberado condicional las medidas o reglas de conducta que consideren necesarias para garantizar su seguridad, cuando aquél hubiera sido condenado por hechos de los que pueda derivarse razonablemente una situación de peligro para la víctima (art. 13.2.a). Este protagonismo procesal sin parangón no acaba ahí, también pueden presentar alegaciones antes de que el JVP pueda dictar alguna de las resoluciones que hemos indicado (art. 13.1.b) y pueden solicitar la notificación de las decisiones y resoluciones penitenciarias, esté personada o no en la causa (art. 7.1.f).

Además, debe señalarse que el propio art. 13 permite que se recurran los anteriores autos, incluso aunque no se hubieran mostrado parte en la causa (siendo suficiente que hubieren solicitado, conforme al art. 5.1.m, que se les notifique dichas las resoluciones). Por tanto, mientras que determinadas víctimas deberán haberse constituido como partes en el proceso penal, a través de la acusación particular, las víctimas que lo sean por los

¹⁹⁰² ARNOTT y CREIGHTON, Hearings, 2014, p. 58, párrafo 3.95 y PADFIELD, *Beyond the Tariff*, p.143.

¹⁹⁰³ En cambio, en cuanto al interno, como indican CÁMARA y FERNÁNDEZ BERMEJO, “Ocaso del humanismo”, p. 209, la revisión de la PPR pende de la decisión definitiva que adopte el tribunal, ya que no existe la posibilidad de recurrirla por parte de aquél.

¹⁹⁰⁴ Los recursos contra los autos del JVP podrán tener efecto suspensivo siempre y cuando se trate de delitos graves, por aplicación de lo dispuesto en el art. 5.5º de la LOPJ. Esta disposición señala: “*Cuando la resolución objeto del recurso de apelación se refiera a materia de clasificación de penados o concesión de la libertad condicional y pueda dar lugar a la excarcelación del interno, siempre y cuando se trate de condenados por delitos graves, el recurso tendrá efecto suspensivo que impedirá la puesta en libertad del condenado hasta la resolución del recurso o, en su caso, hasta que la Audiencia Provincial o la Audiencia Nacional se haya pronunciado sobre la suspensión*”.

listados del art. 13.1, no necesitarán haberse constituido como parte en el proceso penal, ni tampoco asistencia letrada¹⁹⁰⁵.

F. El procedimiento de revocación. Breve referencia

Como hemos adelantado en el apartado anterior, la revocación es la única competencia que corresponde al JVP en el caso de la PPR. En cuanto al procedimiento a seguir, a diferencia de la concesión, donde existe una regulación, en el caso de la revocación, ni el art. 90 (sobre prisión ordinaria) ni el art. 92 (sobre la PPR) mencionan nada al respecto. Como la revocación de la LC está regulada, en parte, por remisión al art. 86, parece que debe interpretarse que su contenido en relación al procedimiento sobre la suspensión de la pena (art. 86.4), también es aplicable en el caso de la revocación de la libertad condicional. En cualquier caso, se trata de una técnica legislativa inadecuada.

En relación con la revocación de la suspensión, el Consejo General de la Abogacía Española propuso que el penado fuera oído antes de decidir si debe revocarse la suspensión, porque supone una agravación de sus condiciones o del plazo de suspensión¹⁹⁰⁶. Esta acertada propuesta, sin embargo, no ha sido introducida en el nuevo Código Penal. El art. 86.4 sólo exige que el juez o tribunal resuelva sobre la revocación después de haber oído al Fiscal y a las demás partes¹⁹⁰⁷, sin hacer mención a la participación del penado, lo que sorprende, teniendo en cuenta que es su libertad la que está en juego. CERVELLÓ considera discutible la participación de las partes en la ejecución penitenciaria, aunque destaca como positivo que se haya dejado fuera en el Estatuto de la Víctima de 2015 la posibilidad de que las víctimas recurran la no revocación de la suspensión, lo que considera que perturbaría las razones de prevención especial propias de la toma de estas decisiones¹⁹⁰⁸.

El citado precepto también permite el ingreso inmediato sin necesidad de las audiencias anteriores, cuando haya riesgo de reiteración delictiva, riesgo de huida del penado o sea necesario para asegurar la protección de la víctima, aunque una vez tomada la decisión debe ser inmediatamente comunicada al Fiscal y a las partes.

¹⁹⁰⁵ REBOLLO, “Libertad condicional”, p. 12, opina que las facultades que se le atribuyen en la Ley 4/2015 suponen un lastre para determinados aspectos relacionados con la suspensión de la ejecución de la condena y, desde luego, con la libertad condicional, dado el afán vindicativo de algunas víctimas.

¹⁹⁰⁶ Propuesta de modificación del Consejo General de la Abogacía al Anteproyecto de Reforma del CP de 2012, pp. 19-20.

¹⁹⁰⁷ El anterior art. 84.2 también preveía la audiencia de las partes, pero sólo para el caso del incumplimiento de las obligaciones y deberes impuestos. Como explica GARCÍA ALBERO, “La suspensión”, p. 165, la novedad que introduce la reforma respecto a que la comisión de un delito no conlleva necesariamente la revocación, explica que sea preceptiva la audiencia también en esos casos. Con la anterior regulación, como sólo existía la opción de revocar en caso de comisión de un nuevo delito, se consideraba irrelevante la audiencia a las partes.

¹⁹⁰⁸ CERVELLÓ, “Peligrosidad criminal” pp. 84-85.

Por último, se recoge una previsión absolutamente novedosa, ya que el juez o tribunal además de poder acordar la realización de las diligencias de comprobación que fueran necesarias, podrá decidir la celebración de una vista oral cuando lo considere necesario, a la que habrá de acudir el penado, el Ministerio Fiscal y las demás partes personadas¹⁹⁰⁹. En relación al penado, considera ORTEGA que debe entenderse asistido de letrado. Así mismo, ese autor pone de relieve que la referencia a las demás partes puede generar dudas, ya que en el expediente de vigilancia penitenciaria no hay más partes que el penado y el fiscal, abogando por una interpretación que no se limite a la estrictamente procesal, en la que se pueda incluir a Instituciones Penitenciarias y a la víctima¹⁹¹⁰.

En el Reino Unido, las revisiones sobre la revocación de la libertad condicional en las penas indeterminadas siempre se realizan mediante la celebración de una audiencia en la que participa el reo¹⁹¹¹. Además, los comités que estudian la revocación, aparte de confirmar el reingreso a prisión, tienen que decidir si todavía es necesaria la privación de libertad, exigiéndose que el informe elaborado por la persona que supervisa al preso incorpore también un plan de libertad condicional, incluso aunque dicha persona no apoye la libertad condicional. La oportunidad que se da al preso de participar supone una importante garantía procesal de defensa y también ha de valorarse positivamente que en la revisión no solo se tenga en cuenta lo que desencadenó la revocación, sino que se pone el foco también en el futuro, para analizar si es viable que permanezca en libertad. La revocación se contempla como la última opción.

La implantación en España de un modelo similar al del Reino Unido sería recomendable. En lugar de que la celebración de una vista oral quedase en manos del tribunal, sería aconsejable que se realizase de forma sistemática y que el preso pudiera participar en él directamente si así lo desea¹⁹¹².

G. Remisión definitiva

La remisión es esencial en una pena perpetua para cerrar su cumplimiento definitivamente, sin embargo, su regulación se establece por remisión al art. 87¹⁹¹³ sobre la suspensión de la pena¹⁹¹⁴. En dicho precepto se señala que la remisión de la pena se

¹⁹⁰⁹ REBOLLO, “Libertad condicional”, p. 10.

¹⁹¹⁰ ORTEGA, “Libertad condicional”, p. 10.

¹⁹¹¹ Reglas de la JLC 2016, reglas 3 y 14.2.

¹⁹¹² Como se ha señalado *supra* nota al pie 1897, en los procedimientos ante los JVP no hay cultura ni medios para la celebración de vistas orales y la realidad va cada vez más en sentido contrario de la inmediatez del JVP con los presos. Sin embargo, la previsión específica que se recoge para el caso de la PPR de realizar un procedimiento oral contradictorio para decidir acerca de la concesión de la LC (art. 92.1.c *in fine*) exige una modificación del actual sistema.

¹⁹¹³ Remisión realizada por los arts. 90.5 y 92.3.

¹⁹¹⁴ CERVELLÓ, *Prisión perpetua*, p. 229.

producirá cuando transcurra el plazo de suspensión fijado por el juez (de 5 a 10 años)¹⁹¹⁵, siempre que no haya cometido el sujeto un delito que ponga de manifiesto que la expectativa en que se fundó la suspensión no puede ser mantenida¹⁹¹⁶ y, además, se hayan cumplido de forma suficiente las reglas de conducta. Finalmente, la pena cumplida será inscrita en el Registro central de penados y rebeldes y para la cancelación de sus antecedentes penales se estará a lo dispuesto en el art. 136.1.e CP, es decir, 10 años para las penas graves¹⁹¹⁷.

La previsión de la exigencia del cumplimiento “suficiente” de las reglas de conducta, introduce un elemento de incertidumbre que puede jugar en contra del reo y que, en todo caso, supone una vulneración del principio de seguridad jurídica. En una línea similar, CERVELLÓ rechaza esa referencia por entender que el buen o mal comportamiento de las obligaciones extrapenitenciarias no puede fundamentar la duración indefinida de la pena¹⁹¹⁸. GONZALEZ TASCÓN, por su parte, pone de relieve que dados los plazos para alcanzar la LC y la duración de ésta, en el caso más favorable, la PPR no se extinguirá como mínimo hasta que hayan pasado 30 o 35 años (25 para alcanzar la LC más la duración de la LC, de 5 a 10 años). En el supuesto más gravoso será necesario que transcurran 35 años de cumplimiento de pena, más un régimen probatorio de libertad condicional de 10 años, que sumarían un total de 45. Todo ello siempre y cuando no se haya producido la revocación de la suspensión condicional del resto de la pena ni una prórroga del plazo de suspensión¹⁹¹⁹.

Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta, como apunta BARBER en relación con las penas ordinarias, que si la LC se concede en momentos cercanos a la extinción de la condena -lo que ocurre en la práctica-, ello va a provocar un desplazamiento de la fecha de licenciamiento definitivo más allá de la prevista en la liquidación de condena, pues deberá transcurrir el plazo de suspensión para acordar la remisión de la pena. Esto también puede suceder en la PPR en caso de no concederse la LC tras la primera revisión, a los 25

¹⁹¹⁵ Como se ha señalado anteriormente, en el caso de la PPR, puede durar de 5 a 10 años (art. 92.3) y en el de la prisión ordinaria puede durar de 2 a 5 años (art. 90. 5, último párrafo).

¹⁹¹⁶ Esta previsión reitera en sentido negativo el mismo requisito que se recoge en el art. 86 para revocar la libertad condicional. Por tanto, la comisión del delito tampoco excluye automáticamente la remisión, sino que lo deja al arbitrio judicial.

¹⁹¹⁷ DEL CARPIO, “Prisión permanente”, p. 23, señala que el Proyecto de 2012 contemplaba para la cancelación de antecedentes penales de la PPR un plazo de 25 años, con lo cual sumados los 25 de cumplimiento mínimo daba un total de 50 años, como mínimo, de sumisión punitiva y máximo de 60 años (por los 10 que debe estar en libertad condicional), algo totalmente desproporcionado y estigmatizante.

¹⁹¹⁸ CERVELLÓ, *Prisión perpetua*, p. 229. Esta autora destaca la falta de coherencia terminológica, ya que “las reglas de conducta”, no corresponde con las “prohibiciones y deberes” propios de la PPR, ni tampoco con la nueva denominación de las “prestaciones o medidas” propias de la suspensión de la pena en general.

¹⁹¹⁹ GONZALEZ TASCÓN, “PPR”, p. 26.

años. Ello a su vez afectará al cómputo del plazo de cancelación de los antecedentes penales¹⁹²⁰.

5. Problemas de constitucionalidad de la PPR

Este último apartado está dedicado al análisis de la constitucionalidad de la PPR. Como se podrá comprobar a lo largo de las siguientes líneas, los problemas de constitucionalidad que se plantean tienen relación directa con la regulación de la ejecución penitenciaria, que ha sido el objeto de estudio de este capítulo (aunque también con algunos aspectos relacionados con el régimen de imposición). Por ello, hemos reservado este espacio final para el análisis de esta cuestión.

Desde que se comenzó a hablar de la PPR (a lo largo de los diferentes anteproyectos y proyecto de ley) hasta después de su incorporación definitiva al ordenamiento jurídico, el debate entre la doctrina sobre su compatibilidad con la CE no ha cesado. Por ello, en este apartado se expondrán los principales argumentos que defienden la falta de adecuación de esta pena a la CE, con mención también de la doctrina minoritaria que afirma su compatibilidad con dicha norma. Sin embargo, al no constituir la afirmación de la posible inconstitucionalidad de la PPR el objeto principal de este trabajo, será un apartado descriptivo, sin entrar en un análisis profundo de la jurisprudencia del TC sobre los preceptos que se alega vulnera esta pena.

Desde la misma Exposición de Motivos (II) de la LO 1/2015 el legislador ya se adelanta a las previsibles críticas de inconstitucionalidad argumentando que, al establecerse un sistema de revisión no se está renunciando a la reinserción del penado, lo que a su vez “aleja toda duda de inhumanidad al garantizar un horizonte de libertad”. En definitiva, entiende que es una institución que “compatibiliza la exigencia de una respuesta penal ajustada a la gravedad de la culpabilidad, con la finalidad de reeducación”. Asimismo, la Exposición de Motivos (II) del Anteproyecto de Julio 2012 señalaba que “una revisión judicial periódica de la situación del penado no existe en la actualidad ni para las penas máximas de 25, 30 o 40 años, ni para las acumulaciones de condena que puedan llegar a fijar límites superiores”, constituyendo a su juicio, por tanto, una mejora del sistema vigente.

A pesar de las razones aportadas por el legislador, la doctrina mayoritaria (entre los que se incluye el Consejo General de la Abogacía¹⁹²¹ y el recurso de inconstitucionalidad presentado por todos los partidos políticos a excepción del Partido

¹⁹²⁰ BARBER, “Libertad Condicional”, pp. 705-706.

¹⁹²¹<http://www.abogacia.es/2015/01/22/la-abogacia-espanola-reitera-que-la-prision-permanente-revisable-es-inconstitucional/>

Popular, aún pendiente de resolver¹⁹²²), defiende la inconstitucionalidad de la PPR. Concretamente se afirma que esta pena es contraria a los siguientes preceptos constitucionales: art. 15 (prohibición de penas inhumanas y degradantes), art. 17 (derecho a la libertad) y arts. 25. 1 y 2 (principio de legalidad y reinserción). Una parte minoritaria de la doctrina también afirma que se vulnera el art. 14 que proclama el principio de igualdad. Por su parte, el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), el Consejo de Estado y la Fiscalía General del Estado¹⁹²³ consideran que la PPR se ajusta a la CE, aunque el primero considera que no está justificada la necesidad de esta nueva pena.

En los siguientes apartados analizaremos la compatibilidad de la PPR en relación con cada uno de los preceptos de la CE que se acaban de mencionar.

a) En primer lugar, respecto a la prohibición de tratos inhumanos o degradantes consagrado en el art. 15 CE, como hemos señalado, según el legislador, la previsión de un sistema de revisión de la pena evita la vulneración de ese precepto, porque existe la posibilidad de reducir la pena y con ello se ofrece una expectativa cierta de liberación. Sin embargo, en opinión de la doctrina mayoritaria, lo anterior no es suficiente para eliminar la posible inhumanidad, porque sigue siendo posible que sea perpetua cuando no se cumpla la condición necesaria para alcanzar la libertad condicional¹⁹²⁴.

¹⁹²² El recurso de inconstitucionalidad, antes de exponer las razones por las que considera que se vulnera la CE, aclara, respecto a los pronunciamientos previos del TC que, aunque éste haya realizado alguna afirmación indirecta sobre la compatibilidad de la cadena perpetua, no constituye argumentación aplicable a la PPR, porque cuando lo ha hecho se ha referido a los casos de extradición, en los que no rige el estándar pleno de los derechos fundamentales. Cuando el TC se ha pronunciado sobre la cuestión, ha examinado la cadena perpetua tomando como parámetro de valoración el núcleo absoluto de los derechos fundamentales invocados y no su contenido pleno (SSTC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 8; 32/2003, de 13 de febrero, FJ 2; 26/2014, de 13 de febrero, FJ 4). En resumen, El TC no se ha pronunciado sobre la compatibilidad de la prisión perpetua, revisable o no, con la CE, sino sobre la adecuación a un estándar constitucional mínimo, el núcleo absoluto de los derechos fundamentales, de las resoluciones que acordaban la procedencia de la extradición en casos en los que se había impuesto, o era previsible la imposición, de una pena de cadena perpetua. Por tanto, aunque es cierto que el TC ha rechazado entender incompatible la pena perpetua únicamente por su carácter indefinido, señalando que es necesario atender a su modalidad de cumplimiento (ya que la calificación como inhumana o degradante de una pena no viene determinada exclusivamente por su duración, sino que depende de la ejecución de la misma y de las modalidades que ésta revista), y que es garantía suficiente que, en caso de imponerse la pena de cadena perpetua, su cumplimiento no será indefectiblemente para toda la vida, en todos estos pronunciamientos sólo se ha analizado el núcleo absoluto de los derechos fundamentales (entre otras, SSTC 91/2000, 162/2000, 148/2004 y 49/2006).

¹⁹²³ Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de reforma del CP de 2012, p. 85. La Fiscalía General del Estado la considera compatible con el principio de reinserción. La accesibilidad del penado a la progresión de grado y a la suspensión condicional hace del todo viable la reinserción, ya que “el condenado mantiene una oportunidad concreta y realizable para recuperar la libertad”. Todo ello, es lo que salvaguarda la constitucionalidad a la luz del art. 25.2 CE.

¹⁹²⁴ En este sentido se pronuncian LASCURAÍN y también los firmantes del Recurso de Inconstitucionalidad. El primero afirma que se trata de una pena inhumana sometida a una condición cuyo cumplimiento eliminaría su inhumanidad y, de forma irónica, se pregunta si sería constitucional la pena de muerte para el caso de que el reo no diera síntomas de rehabilitación o si cortar la mano al ladrón sería menos inhumana si fuera evitable, mediante la acreditación de la reinsertabilidad (LASCURAÍN, “Carta a los senadores”, p. 69; del mismo autor “¿Que les corten la cabeza?”, p. 34 y del mismo, “Pena indigna y arbitraria”, en *El Mundo*, 1 de abril de 2015). En la misma línea, el Recurso de Inconstitucionalidad destaca que, al igual que ninguna pena corporal pasa el filtro de la humanidad de las penas, aunque se sometan a condición, tampoco la cadena perpetua se trasmuta en humana porque sea revisable (Recurso de Inconstitucionalidad, párrafos 11-13). Así mismo añade que la aplicación constitucional a unos reos no contrarresta la aplicación inconstitucional a otros, afirmación con la que se muestra conforme DAUNIS, “Acervo punitivo”, p. 91, al señalar que el carácter revisable no la convierte en otra pena diferente. RÍOS, *La prisión perpetua*, p. 115, va un paso más y afirma que, incluso aunque se produjera la excarcelación a los 25 años de cumplimiento, sería igualmente una pena inhumana. En la misma línea, CERESO y LÓPEZ PEREGRÍN no reducen su crítica únicamente a la PPR. El primero, estima que las penas de prisión superiores a 15 años constituyen penas inhumanas prohibidas por

De hecho, se afirma que las posibilidades de alcanzar la libertad son muy escasas por varias razones. En primer lugar, porque la salida de prisión se hace depender de un pronóstico de peligrosidad que se ha evidenciado presenta un alto grado de incertidumbre y error; el juez no dispone de un instrumento de predicción que permita acreditar con seguridad si existe o no un pronóstico de reinserción favorable. En segundo lugar, porque la mayoría de los criterios que han de ponderarse para determinar si el preso cumple con la condición necesaria para ser puesto en libertad no dependen de su voluntad. También se destaca que para la resocialización nunca basta con la buena voluntad de reo, porque la larga estancia en prisión genera unos efectos desocializadores y graves efectos en la personalidad y habilidades psíquicas del reo¹⁹²⁵. Por ello, aunque en principio el criterio de la conducta durante el cumplimiento de la pena es susceptible de mejora por parte del reo, será muy difícil debido a las condiciones en las que se encontrará tras 25 años de encarcelamiento.

Con todo ello, se concluye, que el sistema no está en condiciones de generar un horizonte o expectativa razonable de puesta en libertad del condenado. Al contrario, la revisión basada en el pronóstico de peligrosidad genera una posibilidad cierta de que la mayoría de los condenados a prisión permanente serán mantenidos en prisión a pesar de la ausencia de peligrosidad real. Si a lo anterior se le añade la ausencia de regulación específica de los programas de rehabilitación necesarias, la expectativa cierta de alcanzar la libertad queda en entredicho¹⁹²⁶.

En definitiva, lo que vienen a señalar los diferentes autores es que el establecimiento de un sistema de revisión solo cumpliría con una de las dos dimensiones que exige el TEDH para entender que la pena es reductible y, por consiguiente, conforme

el art. 15 CE (CEREZO, *Consideraciones político-criminales*, p. 10) y la segunda, afirma que lo realmente grave es que se permitan internamientos en prisión de hasta 40 años (LÓPEZ PEREGRÍN, “La pena de prisión”, p. 5).

¹⁹²⁵ Recurso de inconstitucionalidad, párrafos 14-17. En este sentido, CUERDA, *La cadena perpetua*, p. 103, afirma que la PPR podría suponer, en términos de ansiedad, una situación muy similar al síndrome del corredor de la muerte, tal como reconoció la STEDH, *Soering c. Reino Unido*, párrafo 111.

¹⁹²⁶ Recurso de inconstitucionalidad, párrafos 18-22. GARCÍA RIVAS, “Inconstitucionalidad”, p. 5; DAUNIS, “Acervo punitivo”, pp. 101 y 102 (quien califica de “perverso catálogo de criterios” a las variables que se prevén para la revisión) y MARTÍNEZ GARAY, “Predicción de peligrosidad”, p. 155. El Recurso de inconstitucionalidad afirma que, a la vista de las deficiencias señaladas relativas a la revisión de la pena, incluso aunque se considerara que el esquema punitivo de la PPR fuera acorde con la CE, su regulación sería inconstitucional, porque no contempla garantías suficientes para asegurar que la humanidad de la pena está siendo sacrificada para evitar la comisión de nuevos hechos delictivos. Por su parte, MARTÍNEZ GARAY además de vincular el alto grado de incertidumbre de los pronósticos con el reproche de inconstitucionalidad también pone de relieve que la sobreestimación de la peligrosidad de que adolecen las predicciones tiene consecuencias infinitamente más graves en la PPR, que cuando se deniega la libertad condicional a una persona que cumple una pena determinada, porque en estos últimos casos, el condenado sólo retrasa una salida a la libertad que de todos modos se va a producir tarde o temprano. Mientras que la denegación de las revisiones en la PPR supone mantener al sujeto en una situación de privación de libertad indefinida. Además, en el caso de la pena determinada, entiende que la no concesión de la libertad condicional y, por consiguiente, la estancia en prisión hasta que se cumpla la totalidad de la pena estaría compensada por el principio de culpabilidad por el hecho cometido, ya que hasta el final de la pena subsistiría la retribución de la culpabilidad como fundamento legítimo del castigo. Esto no ocurre en la PPR, donde a partir del cumplimiento de los períodos mínimos obligatorios, el mantenimiento en prisión no se justifica ya en la retribución de la culpabilidad del sujeto, sino en razones de peligrosidad.

al art. 3 CEDH. Desde esa perspectiva, la PPR sería reductible de *iure*, pero no *de facto*, porque la consecución de la LC es realmente difícil en la práctica y, por ello, muy posible que la mayoría permanezcan en prisión hasta su muerte.

b) En segundo lugar, también ha sido cuestionada la compatibilidad de la PPR con el derecho a la libertad reconocido en el art. 17 CE, por entender que vulnera los principios de culpabilidad y proporcionalidad. Se afirma que esta pena supone una restricción desproporcionada de la libertad personal por dos razones: por su carácter innecesario y porque no permite adecuar la magnitud de la pena a las circunstancias del hecho y la culpabilidad, al haberse establecido como pena obligatoria.

En relación con la necesidad de su introducción, ésta no queda avalada por las bajas tasas de delitos graves que presenta España. Dichas tasas evidencian que España no ha necesitado la prisión permanente para mantener el nivel de delitos graves por debajo de países europeos que sí han contado con dicha pena. Así mismo, se destaca que la legitimidad de la PPR depende de que sea impuesta para los delitos más graves, pues en otro caso sería desproporcionada, pero se matiza que dicha gravedad no puede ser determinada en abstracto, sino a la luz de las circunstancias del caso y de su autor, lo que no sucede en el caso español. En relación con la posibilidad de graduar la pena en función de la gravedad del delito y la culpabilidad, se resalta que el tribunal no goza de un margen para tener en cuenta las circunstancias que se pueden presentar en el hecho y la persona. Como consecuencia de lo anterior, se produce una restricción desproporcionada de la libertad personal de todos aquellos condenados respecto de los que no se ha podido tomar en consideración su menor culpabilidad¹⁹²⁷.

Esta imposibilidad de ajustar la pena a las circunstancias del caso concreto también ha sido relacionada, por algunos autores, con la vulneración del principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE, porque ello lleva a la aplicación de la PPR a un conjunto muy heterogéneo de delitos con distinto desvalor. Esta conculcación se produciría tanto en la fase de selección legislativa como de determinación de la pena. A modo de ejemplo, se destaca que el art. 607.1 CP castiga indistintamente con la PPR a aquellos que con ánimos genocidas causen la muerte, agredan sexualmente o causen

¹⁹²⁷ Recurso de inconstitucionalidad, párrafos 23-29, y CUERDA, *La cadena perpetua*, pp. 85 y 86. En aras a demostrar que la imposición de la PPR como única opción vulnera el principio de proporcionalidad y culpabilidad, el recurso de inconstitucionalidad, párrafo 28, realiza las siguientes preguntas retóricas: ¿Es que acaso la muerte de un recién nacido por su madre, inmigrante, obligada a casarse por su familia a los quince años, que realiza el hecho en un momento de desesperación, y acude, a pesar de todo, a confesar su crimen ante la policía, merece la misma pena que la fría muerte anunciada de cualquier Miguel Ángel Blanco, de rodillas y con sus manos atadas a la espalda?; ¿es que acaso la muerte de su octogenaria mujer aquejada de Alzheimer, por piedad, incapacidad para seguir cuidándola y desesperación, merece la misma pena que el reciente asesinato por motivos racistas de nueve personas afroamericanas en una iglesia de Charleston?

alguna lesión de las establecidas en el art. 149 CP¹⁹²⁸. Así mismo, en la fase de determinación de la pena tampoco cabría modular la PPR en función de las circunstancias concretas del caso y la persona¹⁹²⁹.

Siguiendo con el principio de proporcionalidad, JUANATEY analiza los elementos que lo componen para llegar a la conclusión de que esa exigencia constitucional no se respeta. En cuanto al juicio de necesidad, afirma que se trata de una medida innecesaria. Por un lado, porque no existe constancia de que las penas existentes (de 20, 25, 30 o 40 años) hayan resultado insuficientes, mostrando un alto índice de reincidencia; además, añade que ni siquiera ha habido tiempo para que algún condenado haya podido cumplir los nuevos límites legales que pueden llegar hasta 40 años. Por otro lado, apunta que tampoco existe evidencia de un incremento del tipo de delitos para los que está prevista esta pena, concluyendo que la necesidad de esta pena queda también descartada. En cuanto al juicio de idoneidad, afirma que no es aceptable tratar de conseguir el objetivo señalado en la Exposición de Motivos, “fortalecer la confianza en la Administración de Justicia”, mediante la introducción de una pena indeterminada, cuya revisión no se produce hasta los 25, 28, 30 o 35 años de cumplimiento y además el resultado es incierto y depende de una variable no verificable o acientífica (acreditación de la reinserción, de apreciación discrecional por un Tribunal) ¹⁹³⁰.

Por último, en cuanto al juicio de proporcionalidad en sentido estricto, afirma que los hipotéticos beneficios como, por ejemplo, mayor eficacia preventivo especial y general que no han sido probados o el incremento del sentimiento de seguridad, quedan superados con creces por los costes de esta pena (en términos de afectación de los principios penales y derechos fundamentales como el principio de reinserción y de humanidad). También LASCURAÍN afirma que la PPR lleva al límite el sacrificio de la

¹⁹²⁸ Aunque se trata de conductas que presentan un grave desvalor de acción, parece claro que no merece el mismo reproche una conducta que cause la muerte y otra que cause una lesión grave. Lo mismo sucede con el supuesto del art. 140.1.2 CP al disponer la PPR para el asesinato precedido por un delito sexual, incluyendo sin distinción cualquier atentado contra la libertad sexual.

¹⁹²⁹ Salvo en casos muy reducidos como la tentativa, la complicidad, una eximente incompleta, una atenuante muy cualificada o dos atenuantes y ninguna agravante y el error de prohibición vencible, en cuyo caso es posible reducir un grado conforme al art. 70.4 (como ya apuntamos en el capítulo primero, apartado II. 4.B.3). En relación con la vulneración del principio de igualdad, véase DAUNIS “Acervo punitivo”, pp. 103-105; y CUERDA, *La cadena perpetua*, pp. 87-88, quien en otro orden de ideas sostiene la incompatibilidad de la PPR con del mencionado principio por el hecho de que sus efectos y duración no solo dependerán de la mayor o menor responsabilidad del penado, sino también de su propia complejidad personal y su resistencia física y psíquica. Dos personas que cometen un mismo hecho como coautores, cumplirán muy distintos periodos de reclusión: el que posea más fortaleza purgará más pena, mientras que purgará una menor el menos resistente. La discriminación se produce porque la mayor o menor duración de la pena no depende de la gravedad del hecho ni de las circunstancias del sujeto, sino simplemente de cuestiones biológicas.

¹⁹³⁰ JUANATEY, “Una moderna barbarie”, pp. 4-13. Se pronuncia claramente en este sentido, LASCURAÍN, “Carta a los senadores”, p. 69 y del mismo autor “Ni aunque sea revisable”, en *El País*, 3 de octubre de 2013.

seguridad jurídica y de la dignidad humana en pro de unos inciertos beneficios en la prevención de algunos delitos muy graves¹⁹³¹.

c. En tercer lugar, otro de los puntos que se cuestionan de la regulación de la PPR es su compatibilidad con el principio de legalidad consagrado en el art. 25.1 CE. Este precepto exige, en palabras del TC, que el ciudadano sepa a qué atenerse en cuanto a la eventual sanción y que “pueda conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever así las consecuencias de sus acciones”¹⁹³².

Son cuatro las principales razones que determinan su inconstitucionalidad, todas ellas relacionadas con la imprecisión de la pena de PPR. La primera razón que lleva a defender la tacha de inconstitucionalidad es la ausencia de un límite máximo de duración. La PPR concreta el límite mínimo de la sanción, que no podrá ser inferior a los 25 años, pero no establece su límite máximo, lo que genera inseguridad jurídica, ya que el condenado no puede saber, al iniciarse el cumplimiento de la pena cuál es el tiempo máximo que permanecerá en prisión¹⁹³³. La segunda es la relativa a la condición imprecisa que exige el art. 92 CP para alcanzar la libertad condicional, pues el pronóstico de reinserción debe deducirse de unos criterios inconcretos. En tercer lugar, la vulneración del principio de legalidad se atribuye a la condición indeterminada que permite revocar la LC (el cambio de circunstancias que ya no permitan mantener el pronóstico de falta de peligrosidad). Y en cuarto lugar nuevamente se alude al grado elevado de incertidumbre que presentan los pronósticos de peligrosidad como otro argumento más, por la enorme inseguridad jurídica que produce esa deficiencia respecto a la finalización de la pena¹⁹³⁴.

¹⁹³¹ LASCURAÍN, “Ni aunque sea revisable”, en *El País*, 3 de octubre de 2013.

¹⁹³² STC 100/2003, de 2 de junio, FJ 3.

¹⁹³³ En esta línea se manifiestan, entre otros, CUERDA, *La cadena perpetua*, pp. 83-88; del mismo autor, “PPR”, p. 32; y RÍOS *La prisión perpetua*, p. 159, quien afirma que la propia definición que hace la exposición de motivos catalogándola como “prisión de duración indeterminada”, vulnera abiertamente el mencionado principio de legalidad. CUERDA también hace referencia, a modo comparativo, a la doctrina del TC sobre las sanciones administrativas que ha declarado que se vulnera el mandato de certeza cuando el límite máximo de la sanción queda absolutamente indeterminado en la norma, como ocurre, por ejemplo, cuando se establece una multa desde una cantidad “en adelante”. Aunque reconoce que se trata de otro ámbito distinto, considera que es trasladable con mayor razón al ámbito de las penas. Por su parte, LASCURAÍN, “Carta a los senadores”, p. 69, por su parte, ante la posible réplica de que no se trata de una pena incierta, responde que aun admitiendo tal argumentación y salvando, por tanto, la inseguridad jurídica (pues la precisión vendría determinada por la duración de la propia vida, es decir, la muerte), el reproche constitucional sería mayor, pues entonces se trataría de una pena inhumana. Así, concluye que sea cual sea el reproche (la incertidumbre de la duración o su permanencia) la conclusión es la misma, es decir, su inconstitucionalidad: si es permanente, es inhumana, si es revisable es imprecisa.

¹⁹³⁴ Véase MARTÍNEZ GARAY, “Predicción de peligrosidad”, p. 152; Recurso de inconstitucionalidad, párrafo 30-38; y el Informe del CGPJ al Anteproyecto de reforma del CP, pp. 40-41 y 282-283. Tanto MARTÍNEZ GARAY como el Recurso de Inconstitucionalidad recogen y explican de forma profusa los diferentes estudios (de EEUU, Alemania y España) que confirman la elevada falibilidad de los distintos métodos utilizados para realizar ese pronóstico de peligrosidad. Como ya indicamos *supra* apartado 4.C.2.3, la peligrosidad es sistemáticamente sobreestimada, dando lugar a una proporción muy importante de falsos positivos. Además, afirma que la pobre capacidad predictiva de los métodos clínicos no mejora con los métodos actuariales.

En resumen, la indeterminación tanto del *quantum máximo* de la PPR como de los criterios a cumplir para alcanzar la libertad condicional o aquél que puede dar lugar a la revocación y la baja fiabilidad de los instrumentos de predicción hacen que la regulación de la PPR entre en conflicto con el art. 25.1 CE.

d) En cuarto y último lugar, se debate acerca de la adecuación de la PPR al mandato de reeducación y reinserción social del art. 25.2 CE, que establece que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad deben estar orientadas hacia esa finalidad.

De acuerdo con ese mandato, una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad debe ser la reeducación y rehabilitación social, aunque no la única, ya que ha de convivir con otras finalidades de prevención general y especial, tales como la intimidación o el refuerzo del sentimiento de confianza en el ordenamiento. A pesar de admitir esa coexistencia de fines, se destaca que la orientación resocializadora es la única con expreso reconocimiento constitucional, por ello, a la hora de diseñar un mecanismo de revisión de la PPR, no vale cualquiera que sitúe en el mismo plano la rehabilitación del reo y otras consideraciones referidas al momento de la comisión del delito o a la posible comisión de delitos futuros (presunción de delito futuro, contraria al art. 24.2 CE), que es lo que hace el sistema de revisión que se ha diseñado para la PPR. De tal modo que, aunque la necesidad de satisfacer otros fines legítimos de la pena puede suponer un cierto grado de sacrificio del fin resocializador, esa restricción debe ser razonable, (en el sentido de estar justificada en otros cometidos legítimos de la pena) y debe ser proporcionado, es decir, no se debe desentender totalmente ese fin¹⁹³⁵.

Desde tales parámetros, se afirma que la PPR es contraria al art. 25.2 CE, porque anula completamente toda expectativa de resocialización por tres razones: la desproporcionada duración del periodo de cumplimiento antes de efectuarse la revisión y antes de poder optar a las medidas orientadas a la resocialización; la indeterminación y arbitrariedad de los criterios para suspender la ejecución de la pena; y la prolongación del sometimiento al *ius puniendi* una vez se ha conseguido alcanzar la libertad condicional. Sin entrar en detalle en estas razones, ya que han sido previamente explicadas en este trabajo, cabe apuntar los siguientes aspectos.

En relación con la primera cuestión, la doctrina mayoritaria se ha mostrado en contra de los plazos de revisión (de 25, 28, 30 y 35) por considerar que exceden de toda duración funcional a la resocialización, suponen la muerte social del individuo e impiden

¹⁹³⁵ Recurso de inconstitucionalidad, párrafos 40-41; y GARCÍA RIVAS, "Inconstitucionalidad", pp. 10 y 11. Este último autor afirma también que, mientras que los criterios preventivo-especiales son perfectamente armónicos con la institución de la revisión (personalidad del penado, conducta durante el cumplimiento de la pena) aquellos que se relacionan con el pasado (circunstancias del delito cometido) o el futuro (relevancia de los bienes jurídicos que se verían afectados por una reiteración en el delito), distorsionan por completo esa finalidad.

albergar una expectativa razonable de reintegración. Igualmente, las posibilidades para alcanzar los permisos de salida y el tercer grado se encuentran condicionados al cumplimiento de 8 y 12 años, en el caso de los premisos, y de 15, 18, 20 y 24 años, en el caso del tercer grado¹⁹³⁶.

En relación con la segunda cuestión, se afirma que los criterios arbitrarios y de resultado impredecible (debido a los escasos niveles de fiabilidad de los juicios de pronóstico) merecen una censura también desde la óptica del principio de reinserción social¹⁹³⁷, ya que impiden conservar una expectativa de libertad y vuelta a la sociedad. Se añade que existe un nexo íntimo entre las posibilidades de reinserción social y la expectativa de abandonar la prisión. Sin esa razonable esperanza, el tratamiento no es efectivo y, por consiguiente, la prisión será nuda inocuización y con ello contrario al art. 25.2 CE.

Por último, en relación con la prolongación del sometimiento al *ius puniendi*, una vez la persona sale de prisión, deberá permanecer bajo el régimen de libertad condicional entre 5 a 10 años, tiempo durante el cual estará sometida a la amenaza del retorno a prisión (sin que ese tiempo bajo ese régimen cuente a efectos de cumplimiento de pena). Se matiza que, desde el punto de vista de la resocialización, ese horizonte de libertad no ha de ser solo la salida de prisión, sino la posibilidad de un final en el cumplimiento de la pena. Además, esa amenaza estará preñada de incertidumbre, dada la indeterminación del criterio contemplado para revocar la libertad condicional (la falta de peligrosidad que se deriva de un cambio en las circunstancias), permitiendo que la revocación se produzca por razones que no dependen de la voluntad del reo.

En consecuencia, se concluye que la concreta regulación de la ejecución de la PPR sólo permite hablar de reinserción en un sentido puramente formal¹⁹³⁸.

e) Para finalizar con este apartado dedicado a la inconstitucionalidad de la PPR, de forma breve, debe señalarse que, a pesar de las abundantes críticas, existe un sector doctrinal minoritario proclive a la PPR. Entre otros, NISTAL¹⁹³⁹, RODRÍGUEZ

¹⁹³⁶ Véase ROIG, “PPR”, p. 143; MIR PUIG, *DP PG*, pp. 720 y 721; Recurso de inconstitucional, párrafos 43-44; MAPELLI, *Las consecuencias*, p. 81, que es contundente al afirmar que ni la prisión perpetua, ni las penas de larga duración pueden tener cabida en un sistema penitenciario orientado a la resocialización.

¹⁹³⁷ Este argumento sirve también, según se ha apuntado previamente, como base para fundamentar la contrariedad con el principio de legalidad del art. 25.1.

¹⁹³⁸ Recurso de inconstitucionalidad, párrafos 47-49; JUANATEY, “Una moderna barbarie”, p. 9; y MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARAN, *DP PG*, p. 549 y 550. Estos últimos defienden que este motivo de inconstitucionalidad también se podría alegar para las disposiciones que prolongan la privación de libertad hasta los 40 años, pues a pesar de que la esperanza de vida del condenado lo permitiera, prácticamente imposibilitaría su reincorporación social en buenas condiciones. Por su parte, RÍOS, *La prisión perpetua*, p 151 y 157, destaca como obstáculo más que impide afirmar la compatibilidad de la PPR con el art. 25.2 la imposibilidad práctica de llevarla a cabo, debido al déficit de medios personales y sobrecarga de trabajo de los funcionarios. Considera que el derecho a la reeducación y la reinserción social no se salva sólo mediante el establecimiento de un proceso de valoración de la peligrosidad, sino que ese proceso ha de tener realmente virtualidad; un proceso que sea de hecho y de derecho.

¹⁹³⁹ NISTAL, “Cadena perpetua”, p. 2.

RAMOS¹⁹⁴⁰, ARRIBAS¹⁹⁴¹ o RODRIGUEZ FERNÁNDEZ¹⁹⁴² defienden que si la pena puede revisarse y, en caso de que la persona esté en condiciones de ser reinsertada, suspenderse, esta pena resulta ajustada a la Constitución. Por tanto, según estos autores la compatibilidad con el art. 25.2 CE vendría avalada por la revisabilidad de la pena y posterior reinsertabilidad del reo en la sociedad. Además, consideran que el hecho de tener acceso a los permisos de salida, a partir de los 8 años de cumplimiento o al tercer grado, después de cumplidos 15 años, permite afirmar la compatibilidad con la Constitución. De igual modo, dentro de este sector minoritario, GALLEGO¹⁹⁴³, NISTAL¹⁹⁴⁴ y LÓPEZ LÓPEZ¹⁹⁴⁵ también rechazan que la PPR sea inhumana y contraria al art. 15 CE.

¹⁹⁴⁰ RODRÍGUEZ RAMOS, “Cadena perpetua”, en *El País*, 20 de febrero de 2009.

¹⁹⁴¹ ARRIBAS, “PPR”, *passim*.

¹⁹⁴² RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, “PPR”, *passim*.

¹⁹⁴³ GALLEGO, “Constitucional seguro”, *passim*.

¹⁹⁴⁴ NISTAL, “Cadena perpetua”, *passim*.

¹⁹⁴⁵ LÓPEZ LÓPEZ, “Nuevo Código Penal”, en *diario La Razón*, 3 de mayo de 2010.

CONCLUSIONES FINALES

A lo largo de los distintos capítulos que componen este trabajo se han ido presentado las conclusiones correspondientes a cada parte. En este apartado final se destacarán las conclusiones alcanzadas en su conjunto en la presente investigación, siguiendo el orden de la estructura del trabajo.

I. La PPR y el cambio de paradigma. Análisis crítico de la pseudo fundamentación de la PPR a la luz de los fines de la pena.

1. La PPR es una pena de prisión de duración indeterminada (la sentencia condenatoria no fija un máximo de años de cumplimiento) que se prevé principalmente para ciertos casos de asesinato (entre otros, cuando la víctima sea menor de 16 años, exista más de dos víctimas, o el asesinato se haya cometido tras un delito sexual sobre la misma víctima), aunque también se aplica a otros delitos como las agresiones sexuales y lesiones siempre que se hayan producido en el contexto de un genocidio. Respecto a estos supuestos, se ha destacado su deficiente regulación, por una parte, por los problemas interpretativos que generan algunos supuestos (como el supuesto del asesinato de una víctima vulnerable, que ya ha sido objeto de casación ante el TS) y, por otra, por la excesiva ampliación con la que se regulan otros delitos (como, por ejemplo, el asesinato que se produce tras la comisión de un delito contra la libertad sexual, permitiendo aplicar la PPR cualquiera que sea la gravedad del delito sexual cometido, lo que resulta claramente desproporcionado).

Se trata de una pena de imposición obligatoria, por ello el juez debe imponerla en los supuestos previstos por el Código Penal, no teniendo capacidad para establecer una pena alternativa. Esto contrasta con otros modelos como, por ejemplo, el recogido en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, previsto nada menos que para los crímenes más graves (lesa humanidad, genocidio, crimen de guerra y crimen de agresión), donde la cadena perpetua no se contempla como primera opción (sino la pena determinada de 30 años, art. 77 del Estatuto), y cuya imposición exige además que la extrema gravedad del delito y las circunstancias personales del condenado lo justifiquen.

Además de lo anterior, una vez impuesta la PPR, la capacidad de graduar su magnitud en función de las circunstancias del hecho y la culpabilidad queda muy limitada, siendo posible únicamente cuando existen circunstancias que dan lugar a la reducción de la pena en un grado (por ejemplo, la tentativa, la complicidad, o la eximente incompleta),

en cuyo caso la PPR se convertirá en una pena determinada de 20 a 30 años. La finalización de la pena queda supeditada al previo cumplimiento de unas condiciones y la acreditación de un pronóstico favorable de reinserción. De esta forma, la duración de la pena se vincula a la futura peligrosidad criminal, sin embargo, para su imposición no se requiere la comprobación de esa condición, es suficiente con que se cometa alguno de los delitos para los que se prevé esa pena. Todo ello hace que se trate de un sistema inflexible, rígido y menos garante que el previsto en el Estatuto de Roma y en Reino Unido.

2. Antes de la introducción de la PPR nuestro sistema de penas ya permitía imponer penas largas de prisión. Un único asesinato podía castigarse con una pena de hasta 20 años o incluso 25 (por ejemplo, cuando concurría más de una agravante, art. 140 CP, o en el caso del homicidio del rey, art. 485 CP), lo que supera los 15 años de prisión, que suele señalarse como límite a partir del cual existe el riesgo de que la prisión produzca graves efectos desocializadores. La imposición de penas largas también era posible y lo es en la actualidad cuando, en lugar de un delito, se han cometido varios, en cuyo caso se aplican las reglas del concurso, pudiendo imponerse penas de 25, 30 y hasta de 40 años (concurso real, art. 76.1 CP). Aunque los límites que se acaban de señalar ya parecen elevados, no siempre rigen como límite máximo de cumplimiento, por lo que es posible aplicar penas incluso superiores a los 40 años. Esto sucede cuando existen delitos sucesivos, pero la última condena no puede acumularse a las anteriores (art. 76.2 CP), porque el delito que da lugar a esa última condena se ha cometido después de que hayan sido enjuiciados los delitos que dieron lugar a las condenas anteriores (las llamadas “penas eternas” por algún sector doctrinal). Además de las posibilidades para imponer penas largas que acabamos de comentar, existe otra más: el llamado cumplimiento íntegro o efectivo de las penas (art. 78 CP). Aunque sean aplicables los límites penológicos del concurso real, el señalado precepto permite que el disfrute de los permisos penitenciarios, el tercer grado y la libertad condicional se calcule sobre la suma total de las penas impuestas y no el límite jurídico, si la pena resultante a cumplir por aplicación de las reglas concursales es inferior a la mitad de la totalidad de las penas. También se ha recalcado que, sin recurrir a la aplicación del art. 78 CP, el sistema penitenciario tiene mecanismos suficientes para que una persona, durante el cumplimiento de la pena de prisión, no disfrute de permisos, ni del tercer grado ni de la libertad condicional en caso de que exista riesgo de reincidencia.

Por las razones expuestas, tal como defiende la doctrina mayoritaria, se concluye que, en la práctica, nuestro sistema de penas permite la aplicación de penas muy largas equiparables, en algunos casos, a una cadena perpetua *de facto*. De hecho, según los datos comparativos, España es uno de los países europeos con estancias más largas en prisión, colocándose por encima de la mayoría de esos países en cuanto a penas de entre 10 y 20 años y ello, a pesar de tener los índices más bajos de delincuencia y de ingresos en prisión. A ello debe sumarse la ejecución en régimen de cumplimiento rígido que caracteriza al sistema de ejecución español, lo que queda demostrado por los bajos porcentajes de personas que disfrutan de permisos de salida (una tercera parte), el tercer grado penitenciario (entorno al 16,2%) y la libertad condicional (entorno al 14,4%).

3. Además de la posibilidad de aplicar penas largas de prisión, desde el año 2010 también puede añadirse una medida de seguridad no privativa de libertad, la libertad vigilada (de hasta 10 años) a la pena de prisión, si una vez finalizada la pena subsiste la peligrosidad, lo que nuevamente confirma la intensidad y la extensión de la red penal de nuestro sistema punitivo ya antes de la introducción de la PPR. Su aplicación es preceptiva en los delitos de terrorismo y delitos sexuales (arts. 579 bis y 192 CP), y potestativa en los delitos contra la vida y los delitos de malos tratos y lesiones cuando se trate de víctimas de violencia de género y doméstica (arts. 140 bis y 173.2 y 156 ter del CP). La libertad vigilada se presenta como una medida para controlar la peligrosidad subsistente tras la salida de prisión, por ello, su ejecución depende de la verificación de la peligrosidad criminal, cuya presencia debe ser confirmada dos meses antes de que finalice la pena de prisión, porque en caso contrario, esa medida se dejará sin efecto (art. 106.3.c CP). Sin embargo, su imposición no depende de esa verificación, es decir, no se realiza un estudio individualizado de peligrosidad, sino que es consecuencia de una presunción, al igual que sucede con la PPR, ya que ésta se impone sin necesidad de comprobar la peligrosidad, aunque para su finalización sí se exige la existencia de un pronóstico favorable de reinserción. Esto evidencia que ambas sanciones penales se centran en unas tipologías específicas de delincuentes y de delitos, lo que presenta connotaciones más acusadas de un Derecho Penal de autor o del enemigo.

4. A la vista de las amplias posibilidades de imponer penas de prisión de larga duración, que además pueden ser ejecutadas en régimen de cumplimiento rígido (con limitaciones para el acceso a los beneficios penitenciarios), la introducción de una pena de prisión de duración indeterminada habría exigido una fundamentación más sólida que la mera referencia a la “necesidad de fortalecer la confianza de la sociedad en la justicia”

o a “la demanda ciudadana de una pena proporcional al hecho cometido por la extrema gravedad de los delitos” que realiza el legislador en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015. El salto cualitativo que supone la PPR, no tanto porque permite llegar a penas muy largas (pues ello ya era posible antes de su introducción), sino, sobre todo, por su duración indeterminada, hubiera requerido de una fundamentación empírica que evidencie su necesidad.

5. En un intento por analizar las razones alegadas por el legislador (no siempre expresamente), para justificar la introducción de la PPR, vamos a contrastarlas con las distintas funciones que, según la teoría de la pena, puede cumplir la prisión.

a) Uno de los objetivos que persigue el legislador y que manifiesta abiertamente en la Exposición de Motivos es la prevención general positiva, al indicar que se pretende reforzar la confianza de la sociedad en la Justicia y aludir, de forma constante, a las demandas sociales que exigen mayor punición. Sin embargo, en dicha argumentación se detecta cierta hipocresía o, cuanto menos, incoherencia. En primer lugar, porque el abanico de delitos para los cuales se prevé la PPR ha variado hasta en tres ocasiones, lo que pone en duda la existencia de esas demandas que reclaman mayor intervención penal (en un primer momento, durante la tramitación parlamentaria de la LO 5/2010 el Partido Popular propuso su aplicación para el asesinato u homicidio en el contexto de un genocidio, el homicidio posterior a la violación, el homicidio del Rey o de la Reina y los casos de homicidio terrorista; posteriormente en el primer anteproyecto de 2012 se redujo drásticamente a los homicidios o asesinatos terroristas; y finalmente, con la LO 1/2015 se ha ampliado a los delitos señalados). En segundo lugar, porque como ha destacado la doctrina, la percepción que tiene la sociedad sobre la situación de la delincuencia se encuentra estrechamente relacionada con la información que aportan los medios de comunicación, la cual es suministrada, en gran parte, por los agentes políticos, quienes no necesariamente tienden a dar una información completa y estable en el tiempo. Son, por tanto, los intereses de los agentes políticos y una visión de la realidad empírica sesgada los que acaban por configurar, en mayor medida, la agenda político-criminal. En tercer lugar, para conseguir una mayor confianza de la sociedad en el derecho existen otras vías como es el caso de las funciones de policía, programas de prevención del delito, o la mejora del funcionamiento del sistema de Administración de Justicia. Las anteriores observaciones sugieren que detrás de la aparente racionalidad que pretende demostrar el legislador en las alegaciones manifestadas se esconden puros intereses partidistas o meras emociones. Con todo ello, podemos confirmar que la referencia a la prevención general

positiva deja patente que la PPR es el resultado de lo que se ha denominado “populismo punitivo” o derecho penal simbólico. Mediante la alusión a las demandas sociales, se trata de buscar la legitimación en la opinión pública y dar una imagen de rigor frente al delito con el objetivo de obtener réditos electorales.

b) Otra de las finalidades que persigue la PPR (aunque no se recoja expresamente en la Exposición de Motivos, pero se puede deducir de su espíritu y contexto) es la prevención general negativa: tratar de disuadir de la comisión de delitos mediante la amenaza abstracta en la norma penal de una pena más severa que las existentes hasta el momento. Sin embargo, ya desde BECCARIA se pone en duda que el endurecimiento de las penas tenga efectos directos y automáticos en la disminución de las cifras de delincuencia, al menos, en aquellos delitos que ya tienen contempladas penas graves. Tampoco existen datos que prueben una mayor eficacia disuasoria de las penas indeterminadas. Nuestro sistema de penas permite la aplicación de penas elevadas y tiene mecanismos para que su cumplimiento se lleve a cabo en un régimen severo, por ello no parece probable que la PPR vaya a tener un efecto intimidatorio mayor.

La eficacia preventivo general negativa de una pena no depende exclusivamente de su gravedad, sino de múltiples factores como, por ejemplo, la probabilidad de ser descubierto, la certeza del castigo y la prontitud de la intervención penal o la tipología delictual a que se aplican. En relación con este último factor, la experiencia ha demostrado que los delincuentes profesionales o los que actúan por motivos ideológicos, tienen más en cuenta el riesgo de ser descubiertos y de recibir un castigo que la cuantía o dureza de la pena. Así mismo, los delitos impulsivos o aquellos cometidos como resultado de una tensión emocional son menos susceptibles de disuasión que los premeditados racionalmente. Teniendo en cuenta que la mayoría de las personas a las que va dirigida la PPR podrían encajar perfectamente en alguna de esas categorías, pues en su mayoría se trata de delitos cometidos por motivos ideológicos o por delincuentes profesionales (el asesinato cometido por una organización criminal; el asesinato terrorista; y el asesinato, lesiones o agresiones sexuales genocidas) o aquellos cometidos en situaciones de tensión emocional (asesinato tras agresión sexual, p.ej.) debe concluirse que su eficacia preventivo general negativa será prácticamente inexistente.

Además, de lo anterior, debe señalarse que tampoco los datos sobre la criminalidad avalan la introducción de la PPR desde el punto de vista de la prevención general. España no presenta una alta incidencia de los delitos contra la vida y según los datos estadísticos de 2010, año en que el entonces partido de la oposición (PP) propuso

por primera vez la PPR (durante la tramitación de la reforma de 2010), confirman una baja tasa de criminalidad. Por tanto, a la vista de que los delitos para los que se prevé la PPR no han experimentado ningún incremento significativo, no parece que la nueva pena obedezca a las necesidades de prevención general negativa. Es importante matizar que un aumento de la criminalidad tampoco justificaría de forma automática la aplicación de una pena más grave, por un lado, porque, como hemos afirmado, no está demostrado que con ello se produzca una eficacia disuasoria mayor y, por otro, porque toda intervención punitiva debe respetar los límites penales constitucionalmente protegidos como la proporcionalidad.

c) La exposición de motivos (II) de la LO 1/2015 también alude a la prevención especial, concretamente a la vertiente positiva, al señalar que la PPR “de ningún modo renuncia a la reinserción del penado”, porque se prevé la realización de una revisión judicial trascurrido un tiempo, concluyendo que de esa forma se respeta la finalidad de reeducación a la que debe ser orientada la ejecución de las penas de prisión. En ningún momento se hace referencia a la peligrosidad criminal, a pesar de que la finalización de la PPR se deja indefinida para controlar que nadie salga de prisión si no se demuestra que existe un pronóstico favorable de reinserción. La alusión a la peligrosidad se sustituye por la mención a la falta de proporcionalidad entre la gravedad del delito y la pena, lo que nos acerca a la finalidad retributiva de la pena. De hecho, el legislador defiende (Exposición de Motivos I y II) que la razón de la introducción de la PPR se encuentra en la necesidad de imponer una pena proporcional a la gravedad de los delitos, señalando literalmente que la PPR se introduce “para aquellos delitos de extrema gravedad, en los que los ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido”.

Sin embargo, a pesar de afirmar expresamente la falta de proporcionalidad, lo que parecería conducir al establecimiento de una pena de duración concreta más larga que la actualmente prevista, para que de esa manera quedara reflejada la “extrema gravedad” del delito, se opta por la pena indeterminada. En el fondo, lo que se busca y esconde tras esta opción es introducir una pena que, al menos potencialmente, podrá ser más larga que la que se habría cumplido de haberse impuesto una pena determinada, pues la posibilidad de aumentar la duración de ésta habría quedado acotada por la prohibición constitucional de penas inhumanas. Por tanto, mientras que en la Exposición de Motivos se apela a la necesidad de imponer una pena proporcional al hecho, en la parte dispositiva la libertad de la persona condenada a la PPR se subordina a un pronóstico de reinserción. Esto deja patente la centralidad que adquiere la seguridad como objetivo político-criminal, lo que

a su vez explica que el defensismo se haya convertido en una corriente político-criminal fundamental, lo que conduce a la configuración de un Derecho Penal de la seguridad.

La contradicción entre la fundamentación de la reforma y la efectiva regulación se confirma al observar el sistema de revisión que ha articulado el legislador español (al que nos referiremos en profundidad en el apartado VI de las conclusiones). Por un lado, los plazos mínimos previstos para efectuar la revisión son muy elevados, 25 como mínimo, pudiendo llegar hasta los 35 y las condiciones para poder optar a esa revisión son también de difícil cumplimiento. Por otra parte, en cuanto a los criterios revisores que se deben valorar para decidir si se concede o no la libertad condicional, se observa que los factores relacionados con la prevención especial positiva apenas destacan (haciéndose sólo una breve referencia a la conducta durante el cumplimiento de la pena), abundando, por el contrario, los aspectos relacionados con el pasado y las probabilidades de reiteración delictiva futura. Esta discordancia nos lleva a defender que la alusión a la vertiente positiva de la prevención especial que se realiza en la Exposición de Motivos busca más justificar la indeterminación de la duración de la PPR y, con ello, salvar la incompatibilidad con la Constitución, que declarar una verdadera pretensión resocializadora que guiará la ejecución de esa pena. En otras palabras, la reinserción se utiliza como una mera justificación o coartada para la legitimación constitucional de la PPR.

6. El discurso defendido para justificar la introducción de la PPR, analizado a la luz de las distintas finalidades que puede cumplir la pena de prisión, y las diferencias que se han observado entre ese argumentario y la regulación aprobada, llevan a concluir que la nueva pena se configura con una clara orientación retributiva e inculpativa. Ambas finalidades se mezclan y confluyen en la PPR. La vertiente positiva de la prevención especial (la rehabilitación) no se concibe como un objetivo a perseguir, sino como una condición formal necesaria para la compatibilidad de esa pena con la Constitución, tras la cual se esconde la verdadera intención: Mantener en prisión durante más tiempo, virtualmente, hasta la muerte, a las personas que cometen ciertos hechos delictivos.

II. El sistema de penas indeterminadas del Reino Unido

7. A diferencia de España, donde sólo existe una pena indeterminada (la PPR), en el Reino Unido se prevén diversas modalidades que se rigen por diferentes regulaciones, aunque con algunos aspectos en común. Actualmente, existen 3 tipos de penas indeterminadas: la cadena perpetua preceptiva, la cadena perpetua discrecional y la cadena perpetua por el segundo delito. Hasta el 2012 también estuvo en vigor la pena IPP (*Imprisonment for Public Protection*), considerada una cadena perpetua menor. Salvo la cadena perpetua preceptiva, las otras dos penas actualmente en vigor están incluidas dentro del capítulo 5 titulado “Delincuentes peligrosos” de la ley de Justicia Penal de 2003. Dentro de este capítulo también se incluye la pena extendida (o prisión seguida de libertad vigilada), que difiere de las anteriores por ser una pena determinada.

El estudio de la regulación de ese conjunto de penas ha permitido concluir que, sin negar la existencia de ciertas deficiencias que se han destacado, el sistema de penas indeterminadas del Reino Unido presenta, en comparación con la regulación prevista para la imposición de la PPR, mayores ventajas y garantías. Por una parte, existe, en términos generales, una mayor flexibilidad para decidir si se impone una pena indeterminada y, por otra, también existe un mayor margen para ajustar la pena mínima a cumplir a las circunstancias concretas del delito cometido, lo que permite valorar cuestiones de proporcionalidad. Así mismo, la obligación de comprobar la peligrosidad criminal como presupuesto de imposición de una pena indeterminada, además de limitar el uso de esas penas a los casos en que exista riesgo de reincidencia, resulta coherente con la disposición que impide liberar a un preso, salvo que ya no sea necesario el encierro para la protección de la sociedad. Todo ello contrasta con la regulación rígida de la PPR, en la que el juez no goza de discrecionalidad para decidir si en un caso concreto podría estar justificada su aplicación; donde además la capacidad que se otorga a aquél para individualizar la pena es muy escasa; y tampoco se exige la acreditación de la peligrosidad para su imposición, aunque la posibilidad de obtener la libertad condicional sí se condiciona a la inexistencia de esa circunstancia.

8. Todas las penas mencionadas (3 indeterminadas y una determinada) tienen en común dos características notables que convierten este sistema, en comparación con la PPR, en más garantista y respetuoso con un derecho penal de la culpabilidad y el principio de proporcionalidad.

a) La primera de ellas es la ya mencionada obligación de verificar la existencia de la peligrosidad criminal (salvo en la cadena perpetua preceptiva), cuya definición y alcance, además, se concreta en la ley y se desarrolla vía jurisprudencial, lo que redundaría en beneficio de la seguridad jurídica. La ley de Justicia Penal de 2003 establece tanto el nivel de riesgo que debe existir como la gravedad del daño que se causaría de producirse otro delito y también el tipo de delito de probable comisión. Así, señala que debe tratarse de un riesgo “significativo” de causar “graves daños” como la muerte o las lesiones graves, ya sean físicas o psicológicas, mediante la comisión de “delitos específicos”, lo que remite a una lista en la que se incluyen un total de 153 delitos.

b) La segunda característica notable de este sistema de penas es la tarifa o periodo mínimo de cumplimiento en prisión. A la hora de imponer cualquiera de las penas indeterminadas a las que se ha hecho referencia, aunque la ley no establece ningún límite temporal de cumplimiento, el juez debe fijar un plazo mínimo conocido como tarifa que refleje la satisfacción de la finalidad retributiva y disuasoria. Para ello, debe tener en cuenta la gravedad del delito que se determina valorando las circunstancias del hecho y del autor. Por tanto, el juez goza de un margen para graduar e individualizar la pena en función del delito cometido y la responsabilidad del autor, lo que permite afirmar que los principios de culpabilidad y proporcionalidad no quedan del todo olvidados. Una vez realizado ese juicio, la duración que resulte de esa valoración se reduce a la mitad, dando lugar a la tarifa. De esta forma, la primera mitad cumple una finalidad punitiva y la segunda una función preventiva.

9. Siguiendo con otros aspectos positivos que presentan algunas de las penas indeterminadas, deben citarse la cadena perpetua discrecional y la cadena perpetua por el segundo delito por la flexibilidad que caracteriza a su imposición. La primera sólo puede ser impuesta cuando se trata de delitos específicos que se enumeran en un anexo de la Ley de Justicia Penal de 2003 y además son delitos graves, lo que significa que la ley prevé una pena máxima para ese delito de 10 años o más o la cadena perpetua. Sin embargo, lo anterior no obliga al juez a imponer esta pena, sino que éste debe valorar si la gravedad de los hechos justifica su aplicación. Por tanto, en el caso de la cadena perpetua discrecional el juez debe tener en cuenta cuestiones de proporcionalidad. En cuanto a la cadena perpetua por el segundo delito también existe un elemento de flexibilidad al señalar la ley que el tribunal debe imponer esta pena, salvo que considere que existen “circunstancias particulares” relacionadas con el delito actual, con la condena anterior o el propio condenado, “que hagan injusta la aplicación de la cadena perpetua”.

Así mismo, la aplicación de esta pena sólo es posible en casos de reincidencia grave, al exigir que además de que la condena actual conlleve una pena de al menos 10 años, anteriormente haya sido condenado con una pena de esa duración, la cadena perpetua o una IPP con una tarifa de 5 años (lo que equivale a una pena determinada de 10 años).

10. A pesar de los rasgos positivos que presenta este sistema, también se ha podido apreciar que ciertos aspectos de la regulación de algunas penas evidencian un acercamiento hacia el objetivo retributivo e incoizador. Ello es fácilmente apreciable en el caso de la IPP y la pena extendida, en las que según su regulación original (entre 2005 y 2008), la peligrosidad que fundamentaba la aplicación de esas penas no respondía a una evaluación de un estudio individualizado, sino que era el resultado de una presunción que se realizaba en caso de existir un delito anterior y se permitía su imposición en delitos cuyas penas podían ser inferiores a 2 años, lo que, sin duda, se aproxima a la lógica de la incoización. La cadena perpetua preceptiva también es otro ejemplo de que la retribución y el afán de neutralizar predominan por encima del respeto de principios como la culpabilidad. Su aplicación se produce sin necesidad de comprobar la existencia de la peligrosidad y es obligatoria en los casos de asesinato, delito que además se define de forma amplia incluyendo los casos en los que la intención era causar unas lesiones físicas graves si el resultado ha sido la muerte. Esta pena es la que más se aproxima a la PPR española, ya que su imposición es preceptiva, está prevista para los delitos de asesinato y no es necesaria la acreditación de la peligrosidad.

III. Los estándares internacionales sobre la ejecución de las penas de prisión de larga duración y la cadena perpetua.

11. No existe a nivel internacional ningún instrumento jurídico de carácter vinculante que se ocupe de la protección de los derechos de los reclusos. Sin embargo, existe un conjunto de textos normativos, que han sido interpretados por los órganos de protección convencionales y utilizados para fundamentar sus informes, que ha contribuido al desarrollo de unos estándares sustantivos sobre la ejecución de las penas de prisión. Esos estándares internacionales constituyen un referente importante y un cuerpo normativo *soft law* que debería inspirar una interpretación sistemática de conformidad con el art. 10.2 CE.

De ese conjunto de normas que tratan sobre los derechos de las personas privadas de libertad destacan en especial la Rec (2003) 22 sobre la libertad condicional, la Rec (2003) 23 sobre la cadena perpetua y las penas de larga duración, el Informe de la ONU sobre la cadena perpetua (1994), y el Estatuto de Roma de la Corte penal Internacional (1998), por reconocer una serie de derechos y garantías fundamentales dirigidas a limitar y controlar la aplicación y ejecución de la cadena perpetua y de las penas largas de prisión. También resulta esencial el trabajo desarrollado por los órganos de protección y monitoreo de los derechos de los reclusos, concretamente del Subcomité para la prevención de la tortura (SPT, que opera a nivel universal), y el Comité para la prevención de la Tortura (CPT, que opera a nivel europeo), por haber favorecido el desarrollo y consolidación de ciertos estándares relacionados con la ejecución.

12. Los estándares internacionales, que derivan de los instrumentos internacionales y de la interpretación realizada por los órganos de protección mencionados, además de reconocer el derecho de toda persona condenada a optar a la libertad, incluidas las personas que cumplen una cadena perpetua, subrayan la necesidad de prestar atención particular a la ejecución de esas penas y de las penas de larga duración. Específicamente se recalca la necesidad de aumentar y mejorar las posibilidades de conseguir la reintegración, para lo que se recomienda implementar medidas adicionales, incluidos tratamientos específicos y planes individualizados con apoyo psicosocial. De esta manera se busca también contrarrestar la agravación de los efectos negativos que supone la extensa duración y la incertidumbre acerca de la fecha definitiva de la libertad (en el caso de la cadena perpetua). En este sentido, se aboga a favor de una vuelta progresiva a la sociedad, impulsando consecuentemente, el disfrute de permisos y de la libertad condicional.

13. Adicionalmente, se recomienda, como condición y garantía ineludible, el establecimiento de un sistema de revisión (integrado por una serie de garantías sustantivas y procesales) para que la vuelta a la sociedad sea una posibilidad real. De esta manera, el apoyo que recibe el principio de reinserción y el regreso progresivo no quedan en una mera declaración de objetivos, sino que se exige la creación de un procedimiento que permita evaluar la procedencia o no de la libertad condicional, que además debe estar dotado de una serie de garantías concretas.

En primer lugar, se recomienda que la fecha de revisión esté prevista en la ley, porque el preso debe conocer cuándo se producirá, aunque no existe una opinión unánime sobre el plazo exacto (25 años, según el Estatuto de Roma, y entre los 8 y 14 años, según

la Resolución (76)2 sobre el tratamiento de las personas que cumplen penas largas de prisión). En segundo lugar, en cuanto a los criterios revisores, se rechaza la utilización de factores como el tipo de pena impuesto o la peligrosidad existente en el momento de aplicar la pena, así como también consideraciones exclusivas de prevención general. Por contra, se admiten criterios como la situación actual y las perspectivas del recluso.

Como se puede observar, el criterio preponderante lo constituye la evolución experimentada por el reo y no aspectos relacionados con el pasado, como el delito cometido o la pena recibida. Así mismo, se recalca que los elementos que se ponderarán en la revisión deben estar previstos en la ley y ser realistas, es decir, que puedan cumplirse, porque de lo contrario, la posibilidad de alcanzar la libertad será algo puramente formal. Por esa razón, se recomienda tener en cuenta las circunstancias personales y sociales del preso y también la disponibilidad de los programas de rehabilitación. Resulta de gran importancia, en especial, la última referencia, porque supone reconocer que las posibilidades de volver a la sociedad no sólo dependen del preso, sino que el Estado también tiene una gran responsabilidad en tanto que debe poner a disposición de aquél los medios y programas adecuados. Esto conecta directamente con la sentencia *Murray* del TEDH, dictada en 2016 (y a la que volveremos en el siguiente apartado de conclusiones), en la que se afirma expresamente que la rehabilitación constituye una obligación positiva de los Estados, lo que implica el deber de ofrecer al reo las herramientas necesarias para alcanzar ese objetivo.

Entre las garantías procesales destaca el derecho del preso a ser oído, recomendando que la decisión sobre la concesión de la libertad condicional solo se tome una vez oído en persona al penado. También es notable la referencia a la carga de la prueba señalando que ésta debe corresponder a las autoridades y no al preso. Como se ha podido comprobar, las normas internacionales se aseguran de ofrecer al preso unas adecuadas herramientas para proteger el derecho a la libertad.

14. Este sistema de revisión y el principio de rehabilitación por el que abogan los textos internacionales no tendrían sentido sin una preparación adecuada para la libertad que se efectúe durante el cumplimiento de la pena. Con ese objetivo también se recomienda fomentar las relaciones entre la sociedad y la prisión para hacer que las condiciones en la cárcel sean lo más similares posibles a las del mundo exterior, promoviéndose para ello, el contacto con el exterior, la cooperación con organismos externos y las relaciones familiares, destacando que solo el tratamiento penitenciario no es suficiente.

15. Es también importante subrayar que el CPT y el SPT se han mostrado en contra de la equiparación automática, a efectos de ejecución, entre la cadena perpetua y la peligrosidad, que han detectado se efectúa en algunos países, y que deriva en la aplicación de unos regímenes más estrictos (separación sistemática del resto de internos, incluso el aislamiento, menor oferta de actividades, etc.). Afirman los citados órganos que la evidencia ha demostrado que la peligrosidad no es una característica que pueda presumirse de aquellas personas que han recibido penas largas y, por consiguiente, la aplicación de un régimen más severo no sería conforme al principio de no segregación que se erige como canon internacional. En este sentido, es de gran interés la Rec (2014) 3 que trata específicamente sobre los delincuentes peligrosos y que afirma que la duración de la condena o la reincidencia general del preso no puede constituir el único criterio para considerar a una persona peligrosa. De hecho, la definición que ofrece de la peligrosidad es restrictiva, considerando necesario para esa categorización que la persona haya sido condenada por un delito muy grave contra las personas (sexual o violento) y, con base en una evaluación, se espera que vuelva a cometer otro de igual gravedad y además exista una alta probabilidad de que ello suceda. Así, recomienda que la aplicación de la “privación de libertad preventiva” que se define como el tiempo que ha de cumplirse durante o después la pena de prisión o por motivos de peligrosidad, sólo se aplique cuando se cumplan las anteriores condiciones.

16. Todo lo anterior permite afirmar que la vuelta a la sociedad de las personas condenadas a largas penas y a cadena perpetua constituye, según los estándares internacionales, un objetivo esencial. El énfasis en la necesidad de ofrecer una especial intervención y atención en el caso de esos condenados y el apoyo a favor de la implementación de un sistema de revisión que debe estar dotado de ciertas garantías que protejan el derecho a la libertad se enfocan en una dirección concreta: Hacer posible *de iure* y *de facto* la vuelta a la sociedad.

IV. La jurisprudencia del TEDH sobre las penas de prisión indeterminadas y de larga duración.

17. La jurisprudencia del TEDH en torno a los arts. 3 (prohibición de penas inhumanas), art. 5 (derecho a la libertad personal) y art. 7 del CEDH (prohibición de la retroactividad de las penas desfavorables) ha contribuido al desarrollo de una serie de garantías que permiten ejercer un control sobre las penas de prisión indeterminadas desde el mismo momento de su imposición y durante toda la ejecución. Además de limitar y

controlar la capacidad del Estado de imponer estas penas también establece una serie de obligaciones positivas.

18. En primer lugar, mediante la prohibición de las penas inhumanas consagrada en el art. 3 CEDH se impide, por un lado, la aplicación de penas determinadas muy desproporcionadas y, por otro, de penas irreductibles. En relación con la proporcionalidad de las penas, el TEDH ha afirmado que, aunque la duración de la pena a imponer corresponde a los tribunales nacionales, una pena muy desproporcionada que no guarda relación con la severidad del delito podría violar el art. 3 CEDH, cuestión que se debe determinar caso por caso.

En lo que respecta a la prohibición de la irreductibilidad, el Tribunal de Estrasburgo declaró en *Vinter c. Reino Unido* 2013 (el referente principal en esta materia), que toda pena de prisión, aunque sea indeterminada, debe ser reductible de *iure* y de *facto*, lo que ha sido denominado como derecho a la esperanza (o perspectiva de liberación). En otras palabras, debe existir una posibilidad real, y no sólo legal, de alcanzar la libertad condicional. En definitiva, determinó que el preso tiene derecho a saber, desde el inicio de la condena, cuándo se va a producir esa revisión y qué condiciones ha de cumplir para alcanzar la libertad condicional, para lo que deben estar preestablecidas en la ley.

En consonancia con lo anterior, exigió que la ley debe prever un mecanismo de revisión transcurridos 25 años (plazo orientativo), concretando, además, cuáles son los criterios que deben valorarse para que esa revisión pueda considerarse conforme al art. 3 (lo que se denomina principio de las razones penológicas). De esta forma, por un lado, señaló que una revisión que se reduce a la valoración de circunstancias muy específicas o excepcionales (como, por ejemplo, las razones humanitarias), que sólo permitiría la liberación de un número pequeño de reclusos, no era suficiente para garantizar ese horizonte de libertad que exige el señalado precepto. Y por otro lado, se ha comprobado que, aunque la revisión debe abarcar el análisis de las razones penológicas que incluyen la resocialización (prevención especial), la disuasión (prevención general) y la retribución, el TEDH otorga a la rehabilitación un papel legitimador superior al resto de razones penológicas, al destacar expresamente que “si en el transcurso de la condena los cambios producidos en el interno y el progreso hacia la rehabilitación llevado a cabo por él son de tal importancia, la continuación de la privación de libertad ya no se podrá justificar por razones legítimas penológicas”.

Además de la sentencia *Vinter*, otros de los principales pronunciamientos que desarrollan el principio o garantía de la reductibilidad fueron *Hutchinson c. Reino Unido* (2017) y *Murray c. Países Bajos* (2016). Aunque la sentencia *Hutchinson* ha sido criticada (fundamentalmente por razones de seguridad jurídica que afectan a la deficiente regulación interna del RU sobre la cadena perpetua sin tarifa, *whole life sentence*), se ha concluido que reitera la doctrina *Vinter* en lo relativo al principio de las razones penológicas. Por su parte la sentencia *Murray* amplía y enriquece la doctrina *Vinter* al afirmar que la rehabilitación constituye una obligación positiva de los Estados, quienes tienen el deber de proveer los medios necesarios para que la reinserción social sea una posibilidad real.

La garantía de la reductibilidad que deriva del art. 3 CEDH tiene un impacto directo sobre la regulación de la PPR, porque impone una primera condición o filtro de legalidad que debe superar. Aunque el legislador español ha previsto un sistema de revisión en el art. 92 CP, su mera previsión no es suficiente para afirmar la compatibilidad con el art. 3 CEDH. También deberá analizarse si los criterios revisores sobre los que se asienta respetan la preeminencia que otorga el TEDH a la evolución realizada por el reo durante la ejecución, como la variable principal y determinante. Sobre ello nos detendremos en el apartado VI de las conclusiones, después de explicar el modelo de revisión diseñado por el legislador.

19. En segundo lugar, una vez la pena ha sido impuesta, el control del Convenio se traslada a la fase de la ejecución. El objetivo del art. 5.1.a CEDH, que consagra el derecho a la libertad, es asegurar que la privación de libertad sea legal en todo momento, evitando que una pena que fue legal al comienzo de la condena se convierta en arbitraria con el paso del tiempo. Por tanto, aunque el Estado puede imponer una pena indeterminada, su legalidad no queda justificada a perpetuidad, es decir, la capacidad del Estado para dilatar la estancia en prisión de forma indefinida queda limitada por el art. 5. Ese precepto ha de ser entendido no sólo como el derecho a no ser privado de libertad, sino también como el derecho a no continuar en esa situación cuando la relación entre la sentencia y la privación de libertad ha dejado de existir (*causal connection*). Esa relación debe existir respecto a dos niveles: la fundamentación o motivo de la privación de libertad y las condiciones materiales de encarcelamiento.

En cuanto a la relación en el fundamento (o identidad de fundamento), el TEDH ha señalado que la privación de libertad no debe ser meramente posterior o cronológica a la sentencia, sino que ha de fundamentarse en aquélla. Esto tiene importantes

implicaciones respecto a la libertad condicional de las penas indeterminadas. Cuando se establece un plazo mínimo o tarifa (como en el sistema inglés), además de determinar la fecha en la que se realizará la revisión, ese periodo marca el cumplimiento de la finalidad punitiva, lo que supone que, a partir de ese momento, la denegación de la libertad condicional sólo puede fundamentarse en razones de peligrosidad, es decir, de protección de la sociedad. La posible reiteración delictiva, por tanto, será el único motivo en que el estado puede fundamentar la denegación de la privación de libertad. Además, dada la obligación que impone el art. 5.1 CEDH de mantener la identidad de fundamento entre la sentencia y la prolongación de la libertad, esa peligrosidad tiene que guardar relación con la sentencia original. De esta forma, la probabilidad de comisión futura de delitos no graves no respetará la identidad de causa con la sentencia original si ésta se impuso por un delito grave, como puede ser el asesinato. El TEDH no exige que los delitos de probable comisión sean de idéntica índole a los que motivaron la sentencia inicial, pero sí delitos semejantes en gravedad.

A lo anterior debe añadirse que el Tribunal sí ha considerado conforme al Convenio mantener a una persona en prisión por razones preventivas, aunque el delito que se espera puede cometer no sea grave, siempre y cuando la condena inicial se impusiera por la peligrosidad o inestabilidad del sujeto. A pesar de ello, debe matizarse que esa posibilidad sólo se ha permitido para justificar la revocación y no para rechazar la concesión de la libertad condicional. Cuando una persona ha conseguido la libertad condicional y durante su disfrute comete algún delito de menor gravedad o tiene un comportamiento que se relaciona con la peligrosidad que se detectó al comienzo de la condena, entonces sí ha considerado que la revocación es conforme al art. 5.1.a CEDH. Sin embargo, entendemos y así lo hemos defendido, que la mera predicción de la comisión de un delito futuro no grave no puede ser suficiente a efectos del art. 5.1.a para justificar la denegación de la libertad condicional cuando la persona no ha salido de prisión. En cualquier caso, es innegable que el TEDH aplica un estándar de protección inferior -poco convincente en mi opinión- cuando se trata de la revocación, porque supone un debilitamiento de la garantía de la identidad de fundamento en perjuicio del derecho a la libertad y a favor de la hipotética protección de la seguridad que no se justifica, teniendo en cuenta los graves efectos que tiene la revocación: el reingreso en prisión.

En cuanto a la garantía de la relación de las condiciones de la reclusión, el TEDH exige que exista una conexión entre el objetivo de la sentencia y el lugar y las condiciones de ejecución. Esto implica que, cuando la continuación de la privación de libertad se

justifica únicamente por razones de peligrosidad del preso, como lógica consecuencia de ello, la persona interna debe tener acceso a programas de rehabilitación que el Estado debe facilitar para poder reducir esa peligrosidad y así limitar la continuación de la situación de privación a lo estrictamente necesario. La obligación de ofrecer los medios adecuados es una condición inexcusable para el Estado que mantenga en prisión a una persona más allá del plazo punitivo, de lo contrario, esa privación de libertad será arbitraria (el pronunciamiento más significativo a este respecto lo constituye *James, Weels y Lee c. Reino Unido* (2013)). Es importante recalcar que la puesta a disposición del preso de unos programas de rehabilitación deberá producirse, conforme a la normativa internacional, con suficiente antelación a la finalización del plazo punitivo, para que el interno tenga un tiempo razonable para eliminar la peligrosidad y así poder optar a la libertad condicional una vez haya alcanzado esa fecha.

Por tanto, el art. 5.1.a, por un lado, en el plano más teórico, delimita las razones en las que puede fundamentarse y justificar la prolongación de la privación de libertad y, por otro lado, en el plano práctico, actúa como un mecanismo de fiscalización de la ejecución para garantizar que realmente está siendo utilizada para conseguir la reinserción.

Este segundo filtro de legalidad que deriva del art. 5 tiene también, sin duda, una repercusión directa sobre la PPR y, más concretamente, sobre la ejecución, porque se exige que una vez ha sido impuesta, su legalidad se mantenga a lo largo del tiempo que dure su ejecución. En primer lugar, en lo que respecta a la identidad de fundamento, tendrá que verificarse si la prolongación de la privación de libertad más allá del plazo mínimo que recoge el CP y que debe cumplirse antes de poder revisar la pena, se basa en razones que guardan relación con la razón o fundamento que motivó la imposición de la PPR. En segundo lugar, en lo que se refiere a las condiciones materiales de cumplimiento, la ejecución de esta pena exigirá una atención especial, unos recursos complementarios que permitan afirmar que realmente el preso tiene a su alcance los medios necesarios para recuperar nuevamente la libertad, impidiendo de esa forma que la pena se convierta en arbitraria y sea considerada irreductible. El cumplimiento de estas condiciones también serán analizadas en el apartado VI de las conclusiones.

20. Para controlar el cumplimiento de la “relación de causalidad” y con ello la legalidad de la privación de libertad, el CEDH además prevé, en el art. 5.4, un mecanismo de revisiones periódicas que se conoce como control de legalidad. El Tribunal ha señalado que la persona presa debe tener derecho a presentar un recurso o que la revisión se

produzca de forma automática. El desarrollo jurisprudencial de ese precepto ha dado lugar a una serie de garantías que deben integrar esa revisión. El TEDH ha afirmado que, cuando deben evaluarse circunstancias susceptibles de experimentar un cambio con el transcurso del tiempo, como sucede con la información relativa a la peligrosidad del sujeto, el art. 5.4 requiere la celebración de una audiencia en el contexto de un procedimiento contradictorio: derecho a convocar testigos, a interrogar a las personas que hayan elaborado los informes sobre el preso y a tener acceso a toda la información elaborada sobre él (igualdad de armas). En lo que al órgano que toma la decisión se refiere, ha señalado que no tiene por qué ser un tribunal (*a court of law*), pero sí debe tener carácter judicial, lo que significa que debe ser independiente e imparcial y debe tener poder para emitir un dictamen vinculante, sin que el ejecutivo pueda interferir. Este control de legalidad se ejecuta, en el caso de las penas indeterminadas, una vez se ha cumplido la tarifa, porque a partir de esa fecha, se entiende satisfecha la finalidad punitiva y, por consiguiente, sólo la existencia de razones de peligrosidad puede justificar la prolongación de la privación de libertad. Por el contrario, el Tribunal ha rechazado la necesidad de revisar la legalidad del periodo previo a la tarifa, por entender que ese control se encuentra incorporado en la propia sentencia (doctrina del “control incorporado”). Tampoco es posible aplicar este control sobre las penas determinadas por la misma razón.

La revisión inicial debe producirse al finalizar el periodo punitivo y, en caso de no conseguir la libertad en esa ocasión, se deberán realizar otras de forma periódica. En general, periodos de menos de un año entre las revisiones han sido aceptados, mientras que intervalos superiores han sido declarados contrarios al art. 5.4 CEDH. Así, un intervalo de tiempo de dos años entre las revisiones en el caso de una cadena perpetua discrecional se considera no justificado, especialmente, cuando el condenado ha completado el trabajo de rehabilitación establecido antes de ese plazo (*Oldham c. Reino Unido* 2000, en *Hirst c. Reino Unido* 2001 y también en *Blackstock c. Reino Unido* 2005). Lo relevante, según la jurisprudencia de Estrasburgo, es que la fecha de la próxima revisión se haya fijado por algún motivo concreto y justificado, como puede ser el cumplimiento de una actividad tratamental.

21. Como se ha podido comprobar, tanto el art. 3 como el art. 5.1 del CEDH (conjuntamente con el art 5.4) ofrecen dos herramientas fundamentales para impedir que las penas indeterminadas abran la puerta a las privaciones de libertad arbitrarias. Como han señalado VAN ZYL, WEATHERBY y CREIGHTON, el desarrollo jurisprudencial

de esos preceptos permite distinguir dos tipos de revisiones: revisión *Vinter* (art. 3) y revisión post-tarifa (art. 5.4).

La revisión *Vinter* se trata de una garantía de mínimos, en tanto que establece los estándares básicos que debe cumplir toda cadena perpetua o pena indeterminada para que no sea considerada, desde el inicio, contraria al CEDH. Si no se prevé un sistema de revisión o si la posibilidad de alcanzar la libertad es *de facto* imposible, esa pena será, desde el mismo momento de su imposición, contraria al art. 3. En lo que respecta al objeto de la revisión, ésta abarca el análisis de todas las razones penológicas que justifican la privación de libertad, lo que en principio permitiría denegar la libertad por razones que no tienen que ver con la peligrosidad del sujeto; aunque bien es cierto que un progreso significativo del reo ya no permitiría justificar tal denegación. Por último, en cuanto al órgano encargado de realizar la revisión, el Tribunal deja abierta la opción de que sea un órgano judicial o incluso el ejecutivo (en claro detrimento de la independencia del procedimiento).

Sin embargo, la revisión post tarifa del art. 5.4 tiene como objetivo comprobar que se cumple la garantía de la identidad de fundamentación que protege el art. 5.1. Por ello, esta revisión entra en juego una vez se ha superado la tarifa o plazo mínimo punitivo. Como se ha adelantado más arriba, la tarifa inglesa determina la satisfacción del fin retributivo y, por ese motivo, la revisión del art. 5.4 se limita a analizar la existencia de razones de peligrosidad que justifiquen la prolongación de la privación de libertad, por lo que la denegación de la libertad no podría estar basada en otras razones penológicas distintas. Esta revisión, además, a diferencia de la revisión *Vinter*, exige unas garantías concretas, como la realización de una vista oral y el carácter judicial del órgano que ha de decidir sobre la puesta en libertad. En el apartado VI de las conclusiones se verán las repercusiones de aplicar estos estándares en el derecho español.

22. En tercer y último lugar, el art. 7 CEDH relativo al principio de legalidad e irretroactividad de las penas desfavorables, prohíbe la ampliación de la duración de la pena por la vía de la ejecución, mediante la aplicación retroactiva de una interpretación judicial o de la ley. Gracias a una evolución jurisprudencial que comenzó a vislumbrarse con *Kafkaris c. Chipre* y se consolidó con el pronunciamiento de dos sentencias paradigmáticas, *M c. Alemania* y *Del Rio c. España*, actualmente el art. 7 puede ser utilizado para controlar aspectos relacionados con la ejecución de las penas de prisión. Las modificaciones que se producen durante la ejecución y que afectan a la esencia misma de la pena (su duración o las condiciones de cumplimiento), ya no quedan fuera del ámbito de protección del mencionado precepto. De esta forma, la jurisprudencia actual se aparta

de la línea mantenida en sus orígenes, que establecía una nítida diferenciación entre ejecución y pena, considerando que la primera no quedaba dentro del ámbito de protección de la irretroactividad.

El art. 7 se ha convertido en otra vía importante de control que permite limitar el poder de los Estados para alargar las penas de prisión por la puerta de atrás (ejecución), al aplicar la prohibición de irretroactividad a aquellas modificaciones *ex post facto* de la ley o la jurisprudencia, que afectan a la ejecución y que no son favorables ni previsibles. Este mecanismo de control es especialmente importante en el caso de las penas indeterminadas como la PPR, porque impide que, durante la ejecución, se modifiquen las condiciones de acceso a la libertad condicional en perjuicio del reo o se dilate el tiempo a cumplir antes de poder optar a la libertad condicional, lo que podría transformar estas penas en *de facto* irreductibles. De esta forma, el Tribunal reconoce que la duración de la pena es un aspecto que se encuentra estrechamente vinculado con la esencia misma de la pena.

El TEDH ha señalado que lo relevante para determinar si estamos ante una pena a efectos del art. 7 es atender a consideraciones materiales de aflicción (criterios *Welch*). Por ello, un cambio normativo o una interpretación judicial sobre aspectos relativos a la ejecución, pero que redefine el carácter material de la pena también quedará dentro del ámbito de protección del art. 7. De tal forma que si se produce una modificación de la ley o se realiza una interpretación jurisprudencial con posterioridad a la comisión del delito que es desfavorable y no es previsible, su aplicación vulnerará el art. 7. *A sensu contrario*, en caso de ser previsible ese cambio, aunque fuera desfavorable sí podría aplicarse de forma retroactiva sin vulnerar el señalado precepto (como se admitió en *Achour c. Francia* 2006). A pesar de ello, hemos defendido que siempre que se trate de una modificación legal o interpretación jurisprudencial desfavorable debería aplicarse únicamente de forma prospectiva, es decir, a las condenas que se dicten en el futuro, porque, los requisitos de accesibilidad y de previsibilidad ofrecen especiales dificultades para materializarse como filtros efectivos de control.

V. El sistema de revisión de las penas indeterminadas en el Reino Unido

23. El procedimiento para alcanzar la libertad condicional en el Reino Unido ha estado marcado por la “lucha” entre el ejecutivo y la Junta de Libertad Condicional, produciéndose de forma gradual una judicialización del poder para conceder la libertad. En esta evolución los pronunciamientos del TEDH dictados en torno al art. 5.4 CEDH han sido determinantes.

24. Históricamente, la decisión de liberar a una persona condenada a cadena perpetua correspondía al ejecutivo (Secretaría de Estado, el equivalente a un ministro del gobierno). Incluso cuando en 1967 fue creada la Junta de Libertad Condicional (JLC), ésta sólo actuaba como órgano consultivo del gobierno. Sin embargo, esto cambió en 1991, cuando a raíz de las sentencias *Weeks* (1987) y *Thynne* (1990) dictadas por el TEDH, ese órgano ganó el poder para decidir sobre la puesta en libertad de las personas condenadas a una cadena perpetua discrecional, creándose, como consecuencia de ello, los comités específicos para su análisis (*Discretionary Lifer Panels*) y comenzando a partir de entonces a celebrarse las vistas orales.

El TEDH señaló en esas sentencias que, una vez cumplida la tarifa, la privación de libertad sólo se podía justificar por razones de protección o seguridad de la sociedad. Por ello, los demandantes tenían derecho, en virtud del art. 5.4 CEDH, a una revisión para determinar la legalidad de la prolongación de su privación de libertad, que debía ser examinada por un tribunal con capacidad para tomar una decisión vinculante, de la que la JLC en aquel momento carecía. Como se ha adelantado, esta interpretación sólo alcanzó a la cadena perpetua discrecional, quedando excluida la cadena perpetua preceptiva, porque al imponerse esa última pena únicamente por la gravedad de los hechos (la peligrosidad del reo no era un requisito a cumplir), no existía ninguna circunstancia susceptible de cambio que tuviera que ser examinada de forma regular.

Sin embargo, aproximadamente una década más tarde, tras el pronunciamiento de la sentencia *Stafford c. Reino Unido* (2002), el TEDH señaló que el art. 5.4 CEDH también era aplicable a la cadena perpetua preceptiva. Aunque reconoció las diferencias existentes entre las dos cadenas perpetuas en lo que respecta al fundamento de su imposición, apuntó que tras el cumplimiento de la tarifa ambas se basaban en la misma razón (peligrosidad) y, por consiguiente, se equiparaban a efectos del art. 5.4. Actualmente la revisión de legalidad que prevé ese precepto se extiende a toda pena

indeterminada, ya que en todas existe una tarifa y, por consiguiente, el periodo posterior a aquélla debe ser objeto de control.

25. En lo que respecta al modelo de revisión de la pena indeterminada que se lleva a cabo en el Reino Unido y que ha sido moldeado, en gran medida, por los pronunciamientos del TEDH, se pueden diferenciar dos momentos importantes en el proceso hacia la libertad condicional, al igual que en el sistema español. El primero se produce cuando se valora conceder el régimen abierto (revisión pre-tarifa) y el segundo cuando se decide sobre la concesión de la libertad condicional (revisión post-tarifa).

a) La revisión pre-tarifa se realiza aproximadamente tres años antes de que expire la tarifa, con el objetivo de decidir si el preso debe ser trasladado al tercer grado y así pueda transcurrir un tiempo en condiciones abiertas, lo que permitirá comprobar al término de la tarifa si es capaz de vivir en libertad sin riesgo para la sociedad. Aunque la ley no exija haber disfrutado del tercer grado para poder conseguir la libertad condicional, en la práctica es muy poco habitual alcanzar aquélla directamente desde el régimen cerrado.

La decisión para conceder el tercer grado corresponde al ejecutivo; el comité de la JLC sólo puede aconsejar sobre la progresión de grado, pero su decisión no es vinculante. Esta competencia del ejecutivo es conforme al CEDH, porque el Tribunal ha señalado que el control de legalidad que prevé el art. 5.4 y las garantías relativas al carácter judicial del procedimiento que se derivan de aquél no son aplicables sobre el periodo anterior a la tarifa (doctrina del control incorporado). La garantía que prevé ese precepto se entiende incorporada en la sentencia original, es decir, el derecho a una revisión de legalidad que debe ser ejecutada por un tribunal no se activa cuando se refiere al periodo previo a la tarifa, porque ese derecho se entiende satisfecho por el procedimiento de determinación de la pena llevado a cabo previo a la imposición de la pena. El traslado de un prisionero a un régimen abierto sigue considerándose una decisión que tiene relación con las condiciones de la prisión, en comparación con la decisión post-tarifa en la que lo que está en juego es la libertad. Sin embargo, teniendo en cuenta la relación tan estrecha que existe entre régimen abierto y libertad condicional, la interferencia del ejecutivo sobre esa primera fase puede repercutir y bloquear la concesión de la libertad condicional. Por ello, la garantía inherente en el art. 5.4 CEDH que exige que la libertad condicional debe decidirse por un órgano independiente que tenga poder para ordenar la puesta en libertad no podrá desplegarse en su totalidad si el tercer grado queda fuera del ámbito de decisión de la JLC.

La competencia para decidir acerca del traslado al régimen abierto queda totalmente excluida del dominio del comité también durante la fase post-tarifa, en la que sí tiene poder para conceder la libertad condicional. Si en ese momento el comité decide no conceder la libertad condicional, pero considera adecuado su traslado al régimen abierto, no podrá pronunciarse sobre ese extremo, salvo que el ejecutivo le haya solicitado consejo al respecto (Reglas de la JLC 2016, regla 24.2). Esas injerencias del ejecutivo con capacidad para bloquear el proceso hacia la libertad condicional chocan con el principio básico de imparcialidad e independencia del procedimiento en que está en juego el derecho fundamental a la libertad personal.

b) En cuanto a la revisión post-tarifa, que se realiza tras el cumplimiento del plazo mínimo punitivo, como hemos adelantado anteriormente, el TEDH dictaminó que las garantías del art. 5.4 CEDH sí son aplicables a este periodo. Esto significa que el órgano que realiza la revisión tiene que ser independiente del ejecutivo y tener competencia para tomar una decisión vinculante y además debe celebrarse una vista oral, porque el objeto central de esa revisión es la valoración de la peligrosidad criminal. En relación con las vistas orales, nuevamente se observa el papel fundamental que ha tenido el TEDH, cuando se comparan las situaciones en las que los jueces nacionales simplemente han aplicado las normas del *common law* de equidad (*fairness*) con aquellas en las que la ley ha sido modificada por influencia del Tribunal de Estrasburgo, al declarar que el art. 5.4 era aplicable.

A raíz de los pronunciamientos del TEDH, durante un tiempo (desde 2003, tras la sentencia *Stafford*, hasta 2009), todas las personas condenadas a una pena indeterminada tenían derecho a exigir la celebración de una vista en esta fase. Como consecuencia de ello, se produjo un aumento importante de casos que debían ser valorados mediante una audiencia, ante lo cual la JLC ideó un “sistema de filtros”. De esta forma, en lugar de celebrar directamente una audiencia, primero un único miembro de la Junta estudiaba el expediente de libertad condicional sobre el papel y tomaba una decisión provisional. A pesar de ese filtro, si se decidía no conceder la libertad condicional, el preso podía exigir la celebración de una vista oral. Sin embargo, a partir de 2009 se produjo un retroceso, ya que el derecho a exigir una audiencia fue remplazado por el derecho a solicitarla (modificación introducida por las Reglas sobre la JLC de 2009 y confirmada posteriormente por las Reglas de 2011 y las de 2016 que están actualmente en vigor). A partir de entonces, la vista oral solo se celebraba si en la revisión unilateral realizada se consideraba que existían posibilidades reales de alcanzar la libertad.

Esa situación cambió nuevamente con una sentencia nacional dictada en 2013 por el Tribunal Supremo (*Osborn*) que consideró que la eliminación de ese derecho de las Reglas sobre la JLC que se produjo en 2009 no era legal, porque ello supone que la JLC no ha cumplido con los requisitos del *common law* de un proceso justo (*fairness*) y que no ha actuado de forma compatible con el art. 5.4 CEDH. El Tribunal Supremo determinó que se debía celebrar una audiencia siempre que la equidad así lo exija.

La celebración de una audiencia para valorar la procedencia de la libertad condicional supone una garantía procesal fundamental, principalmente por dos razones. Por una parte, porque se refuerza jurídicamente al preso, convirtiéndolo en un preso-ciudadano. En los comités del Reino Unido el preso puede participar en la revisión directamente y mediante representación legal, interrogar a quienes aportan pruebas en su contra, presentar como testigos a amigos o familiares, así como presentar toda la información que considere oportuna (se produce así una “humanización” del procedimiento). Por otra parte, la celebración de una vista oral permite al comité tener una mayor cercanía y mejor conocimiento del caso y con ello, tener mejores herramientas para valorar toda la información que reciben.

También es destacable el papel proactivo que tiene el comité, ya que puede hacer preguntas no sólo al preso, sino también a los testigos. Esto unido a la posibilidad que tiene el preso de conainterrogar a quienes presentan pruebas en su contra permite, en cierta manera, distribuir la carga de la prueba entre aquellas personas y el preso. De esta manera se impide que sea únicamente el preso quien tenga que defenderse y convencer al comité de que debe ser puesto en libertad, siendo también la Administración Penitenciaria la que debe justificar por qué ha de permanecer en prisión el interno.

26. En lo que respecta a la valoración de la peligrosidad, que constituye el objeto central de la revisión post-tarifa, merece una valoración positiva la exigencia del refinamiento de ese pronóstico de peligrosidad tanto en intensidad como en referencia al tipo de delito de probable comisión. Aunque la ley sobre el crimen de 1997 señala de forma genérica que el comité no puede conceder la libertad condicional, salvo que esté seguro de que la privación de libertad ya no es necesaria para “la protección de la sociedad”, la interpretación judicial de ese precepto ha concretado el tipo y el nivel de riesgo que justificarían la denegación de la puesta en libertad del preso.

En relación con la primera cuestión, en el caso *Benson* (1988), luego recogida en *Bradley* (1991), se señaló que debe tratarse de un riesgo que suponga un grave daño para

la sociedad, definiéndolo como el tipo de delitos que motivaron la imposición de la cadena perpetua; en otras palabras, riesgo para la vida o la integridad física. Por tanto, debe tratarse de delitos similares a los de la sentencia, los cuales pongan en riesgo la vida o la integridad física. En cuanto al nivel de riesgo, en el citado caso *Bradley* se indicó que debía ser sustancial. Aunque durante mucho tiempo esa fue la sentencia más influyente en relación con el nivel de riesgo, en 2013 en el caso *Sturnham* esta cuestión fue nuevamente revisada y el Tribunal Supremo realizó una interpretación más perjudicial para el preso, ya que permite que un riesgo más general y más bajo pueda servir para denegar la concesión de la libertad condicional. Esta nueva interpretación parece censurable, pues establece un estándar de protección tan bajo y tan inconcreto que es contrario al principio de seguridad jurídica. El criterio establecido en *Bradley* es indudablemente más apropiado.

VI. El sistema de revisión de la PPR en España a la luz de la jurisprudencia del TEDH y el modelo de revisión inglés.

27. El procedimiento de revisión de la nueva pena de prisión indeterminada se articula como una forma de “escalera” que exige el cumplimiento del estadio anterior para que la pena pueda ser revisada. La revisión no se produce de forma automática por el mero transcurso de un periodo de tiempo (25 años plazo general y 28, 30 o 35 en caso de concurso). Al igual que en el Reino Unido, el proceso de libertad condicional está estrechamente vinculado al tercer grado y éste a su vez al disfrute de los permisos de salida. Todo ello tiene un impacto directo en la revisión y en las posibilidades de conseguir la libertad condicional. Por tanto, en el modelo español la fecha de revisión es incierta, porque los plazos que prevé el CP sólo tendrán validez si el preso ha podido avanzar dentro del régimen penitenciario y conseguir el tercer grado.

28. El primer obstáculo con que se enfrentará la persona condenada a una pena de PPR para alcanzar la libertad es que la revisión se hace depender de que aquella se encuentre clasificada en el tercer grado penitenciario (para lo que se exige una condición cronológica, haber cumplido, al menos, 15 años de prisión y otra valorativa, pronóstico de reinserción social). De manera que, si el preso no ha podido alcanzar ese grado, aunque hayan transcurrido 25 años de prisión, no tendrá derecho a una revisión. Esta vinculación entre tercer grado y revisión, sin embargo, no existe en el Estatuto de Roma que sólo prevé el requisito del plazo (25 años) para poder revisar la pena y tampoco el TEDH hace

referencia alguna a otra condición más allá del requisito temporal (tanto para poder realizar la revisión *Vinter* del art. 3 CEDH como para efectuar el control de legalidad que prevé el art. 5.4 CEDH). Por tanto, la exigencia a nivel nacional de una condición para poder proceder a la revisión, cuyo incumplimiento tendría capacidad de bloquear *de facto* la realización de la revisión, plantea dudas sobre una posible vulneración del CEDH.

Debe matizarse que, para la progresión de grado, además de los requisitos señalados, el disfrute de permisos de salida constituye un factor implícito tenido en cuenta para decidir sobre el paso a ese régimen. De hecho, el número de permisos es una variable clave a partir de la cual se inicia lo que se conoce como *cadena permisiva*, (la posibilidad de obtener otros beneficios penitenciarios como el tercer grado). La relación entre ambos aspectos se traduce en que la imposibilidad de disfrutar de permisos dificultará el acceso al régimen abierto y, consecuentemente, también la realización de la revisión.

En cuanto a las variables que recoge la normativa penitenciaria y aquellas que se tienen en cuenta en la praxis para conceder permisos de salida y el tercer grado, la mayoría jugarán, claramente, en contra de las personas condenadas a PPR. Las variables que suelen examinarse son las relativas a la gravedad del delito cometido, la trascendencia social del hecho, que se concreta en la existencia de víctima menor o pluralidad de víctimas, la lejanía de las $\frac{3}{4}$ partes para alcanzar la libertad condicional o la pertenencia a organización delictiva. La aplicación de esos criterios a la PPR, que está prevista para delitos graves contra las personas, siendo uno de los supuestos el asesinato de un menor de 16 años, otro el asesinato de más de dos personas y otro el asesinato cometido por quien pertenece a un grupo u organización criminal, sin duda supondrá un gran obstáculo para la consecución de permisos de salida y el tercer grado.

Si además de las dificultades anteriores se tienen en cuenta los bajos porcentajes de personas que disfrutaban de permisos de salida (en torno a la tercera parte), y del tercer grado penitenciario (en torno al 16,2%), datos que además hacen referencia a las penas de prisión ordinarias y, por tanto, en principio se trata de delitos más leves que los previstos para la PPR, las previsiones para la PPR no pueden ser optimistas. Las cifras de liberados condicionales son igualmente bajas. Como señalan CID y TÉBAR aproximadamente el 35% de la población reclusa tiene una forma de liberación escalonada (la libertad condicional o tercer grado penitenciario). Los datos que llegan del Reino Unido son también desalentadores: Pocos condenados a cadena perpetua son puestos en libertad condicional una vez cumplen la tarifa, en gran parte, por no haber podido alcanzar previamente el régimen abierto. Con estas bajísimas cifras no es infundado sostener que, en el caso de la PPR, la gran mayoría no conseguirá el tercer

grado, lo que imposibilitará la revisión de la pena, y con ello, aumentarán las probabilidades de su conversión en perpetua. Las dificultades para alcanzar el tercer grado inevitablemente repercutirán de forma negativa sobre las posibilidades de alcanzar la libertad condicional. Esto podría aconsejar una reforma de este requisito, siguiendo el modelo del Estatuto de Roma y la jurisprudencia del TEDH -al que se ha hecho referencia más arriba-.

29. En todo caso, se evidencia la necesidad de realizar un mayor esfuerzo para ayudar a los presos a progresar dentro del sistema penitenciario. El contenido de que se dota a la ejecución de la pena privativa de libertad está íntimamente relacionado con las posibilidades reales de alcanzar la libertad condicional; sin una adecuada planificación la revisión será algo meramente formal. La reinserción no solo depende de la buena voluntad del preso, la situación de encierro que sufre genera unos efectos desocializadores que afectan a su personalidad y a sus habilidades psíquicas. Por esa razón, el apoyo psicológico y la disponibilidad de los programas de rehabilitación se convierte en algo crucial, especialmente, cuando se trata de penas indeterminadas cuya finalización se hace depender del pronóstico favorable de reinserción.

Como se ha apuntado más arriba, en esta línea se manifiestan tanto las normas internacionales como el CPT, que recomiendan aumentar y mejorar las posibilidades de conseguir la reintegración en la sociedad mediante la implementación de planes adicionales y tratamientos específicos para compensar el largo e indefinido periodo que permanecerán en prisión y la falta de motivación que ello puede generar. En otras palabras, los Estados miembros deben asegurar que esa posibilidad sea real y efectiva. Esta es también la línea adoptada por el TEDH que ha otorgado a las condiciones materiales de la ejecución un papel legitimador de la privación de libertad desde el prisma del art. 3 y el art. 5.1 CEDH. En relación con el art. 3, ha señalado que la pena debe ser reductible no sólo *de iure*, sino también *de facto*, lo que implica la obligación de proporcionar los medios necesarios para que el penado pueda conseguir su rehabilitación. Concretamente en *Murray c. Países Bajos* (2016) declaró que los Estados tienen la obligación positiva de asegurar la rehabilitación, convirtiéndose los medios para la reinserción en un canon de control de legitimidad. De igual modo, desde el art. 5.1.a, los programas de rehabilitación actúan como un filtro que permite afirmar o denegar la legalidad de la privación de libertad que se extiende más allá de la tarifa.

A pesar de la gran importancia que tiene la ejecución como freno para impedir que la PPR se convierta *de facto* en perpetua, el legislador español no hace ni siquiera una mención genérica en ninguna disposición a la obligación de garantizar unas medidas

adicionales en el caso de esta nueva pena para asegurar que la vuelta a la sociedad sea *de facto* posible, limitándose a articular un sistema de revisión que formalmente se adecue a las exigencias del TEDH y evite la posible inconstitucionalidad de la PPR (en relación con art. 25.2 CE que recoge el mandato resocializador). La simple previsión de una revisión sujeta al cumplimiento de unas condiciones no es suficiente. Además de una adaptación formal es necesaria una adaptación material a la jurisprudencia del TEDH y a los estándares europeos en materia de ejecución, porque la ausencia de una adecuada planificación impedirá *de facto* al preso alcanzar la libertad condicional.

30. Si el preso ha conseguido vencer los obstáculos señalados y progresar dentro de prisión, se procederá a la revisión de la pena. En ese momento nuevamente se volverá a enfrentar con otra segunda dificultad: la exigencia del pronóstico de reinserción social favorable. Para poder alcanzar la libertad condicional además de estar en tercer grado y haber cumplido 25 años de prisión (como mínimo), es necesario que exista ese pronóstico. Hay dos cuestiones respecto a este requisito que merecen una crítica. La primera de ellas está relacionada con la forma en que se materializa esa exigencia y la segunda con la carga de la prueba.

Respecto a la primera, el tribunal debe determinar ese pronóstico en atención a un conjunto de criterios (art. 92.1.c del CP) que hacen alusión a diferentes factores: algunos se refieren al pasado, como las circunstancias del delito cometido o los antecedentes, otros se refieren al sujeto, su comportamiento en prisión, su personalidad y sus circunstancias familiares y sociales y, por último, otros se proyectan hacia el futuro, como la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados si se vuelve a cometer otro delito o los efectos que puedan esperarse en caso de conceder la libertad condicional. La doctrina mayoritaria ha criticado la elección de esos criterios revisores, porque muchos no son modificables por el preso, se centran en aspectos del pasado y se omiten las referencias a la capacidad del penado de regresar a la vida en libertad. Esto ha llevado a afirmar que los criterios introducidos persiguen finalidades preventivo generales o, simplemente, la retribución del delito cometido.

La inclusión de ese conjunto de variables sin especificar si deben ser interpretadas desde la lógica preventivo especial, la retribución o la prevención general, es decir, sin establecer cuál es el objeto de esa valoración o qué se pretende analizar, genera gran inseguridad jurídica. Si realmente no se sabe cuál es la finalidad de esa revisión, difícilmente el reo podrá conocer, tal como afirmó el TEDH en *Vinter*, qué debe hacer para poder alcanzar la libertad condicional. En el Reino Unido, en cambio, el criterio esencial y transversal del plazo punitivo establece una línea clara entre el periodo anterior

y posterior a la tarifa, lo que permite delimitar el objetivo de la revisión post-tarifa a la comprobación de la probabilidad de reiteración delictiva, es decir, la peligrosidad criminal, que además se concreta en intensidad y tipo de delito.

31. En el presente trabajo de investigación se ha defendido que la revisión que se prevé en el art. 92 CP para la PPR debe ser igual que una revisión post-tarifa del art. 5.4 CEDH, lo que equivale a afirmar que la denegación de la libertad condicional sólo será posible cuando se acredite la existencia de razones relacionadas con la peligrosidad criminal. Aunque los criterios revisores se sitúan todos a la misma altura y aparentemente con el mismo valor, el principal objetivo de la revisión debe ser analizar la evolución del preso y su capacidad para vivir en libertad, debiendo quedar desplazadas las consideraciones retributivas y preventivo generales. De esta manera, la única razón que entendemos podría justificar la denegación de la libertad sería la peligrosidad criminal, definida como la posibilidad de reiteración delictiva en delitos similares en gravedad a los que llevaron a imponer la PPR y exista, además, siguiendo la ley y jurisprudencia del Reino Unido, una probabilidad “significativa” de que ello suceda. Por tanto, la genérica alusión a la probabilidad de reiteración delictiva no puede servir para justificar la prolongación de la estancia en prisión de una persona que ya ha permanecido largos años encerrada. Solo la protección de los bienes jurídicos más importantes y frente a los ataques graves podría legitimar la denegación de la libertad condicional. Por ello, los informes de los especialistas deberían tratar de precisar lo máximo posible qué factores y en qué contexto consideran que podría desencadenarse otro episodio delictivo.

Teniendo en cuenta que los delitos para los que se prevé la PPR son los que menores tasas de reincidencia presentan, que para su imposición no se requiere la comprobación de la peligrosidad y las dificultades que existen para predecir el comportamiento futuro, deben ofrecerse las máximas garantías en aras a proteger el derecho a la libertad de las personas condenadas a PPR. Por ello, las circunstancias del delito o los antecedentes solo deben tenerse en cuenta si son relevantes para determinar ese juicio de pronóstico, pero en ningún caso para valorar la satisfacción de la finalidad punitiva, porque ésta ha de entenderse agotada al haberse cumplido el plazo de revisión.

32. La tesis anterior se respalda en la equiparación de los plazos de revisión recogidos en el CP de 25, 28, 30 y 35 años con respecto a la tarifa inglesa, en lo que a la función de aquélla se refiere: Delimitan la conclusión de la finalidad punitiva. Aunque esos plazos no se imponen, como sucede con la tarifa inglesa, de forma individual valorando las circunstancias particulares de cada caso concreto, es decir, la gravedad del

delito cometido y la culpabilidad del autor, existen varias razones que nos han llevado a afirmar esa similitud.

Por una parte, la exposición de motivos (II) de la LO 1/2015 señala que el plazo de revisión se establece atendiendo a la cantidad de delitos cometidos y su naturaleza, lo que indica que existe una vinculación con el fin punitivo. Por otra parte, si se comparan las fechas de revisión que se prevén para la PPR con los plazos de cumplimiento de la pena determinada que habría correspondido aplicar antes de la introducción de la nueva pena indeterminada, se observa que ambos periodos guardan relación. Como demuestra el caso del asesinato cometido tras un delito sexual que puede ser la violación (art. 140.1.2° CP), la revisión se establece a los 25 años, duración que habría correspondido imponer si no hubiese existido la PPR, como consecuencia de la aplicación de las reglas concursales. Por último, según indica el art. 92 CP, la revisión de la pena se llevará a cabo mediante un procedimiento oral contradictorio, lo que parece reflejar el estándar de control del art. 5.4 CEDH.

33. Por las razones anteriores, se ha considerado que, una vez se cumplen los periodos de revisión que prevé el CP debe realizarse una revisión post-tarifa, lo que supone que a partir de entonces la única razón que podría justificar la prolongación de la estancia en prisión serían aquellas relacionadas con la peligrosidad criminal. Sin embargo, la realización de esa revisión en la fecha señalada por el legislador no debería impedir efectuar una previa revisión de idéntica naturaleza, al cumplir las tres cuartas partes que se exigen en el régimen general para optar a la libertad condicional (y que aquí se calcularían con referencia a los plazos señalados por el art. 92 CP), por varias razones que se exponen a continuación.

El legislador español ha articulado el sistema de revisión con anclaje en la libertad condicional, es decir, los requisitos que se exigen para revisar la pena son iguales que los que se exigen para alcanzar la libertad condicional en el caso de las otras penas, con la sola excepción de la fecha, que en lugar de ser $\frac{3}{4}$ se establece un plazo fijo de 25 años (tiempo genérico que puede ser superior). De esta manera, al fundirse dos figuras (la libertad condicional y la revisión) en una misma regulación, se diluye el derecho a la primera, desapareciendo como figura autónoma. Sin embargo, si nos fijamos en la revisión que se lleva a cabo en el Reino Unido, la fecha de revisión de las penas indeterminadas se calcula tomando como referencia la pena que habría correspondido aplicar de imponerse una pena determinada y, posteriormente, reduciendo ésta a la mitad, porque ese es el momento en que las personas condenadas a una pena determinada

alcanzan la libertad¹⁹⁴⁶. El razonamiento que está detrás de este modo de proceder es que las personas condenadas a una pena indeterminada no deberían estar en peor posición que las personas que reciben una pena determinada, en relación con la aplicación de la libertad condicional. Siguiendo el modelo inglés de la tarifa, más garantista y respetuoso con el derecho a la libertad, consideramos que, en el caso de la PPR, los plazos de revisión previstos deberían ser reducidos, como mínimo, en un cuarto, para que la duración resultante coincidiese con el momento en que, según el régimen general, se puede optar a la libertad condicional. De esta manera, nos acercaríamos algo más a la mayoría de países europeos donde la fecha de revisión es bastante más corta que los 25 años que prevé, como mínimo, el CP (entre otros, Alemania y Suiza 15 años, Holanda o Bélgica 14 y Finlandia 12).

34. En el caso de las revisiones que superan los 25 años (28, 30 y 35 por tratarse de un concurso de delitos), se ha mantenido que al cumplir aquel plazo el tipo de revisión que debería ejecutarse sería una revisión *Vinter* del art. 3 CEDH, valorándose así todas las razones penológicas y, posteriormente, al cumplir 28, 30 o 35 años, una revisión post-tarifa del art. 5.4 CEDH, por lo que únicamente se examinaría la existencia de la peligrosidad criminal. Sin embargo, reiterando la misma argumentación manifestada unas líneas más arriba, también en estos casos, consideramos que la revisión post-tarifa debería ejecutarse al cumplimiento de las $\frac{3}{4}$ partes de las fechas que prevé el CP (28, 30 y 35).

Debe tenerse en cuenta, como se ha explicado anteriormente, que la revisión *Vinter* se trata de una garantía de mínimos que fue establecida al estudiar la compatibilidad con el art. 3 CEDH de la cadena perpetua sin posibilidad de revisión (*whole life sentence*), una pena que está prevista para los casos “más graves” de asesinato. En esta revisión se valoran todos los elementos penológicos de nuevo, no solo las razones de prevención especial (aunque es cierto que la reinserción tiene un papel central, un peso mayor, como se ha argumentado antes) y la revisión puede ser ejecutada por un tribunal o por el ejecutivo. Sin embargo, en la revisión post-tarifa, las consideraciones preventivo generales o retributivas ya no tienen cabida y la revisión ha de ser llevada a cabo por un órgano que tenga carácter judicial. Por ello, siguiendo a VAN ZYL, WEATHERBY y

¹⁹⁴⁶ Hasta el año 2008 la puesta en libertad de las penas determinadas superiores a 4 años, al cumplir la mitad de la pena, dependía de la JLC, produciéndose la liberación automática al cumplir $\frac{2}{3}$ partes de la pena, pero, a partir de esa fecha, todos los condenados a penas determinadas son liberados automáticamente al cumplir la mitad de la pena. En el caso de la cadena perpetua preceptiva no se realiza la operación indicada para el resto de penas indeterminadas de reducir la pena fijada a la mitad. El juez establece unos puntos de partida (*starting points*), que son unos plazos de duración concreta en función de la concurrencia de ciertas circunstancias objetivas que, posteriormente, pueden ser aumentados o disminuidos, en el grado que considere oportuno el juez, dependiendo de las agravantes o atenuantes existentes, lo que puede resultar en un plazo mínimo de cualquier longitud (cualquiera que haya sido el punto de partida). Por tanto, la capacidad de graduar la pena mínima en función de las particularidades del caso no queda restringida.

CREIGHTON y con la finalidad de que ninguna persona condenada a cadena perpetua sea privada del derecho a esa revisión, que supone una garantía de mínimos, se ha defendido que si una pena “whole life sentence” debe ser revisada a los 25 años de cumplimiento, tal y como afirmó el TEDH, cuando se trata de otra cadena perpetua en la que sí se establece un plazo mínimo (lo que presupone que se trata de un delito “menos grave”), la revisión *Vinter* también debería efectuarse al cumplir 25 años, aunque la tarifa fijada sea superior. De esta manera, se garantiza a todas las personas condenadas a cadena perpetua una revisión cumplidos 25 años, con independencia de que el plazo de revisión fijado por la ley sea mayor a ese periodo.

Así mismo, consideramos que esta revisión debería ser extensible a las penas determinadas cuyas fechas para la libertad condicional sobrepasan los 25 años por dos razones: por un lado, para evitar que estas penas estén protegidas con menores garantías que las penas indeterminadas que, en principio, están pensadas para delitos más graves y, por otra, para impedir que se utilicen esas penas para eludir la revisión de legalidad que se realiza en el caso de las cadenas perpetuas.

35. En lo que respecta a las revisiones periódicas, que deben realizarse en caso de que se haya rechazado conceder la libertad condicional, el art. 92.4 CP señala que se realizarán, al menos, cada dos años (de oficio o a solicitud del reo), pero añade una “reserva” al indicar que, en caso de ser rechazada una petición, se podrá fijar un plazo de hasta un año dentro del cual no se dará curso a nuevas solicitudes. Esto último podría chocar con la jurisprudencia del TEDH, porque ese Tribunal no admite establecer un plazo de forma genérica sin atender a las particularidades del caso. La elección de un intervalo concreto de tiempo debe estar siempre justificada y la permanencia en prisión más allá de la tarifa debe siempre tener una finalidad clara. Si no se argumenta en base a qué se ha fijado la nueva fecha revisión, es decir, no se planifica y dota de contenido al tiempo que transcurrirá hasta la siguiente revisión, ese periodo podría considerarse contrario al Convenio. Por ello, esa regulación legal podría vulnerar al art. 5.1 CEDH, en la medida en que el preso ha finalizado la actividad de tratamiento exigida y sigue en prisión, porque la fecha de la nueva revisión no ha llegado todavía, sin que su permanencia en la cárcel cumpla ningún objetivo.

36. Además de la equivalencia que existe entre los plazos que prevé el CP y la tarifa, concurren dos razones adicionales que han inclinado la interpretación de *lege lata* que proponemos hacia una revisión post tarifa cuando se produzca el cumplimiento de los periodos previstos por el CP y también, previamente, al cumplir el plazo general de los $\frac{3}{4}$ para optar a la libertad condicional. En cuanto a la primera razón, entendemos que

si se realizara una revisión *Vinter* (tanto en la primera revisión como en las siguientes), se tendría que proceder a una valoración de todos los elementos penológicos de la condena y, por consiguiente, podría denegarse la libertad condicional, una y otra vez, en base a razones de índole retributiva, lo que podría vulnerar el art. 3 CEDH por ser la duración de la pena desproporcionada a la gravedad del delito cometido. En cuanto a la segunda razón, consideramos que el modelo de pena indeterminada no es coherente con un sistema de revisión que permite denegar la libertad condicional por razones retributivas o de prevención general. Si lo que se pretende es que la pena cumpla con las finalidades señaladas, corresponde imponer una pena de duración determinada, porque el delito ya ha sido cometido y, por consiguiente, se puede establecer qué duración es necesaria para alcanzar esos objetivos. En cambio, la imposición de una pena indeterminada presupone la necesidad de controlar la salida de prisión, debido a la existencia de alguna circunstancia que no pudo ser determinada en el momento de la condena, por ser susceptible de variar con el paso del tiempo (como sucede con la peligrosidad criminal); por ello, la revisión debe centrarse exclusivamente en el examen de esa característica.

37. Un aspecto muy importante de la revisión post-tarifa lo constituye el procedimiento mediante el cual se ejecuta. La revisión debe llevarse a cabo respetando las garantías que se derivan del art. 5.4 CEDH, lo que supone que ha de celebrarse una vista oral con la participación del preso. El art. 92.1 *in fine* del CP se encuentra en consonancia con el Convenio al prever que la concesión de la libertad condicional deberá resolverse a través de un procedimiento oral contradictorio. Sin embargo, existe una evidente carencia de desarrollo normativo, ya que ese mandato no se regula en la normativa penitenciaria, ni se hace remisión a las normas procesales, lo que genera una gran inseguridad jurídica. En el Reino Unido, desde 1992 se llevan desarrollando este tipo de revisiones y además existen unas Reglas (*Parole Board Rules 2016*) que ofrecen orientación sobre cómo debe efectuarse la vista oral.

La posibilidad de que el preso pueda participar en el procedimiento de forma directa, si así lo desea, resulta también importante. El CP señala que en el procedimiento intervendrá el Ministerio Fiscal y el penado, sin embargo, en este último caso añade que estará asistido por su letrado, por lo que no queda claro si su participación directa es posible. Un estudio llevado a cabo en el Reino Unido sobre condenados a cadena perpetua discrecional, al que se ha hecho referencia en este trabajo, concluyó que los abogados que dejaban hablar por sí mismo al preso fueron los más efectivos; su papel fue clave para convencer al tribunal. También es fundamental otra de las garantías que se derivan del

art. 5.4 CEDH: que la defensa del preso tenga acceso a toda la información que se presenta, pueda interrogar a aquellos que presentan pruebas contra él o llamar a testigos y pueda presentar cualquier prueba documental. En el Reino Unido, el comité puede recibir como prueba cualquier documento o información independientemente de que fuera o no admisible ante un tribunal ordinario.

38. Otro aspecto procesal trascendental y sobre el que nada indica el CP es el relativo a quién corresponde la carga de la prueba. Esta cuestión está relacionada con la segunda crítica que merece la exigencia del pronóstico de reinserción. La previsión de ese requisito parte de una presunción de peligrosidad que la evidencia empírica refuta, y que se confirma por los bajos índices de reincidencia que presentan quienes cometen delitos graves. Por esa razón, se ha defendido que, teniendo en cuenta que para aplicar la PPR no se requiere la comprobación de la peligrosidad criminal y que la evidencia demuestra que no existe una equivalencia entre delitos graves y riesgo de reincidencia, la exigencia del pronóstico de reinserción no debe ser interpretada como un requisito que corresponde probar al preso, sino que debe ser el Estado, representado por el Ministerio Fiscal, quien pruebe que existe un mal pronóstico que le lleva a concluir que el preso no debe ser puesto en libertad, en caso de que así lo considere.

39. En lo que respecta al órgano que lleva a cabo la revisión, según la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 debe ser realizada por un tribunal colegiado. Fijando la mirada de nuevo en el sistema del Reino Unido, los comités están compuestos por un juez, un psicólogo o psiquiatra y el oficial de libertad condicional o un criminólogo, siendo el juez quien habitualmente preside. Esta composición plural y mixta (con expertos del ámbito social, además del jurídico), nos parece acertada, porque la valoración que procede realizar no afecta exclusivamente a cuestiones jurídicas, sino también a aquellas que están relacionadas con las ciencias del comportamiento. Así mismo, entendemos que cuando debe tomarse una decisión que puede tener una repercusión importante, la posibilidad de debatirlo y valorarlo entre varias personas hace más fácil la toma de esa decisión.

Aunque es cierto que en la normativa actual española no se prevén esos tribunales mixtos, sí se permite contar con el asesoramiento de expertos de otras ramas no jurídicas. Por ello, teniendo en cuenta, por un lado, que el tribunal debe valorar principalmente la progresión del preso durante la ejecución de la pena y su futuro comportamiento en caso de salir de prisión y, por otro lado, que esa decisión tiene una especial incidencia sobre la libertad en el caso de una pena indeterminada como la PPR, sería conveniente que se

avanzase un paso más y se adoptase un modelo similar al inglés, abriendo la posibilidad de la participación de otros expertos con formación especializada en la conducta del ser humano, quienes también tendrían la facultad de decidir sobre la puesta en libertad de estas personas.

40. A modo de resumen y siguiendo el estándar sustantivo y de garantías que se deriva de Estrasburgo y atendiendo al modelo previsto en el Reino Unido y la normativa internacional, la revisión de *lege ferenda* de la PPR debería articularse sobre los siguientes pilares:

a) En primer lugar, siguiendo el modelo inglés de la tarifa, la fecha de revisión debería establecerse, no de forma general, sino atendiendo a las circunstancias particulares del delito y del autor. Así, primero se debería determinar la duración concreta que habría correspondido aplicar si se hubiera impuesto una pena determinada y, posteriormente, habría que calcular las $\frac{3}{4}$ partes de esa pena para determinar el momento en el que deberá realizarse la revisión.

b) En segundo lugar, el objetivo principal de esa evaluación debería ser la evolución realizada por el preso, dejando de lado las consideraciones retributivas o preventivo generales que se entienden cumplidas al alcanzar la tarifa. De esta forma, la única razón que podría justificar la prolongación de la estancia en prisión sería la peligrosidad del sujeto que, además, por exigencias del art. 5.1 CEDH (garantía de la identidad de fundamento), sólo la predicción de delitos violentos que causen grave daño a la vida o integridad física podría justificar la denegación de la libertad condicional. La probabilidad de reiteración delictiva en los citados delitos también podría delimitarse tomando como referentes el criterio señalado en la sentencia *Bradley* (Reino Unido) del riesgo “sustancial” y también lo indicado en la Rec (2014) 3 que exige una “alta” probabilidad de volver a cometer un delito muy grave contra las personas (sexual o violento).

c) En tercer lugar, para valorar la existencia de esa circunstancia debería celebrarse una audiencia con las garantías de un procedimiento oral contradictorio, en el que el reo debería tener la posibilidad de participar de forma directa y asistido por su letrado, acceso a toda la información y derecho a presentar e interrogar a los testigos. Siguiendo el modelo inglés, sería conveniente que el órgano fuese multidisciplinar, y sus miembros pudiesen realizar las preguntas que considerasen oportunas.

d) En cuarto lugar, durante la ejecución de la PPR, deberán ponerse a disposición del reo unos medios y planes adicionales orientados a compensar la incertidumbre que

supone la duración ilimitada de la pena y a hacer posible el progreso del reo dentro de prisión, para que, llegado el momento de la revisión, sea posible alcanzar la libertad.

e) Además de lo anterior, otro de los cambios que permitiría dotar de mayores garantías la PPR sería, siguiendo nuevamente el modelo de la pena indeterminada en vigor en el Reino Unido, exigir como condición previa a la imposición de la PPR, la comprobación de la peligrosidad criminal. Así, dicha peligrosidad se concretaría en intensidad y en el tipo de peligro en términos similares a la legislación y jurisprudencia inglesas; es decir, se valoraría la existencia de riesgo significativo de causar grave daño (entendido como la muerte o lesiones graves, ya sean físicas o psicológicas) mediante la realización de un delito grave (quedando excluido el delito imprudente).

41. Las anteriores propuestas *de lege lata* y *de lege ferenda* tratan de abrir el camino a una interpretación restrictiva de la PPR. No obstante, ese intento de limar las aristas más problemáticas de dicha pena resulta insuficiente para paliar las dudas sobre la constitucionalidad que la propia configuración de la PPR presenta. A continuación, se sintetizan brevemente los aspectos de aquélla que pueden chocar con principios constitucionales:

a) En primer lugar, las imprecisiones de que adolece la regulación de los delitos para los que ha sido prevista la nueva pena choca con los principios constitucionales de legalidad y certeza; a lo que ha de sumarse la ausencia de una justificación adecuada de la elección de esos delitos, teniendo en cuenta que se trata de aquellos que presentan las menores tasas de reincidencia.

b) En segundo lugar, el carácter preceptivo de la pena y las escasas posibilidades de individualización y determinación de la duración mínima a cumplir antes de poder realizar una revisión, dotan a esta pena de una rigidez injustificada y contraria al principio de proporcionalidad y el derecho a la libertad.

c) En tercer lugar, siguiendo con el principio de proporcionalidad y, más concretamente con uno de los subprincipios que lo componen, el juicio de necesidad, podemos afirmar que se trata de una pena innecesaria. Por un lado, porque el CP ya permitía imponer, antes de su introducción, penas de prisión severas para castigar los delitos a los que se dirige la PPR, de cuya insuficiencia no existe constancia y, por otro lado, porque el sistema penitenciario tiene suficientes mecanismos para controlar e impedir la salida de prisión que se puede producir durante el periodo de ejecución

(permisos de salida, tercer grado y libertad condicional) cuando existe riesgo de reincidencia.

d) Por último, el sistema de revisión articulado no ofrece suficientes garantías para evitar que la PPR se convierta en una pena irreductible, lo que choca con varios principios constitucionales: legalidad, reinserción y prohibición de penas inhumanas. Son varias las razones que hacen dudar sobre la compatibilidad del sistema de revisión con la Constitución y que pueden resumirse en las siguientes tres. En primer lugar, las condiciones que se exigen para optar a la libertad condicional son difíciles de cumplir, lo que pone en cuestión las posibilidades reales de reinserción y, con ello, la *reductibilidad de facto* de la pena. En segundo lugar, los criterios revisores sobre los que se debe fundar el pronóstico de reinserción favorable, además de ser ambiguos y arbitrarios, dejan abierta la posibilidad de que se deniegue la libertad por consideraciones retributivas o de índole preventivo general, es decir, por razones que no son susceptibles de ser modificadas por la persona presa. En tercer lugar, no existe una planificación de medios materiales y psicológicos adicionales que ayuden al recluso a progresar dentro de prisión. Todo ello hace prever que las personas a quienes se les imponga la PPR permanecerán, muy probablemente, para siempre, en prisión, sin que se pueda afirmar que con esta pena se garantizará una mayor seguridad a la sociedad.

De todo lo anterior, parece deducirse que -tal y como señalaba la nota de prensa del Ministerio de Justicia sobre el Anteproyecto de Reforma del CP- la finalidad latente en la PPR consiste en aplicar una respuesta más severa a determinados delincuentes cuyos delitos han causado una particular “repulsa social”. Sin embargo, consciente de que la opción por una pena determinada muy larga habría tenido mayores problemas de encaje constitucional con el art. 15 CE que prohíbe las penas inhumanas, el legislador optó por una pena indeterminada que, mediante la previsión de una revisión, formalmente pretende adecuarse a la Constitución y al CEDH. La PPR se convierte así en la última muestra del resurgimiento de la prevención negativa, con un claro acercamiento a la inoquización. La tendencia al incesante aumento de las penas, puesta de manifiesto desde las reformas de 2003 y que se conoce como neo-retribucionismo, parece seguir avanzando de modo preocupante. Frente a ella, los criterios y garantías elaborados por el Tribunal de Estrasburgo en la interpretación del CEDH deben servir como referente imprescindible, tanto en la aplicación de la PPR –si se mantiene- como en las penas largas de prisión.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ACALE SÁNCHEZ, María, La **Prisión Permanente Revisable**: ¿Pena o Cadalso?, edit. Iustel, Madrid, 2016.

ASUA BATARRITA, Adela, “La **justicia imprescindible** y sus límites en la deslegitimación de la violencia” en RIVERA, A./MATEO, E. (eds.), *Víctimas y política penitenciaria. Claves, experiencias y retos de futuro*, edit. Catarata, Madrid, 2019 pp. 93-123.

- “El discurso del enemigo y su infiltración en el derecho penal. Delitos de terrorismo, “finalidades terroristas”, y conductas periféricas”, en CANCIO MELIÁ/GOMEZ JARA DÍEZ (Coord.) *Derecho penal de enemigo. El discurso penal de la exclusión*, editoriales BdeF y Edisofer Madrid/ Buenos Aires/Montevideo 2006 T. 1, pp. 235-276.
- “El “**cumplimiento íntegro**” y efectivo de las penas: un slogan efectista contra el principio constitucional de reinserción social”, en *Bake Hitzak. Gesto por la Paz* n. 50 2003, pp. 23-28.
- “**Pena indeterminada**”. Nueva Enciclopedia Jurídica. Seix. T. XIX, Barcelona 1989, pp. 420-439.
- *La reincidencia: su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los códigos penales españoles del siglo XIX*, edit. Universidad de Deusto, Bilbao, 1982.

AGUILERA REIJA, Margarita, “III. Los permisos de salida. **Resoluciones** de la Audiencia Provincial de Madrid en materia de Vigilancia Penitenciaria”, en *Cuadernos de Derecho Penitenciario, OTROSÍ*, Revista del Ilustre Colegio de Abogados, Madrid, nº 12, 2007, pp. 17. Disponible en <http://www.derechopenitenciario.com/comun/fichero.asp?id=916> (último acceso 11.5.2019).

ALARCÓN BRAVO, Jesús, “**Cumplimiento efectivo** de la pena privativa de libertad: efectividad material”, en BUENO ARÚS, Francisco (Dir.), *Cuadernos de derecho judicial. La ejecución de la sentencia penal*, Consejo General del Poder judicial, Madrid, 1994.

ALLEN, Rob, *The Sentencing Council for England and Wales: brake or accelerator on the use of prison?*, Transform Justice, London, December 2016. Disponible en: <http://www.transformjustice.org.uk/wp-content/uploads/2016/12/TJ-DEC-8.12.16-1.pdf>
ALONSO ÁLAMO, Mercedes, “La reforma del homicidio doloso y del **asesinato** por LO 1/2015”, en *Cuadernos de política criminal*, nº 117, 2015, pp. 5-50.

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier y VENTURA PÜSCHEL, Arturo, “Delitos contra la vida humana independiente: Homicidio y **asesinato** (artículos 138,139,140 y 140 bis), en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.). *Comentario a la reforma penal de 2015*, edit. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 313-332.

ANDERSON, John, *Criminal Law Guidebook*, edit. Oxford University Press, Oxford, 2011.

APPLETON, Catherine, *Life after life imprisonment*, edit. Oxford University Press, Oxford, 2012.

Área de Investigación y Formación Social y Criminológica, *Libertad condicional* (y el informe ejecutivo), Gobierno de Cataluña, 2014. Disponible en http://www.recercat.cat/bitstream/handle/2072/241423/sc109614_libertad_condicional_cast.pdf?sequence=1 (último acceso 3.12.2018).

- *Tasa de reincidencia penitenciaria*, 2008 y 2014.

ARMAZA ARMAZA, Emilio José Darío, *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, Comares, Granada, 2013.

ARMENTA GÓNZALEZ-PALENZUELA, Francisco Javier y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, Vicenta, *Reglamento penitenciario. Comentarios, jurisprudencia, concordancias, índice analítico y de jurisprudencia*, edit. Colex, Madrid, 2009.

ARNOTT, Hamish y CREIGHTON, Simon, *Parole Board Hearings. Law and Practice*, 3º edic., edit. Legal Action Group, Londres, 2014.

- *Parole Board Hearings. Law and Practice*, 1º edic., edit. Legal Action Group, Londres, 2006.
- *Parole Board Hearings. Law and Practice*, 2º edic., edit. Legal Action Group, Londres, 2010.

ARRESE IRIONDO, Nieves, “Artículo 5. Derecho a la libertad y a la seguridad”, en LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, 3º edic., edit. Civitas, Pamplona, 2015 pp. 113-202.

ARRIBAS LÓPEZ, Eugenio, “**Prisión permanente revisable** y reinserción social”, en *Diario La Ley*, nº 9145, 2018, pp. 13. (Formato electrónico. Bases de datos EHU/UPV).

ASHWORTH, Andrew y ROBERTS, Julian V., “**The Evolution of Sentencing** Policy and Practice in England and Wales, 2003–2015”, en *Crime and Justice*, volº 45, nº 1, 2016, pp. 308-358.

ASHWORTH, Andrew y ZEDNER, Lucía, *Preventive Justice*, edit. Universidad de Oxford, Oxford, 2015.

ASHWORTH, Andrew, *Sentencing and Criminal Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 6º edición, 2015.

- *Sentencing and Criminal Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 5º edición, 2010.
- *Principles of criminal law*, 3º edic., edit. Universidad de Oxford, Oxford, 1999.

ASP, Peter, “**Preventionism** and Criminalization of Nonconsummate Offences”, en *Prevention and the limits of the Criminal Law*, edit. Universidad de Oxford, Oxford, 2013, pp. 23-46.

ASTRID, Birgden, “**Assesing risk** for preventive detention of sex offenders: the dichotomy between community protection and offender rigths is wrong-headed”, en

KEYZER, Patrick, *Preventive Detention: Asking the Fundamental Questions*, edit. Intersentia, Cambridge, 2013, pp. 223-248.

AUMÜLLER, M., Alexander, “Dealing with **dangerous offenders** through preventive sentencing a comparison of Germany and England and Wales”, en *Jahrbuch des Kriminalwissenschaftlichen Instituts der Leibniz Universität Hannover*, 2013.

AYALA, Juan Mateo, “**La suspensión** de la pena tras la LO1/2015”, en LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena; GARRO CARRERA, Enara; y ORTUBAY FUENTES, Miren, *Prisión y alternativas en el Nuevo Código Penal tras la reforma 2015*, edit. Dykinson, Madrid, 2016, pp. 199-224.

- *Principles of criminal law*, 3º edic., edit. Universidad de Oxford, Oxford, 1999.
- *Sentencing and Criminal Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 5º edición, 2010.

BALBUENA PÉREZ, David Eleuterio, “Sistema de penas y medidas de seguridad tras las últimas reformas penales en España. Algunas consideraciones a propósito del debate parlamentario sobre la **prisión perpetua revisable**”, en *Fòrum de Recerca*, nº16, 2011, pp. 37-62. Disponible en: http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/77147/fr_2011_3.pdf?sequence=1 (último acceso 25.11.2018).

BARAS GOZÁLEZ, Marcos, *El espacio penitenciario europeo*, Premio Nacional Victoria Kent, edit. Secretaria General de Instituciones Penitenciarias, 2012. Disponible en http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/Espacio_Penitenciario_Premio_VK_2012_Web.pdf (último acceso 5.12.2018).

BARBER BURUSCO, Soledad, “La **libertad condicional** conforme a la LO 1/2015, de 30 de marzo, ¿Instrumento diseñado para prolongar el control penal?”, *Estudios penales y criminológicos*, 2016, pp. 663-710. Disponible en <http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/3439/4070> (último acceso 30.11.2018).

BECCARÍA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, (trad. F. Tomás y Valiente), Aguilar, Madrid, 1969.

BECKETT, Katherine y SASSON, Theodore, *The Politics of Injustice. Crime and Punishment in America*, edit. Sage Publications, Inglaterra, 2004.

BECKETT, Katherine, *Making Crime Pay, Law and Order in Contemporary American Politics*, edit. Oxford University Press, Oxford, 1997.

BENÍTEZ YÉBENES, Juan Rafael, *El procedimiento de actuación ante los órganos de la jurisdicción de vigilancia penitenciaria. Hacia un Derecho Procesal Penitenciario*, edit. Dykinson, Madrid, 2017.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y LIBERATORE SILVA BECHARA, Ana Elisa, “**El Proyecto** de reforma del Código penal de 2013. Algunas reflexiones político criminales”, en *Revista penal*, nº 34, 2014, pp. 20. Disponible en <http://www.tirantonline.com/tol/documento/show/4515058?route=ser&general=El+Proyecto+de+reforma+del+C%C3%B3digo+Penal+de+2013.+Algunas+reflexiones+pol%C3%ADtico+criminales&searchtype=substring> (último acceso 26.11.2018).

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; GARCÍA RIVAS, Nicolás; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón; TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2004.

BERNAL DEL CASTILLO, Jesús, *Derecho penal comparado. La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*, edit. Atelier, 2011.

BETTINSON, Vanessa y DINGWALL, Gavin, “Challenging the Ongoing **Injustice** of Imprisonment for Public Protection: James, Wells and Lee v The United Kingdom, en *The Modern Law Review*, 2013, pp. 1094-1105.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la pena de **libertad vigilada**”, en *el anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008: algunos aspectos*, 2009, pp. 22. (Formato electrónico. Bases de datos EHU/UPV).

BOTTOMS, A.E. y BROWNSWORD, R., “**Dangerousness and Rights**” en HINTON, J. (ed) *Dangerousness: Problems of Assessment and Prediction*, Allen & Unwin, 1983, pp.

- “**The dangerousness Debate** After the Floud Report”, en *British Journal of Criminology*, vol. 22, nº 3, 1982, pp. 229-254.

BRYAN, Robert, “2nd Strike **Life Sentences** and New Extended Sentences: Don't Throw Away Old Text Books: Get Out The Ibuprofen”, in *News@one*, 2012, pp. 5. Disponible en http://www.onepaper.co.uk/N8_2nd_Strike_Life_Sentences_RB.pdf (último acceso 30.7.2016).

CAMARA ARROYO, Sergio y FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel, *Prisión permanente revisable: el **ocaso del humanismo** penal y penitenciario*, edit. Aranzadi, 2016.

CÁMARA ARROYO, Sergio, “**Crónica** y crítica de la implementación de la prisión permanente revisable en la reforma penal española (2012-2015)”, en *Revista Aranzadi Doctrinal* nº4, 2016, pp. 31. (Formato electrónico. Bases de datos EHU/UPV)

- “La más criminal de las políticas: **la revisión permanente de la prisión**, el asesinato del Título del homicidio, supresión de las faltas y blindaje político (notas críticas sobre la reforma penal en España)”, en *La Ley Penal Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 116, 2015, pp. 36. (Formato electrónico. Bases de datos EHU/UPV).

CANCIO MELIÁ, Manuel, “La pena de cadena perpetua (**prisión permanente revisable**) en el Proyecto de reforma del Código Penal”, en *Diario La Ley*, nº 8175, 2013, pp. 11. (Formato electrónico. Bases de datos EHU/UPV)

CANO CUENCA, Adoración, “Suspensión de ejecución de la pena condicional al cumplimiento de prohibiciones y deberes. Especial consideración de la expulsión de los extranjeros. La sustitución de la pena de prisión por la expulsión (Art. 83, 84,85, 86, 87, 308 bis y 89)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dr.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 341-374.

CAPDEVILA CAPDEVILA, Manel y FERRER PUIG, Marta, “**Tasa de reincidencia penitenciaria**”, Estudio propio, en Centre d’Estudis Jurídics i formació especialitzada, Generalitat de Catalunya, 2014. Disponible en http://cejfe.gencat.cat/web/.content/home/recerca/cataleg/crono/2015/taxa_reincidencia_2014/tasa_reincidencia_2014_cast.pdf (último acceso 26.11.2018)

- CAPDEVILA CAPDEVILA, Manel y FERRER PUIG, Marta, “**Tasa de reincidencia penitenciaria**”, Estudio propio, en Centre d’Estudis Jurídics i formació especialitzada, Generalitat de Catalunya, 2008. Disponible en http://cejfe.gencat.cat/web/.content/home/recerca/cataleg/crono/2009/taxaReincidencia2008_ES.pdf (último acceso 26.11.2018)

CARBONELL MATEU, Juan Carlos, “**Prisión permanente revisable I** (arts. 33 y 35)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 211-222.

- “**Los proyectos de reforma** penal en España: un retroceso histórico, en *Teoría y Derecho*, nº 14, 2013, pp. 281-292.

CAROU GARCÍA, Sara, *El régimen penitenciario cerrado. Análisis de la regulación del régimen penitenciario cerrado en el ordenamiento jurídico español a la luz de los principios básicos que deben informar el Derecho Penitenciario, recogidos en la Constitución y en la Ley Orgánica General Penitenciaria*, Tesis Doctoral, Departamento de Derecho Público, Universidad de A Coruña, Director José Ángel Brandariz García, 2015. Disponible en https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/16200/CarouGarcia_Sara_TD_2015.pdf?sequence=4&isAllowed=y (último acceso 30.11.2018).

CARRERAS, Albert y TAFUNELL, Xavier, *Estadísticas históricas de España: siglo XIX-XX*, Fundación Banco Exterior, Madrid, 1989. Disponible en https://www.fbbva.es/wp-content/uploads/2017/05/dat/DE_2006_estadisticas_historicas.pdf (último acceso 27.11.2018)

CASABÓ RUIZ, José Ramón, *El Código Penal de 1822*, tesis doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, Valencia, 1968.

CASADEVALL, Josep, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia 2012.

CLARKSON, Christopher, “**Beyond Just Deserts: Sentencing Violent and Sexual Offenders**”, en *Howard Journal of criminal justice*, nº 3, 1997, pp. 284-292.

CEREZO MIR, José, “**Los fines de la pena** en el código penal después de las reformas del año 2003”, en *Revista de derecho penal y criminología*, nº extra 2, 2004, pp. 13-30. Disponible en <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2004-extra2-5020&dsID=Documento.pdf> (último acceso 26.11.2018)

CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *Prisión perpetua y de larga duración. Régimen jurídico de la prisión permanente revisable. Actualizado con la L.O 1/2015 de 30 de marzo*, Tirant lo Blanch, 2015.

- *Derecho Penitenciario*, 3º edic., edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
b.
- “Los **nuevos criterios** de clasificación penitenciaria”, en Revista General de Derecho Penal, nº 8, Iustel, 2004, pp. 33. Disponible en <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/10reformaclasifpenit11.vicentacervello.pdf> (último acceso 29.11.2018).
- “**Prisión permanente revisable II** (art. 36), en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dr.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 223-240.
- “**Retribución y peligrosidad** en la imposición de la prisión permanente revisable”, en ORTS BERENGUER, Enrique; ALONSO RIMO, Alberto; y ROIG TORRES, Margarita (Dirs.), *Peligrosidad criminal y Estado de Derecho*, edit. Tirant lo Blanch, 2017, pp. 51- 94.
- “**Peligrosidad criminal** y pronóstico de comportamiento futuro en la suspensión de la ejecución de la pena”, en *La Ley penal*, nº 106, 2014, pp. 20. (Formato electrónico. Bases de datos EHU/UPV)

CID MOLINÉ, José y TÉBAR VILCHEZ, Beatriz, “**La revocación** del régimen abierto: ¿una práctica ilegítima?”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 114, 2014, pp. 199-231.

- “**Spain**”, en PADFIELD, Nicola; ZYL SMIT, Dirk Van; y DÜNKEL, Frieder, *Release from Prison. European policy and practice*, edit. Routledge, New York, 2012, pp. 358- 392.
- “Libertad condicional y **delincuentes de alto riesgo**” en *Revista Española de Investigación Criminológica REIC*, nº8, 2010, pp. 23. Disponible en <https://reic.criminologia.net/index.php/journal/article/view/53/50> (último acceso 1.12.2018)

CID MOLINÉ, José, “El **incremento** de la población reclusa en España entre 1996-2006: Diagnóstico y remedios”, en *Revista Española de Investigación Criminológica*, nº 6, 2008, pp. 31. Disponible en <https://reic.criminologia.net/index.php/journal/article/view/39> (último acceso 26.11.2018).

- “**¿Es la prisión criminógena?** (un análisis comparativo de reincidencia entre la pena de prisión y la suspensión de la pena)”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2º época, nº19, 2007, pp. 427-456. Disponible en http://espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:DerechoPenalyCriminologia2007-13&dsID=prision_criminogena.pdf (último acceso 26.11.2018)
- “**El sistema penitenciario** en España”, en *Jueces para la democracia*, nº 45, 2002, pp 15-27. Diponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=285301>

CLOUGH Joanne; JACKSON, Adam; y WORTLEY, Natalie, *Nutshells. Criminal Law*, 10º edic., edit. Sweet & Maxwell, Londres, 2014.

CORRAL MARAVER, Noelia, *Penas largas de prisión en España: evolución histórica y político-criminal*, Dykinson, Madrid, 2015.

CORRECHER MIRA, Jorge, Nuevas perspectivas en la ejecución de la pena privativa de libertad: **la privatización de las prisiones**, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014, pp. 341-381. Disponible en <http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=2ahUKewjCuPbLrPLeAhXMKMAKHAY0C0sQFjABegQIBxAC&url=http%3A%2F%2Fwww.usc.es%2Fvistas%2Findex.php%2Fepc%2Farticle%2Fdownload%2F2075%2F2208&usg=AOvVaw0jbP2DLvaZCo4Dgb997bG1> (último acceso 26.11.2018).

COYLE, Andrew, *A Human Rights Approach to Prison Management*, edit. International Center for Prison Studies, Londres, 2002.

- “Management of long-term and **life-sentenced prisoners** internationally in the context of a Human Rights Strategy”, en BROWNE, Nicola, y KANDELIA, Seema (Eds.), *Managing efective alternatives to capital punishment*, Centre for Capital Punishment Studies, Londres, 2005, pp. 11.

CREIGHTON, Simon; KING, Vicky y ARNOTT, Hamish, *Prisoners and the law*, 3ºedic., edit. Tottel, Londres, 2005.

CREIGHTON, Simon y ARNOTT, Hamish, *Prisoners. Law and Practice*, edit. LAG Legal Action Group, Londres, 2009.

CREIGHTON, “**The Parole Board** as a court”, en PADFIELD, Nicola (Dir), *Who to release?: parole, fairness and criminal justice*, edit. Willan Publishing, Reino Unido, 2007, pp. 109-125.

CUERDA RIEZU, “Inconstitucionalidad de la **prisión permanente revisable** y de las penas muy largas de prisión”, en *Otrosí, Colegio de Abogados de Madrid*, nº 12, 2012, pp. 29-33. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/04/doctrina38568.pdf> (último acceso 26.11.2018).

- *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales*, Atelier, Barcelona, 2011.
- “**Los medios de comunicación** y el Derecho penal”, en ARROYO ZAPATERO, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (Dirs), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, vol. I, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001, pp. 187-207.

DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto, “La **prisión permanente revisable**. Principales argumentos en contra de su incorporación al acervo punitivo español”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, Nº 10, 2013, pp. 65-114. Disponible en <https://riuma.uma.es/xmlui/bitstream/handle/10630/8158/Daunis.Prisi%C3%B3n.pdf?sequence=1> (último acceso 26.11.2018).

- “**Criterios** para la valoración de la peligrosidad y el riesgo en el ámbito penitenciario”, en *Cuadernos de política criminal*, nº 120, 2016, pp. 239-280.
- "La prisión permanente revisable. Principales argumentos en contra de su incorporación al **acervo punitivo** español", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, nº 10, 2013, pp. 65-114.
Disponible en: <https://riuma.uma.es/xmlui/bitstream/handle/10630/8158/Daunis.Prisi%C3%B3n.pdf?sequence=1> (último acceso 29.11.2018).

DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, “**PPR** y derechos humanos”, en en ARROYO ZAPATERO, Luis; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; PÉREZ MANZANO, Mercedes, *Contra la cadena perpetua*, 2016, pp. 91- 106.

DE VICENTE MÁRTINEZ, Rosario (Coorda), *La aplicación práctica del incidente de acumulación de condenas*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017.

DEL CARPIO DELGADO, Juana, “La pena de **prisión permanente** en el Anteproyecto de 2012 de reforma del Código penal”, *Diario La Ley*, nº 8004, Sección Doctrina, 2013, pp. 37. (Formato electrónico. Basos de datos EHU/UPV).

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Delitos y penas en España*, edit. Los Libros de la Catarata, Madrid, 2015.

- *Política criminal y derecho penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2013.
- “La evolución del **sistema de penas** en España: 1975-2003”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 7, 2006, pp. 25. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-07.pdf> (último acceso 26.11.2018).
- “El nuevo modelo penal de la **seguridad ciudadana**”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 6, 2004, pp. 34. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf> (último acceso 26.11.2018).
- “La pena de prisión permanente revisable es una cadena perpetua, y de las más duras”, en *El diario*, 24 de febrero de 2015. Disponible en http://www.eldiario.es/andalucia/Jose-Luis-Ripolles-Derecho-Penal_0_360114085.html (último acceso 28.11.2018).

DRENKHAHN, Kirstin; MORGENSTERN, Christine; y VAN ZYL, Dirk, “What is in a name? **Preventive detention** in Germany in the shadow of European human rights law”, en *Criminal Law Review*, nº 167, 2012, pp. 167-182.

DRENKHAHN, “Activities of the European Court of Human Rights and the **European Committee** for the Prevention of Torture”, en DRENKHAHN, Kirstin; DUDECK, Manuel; y DÜNKEL Frieder, *Long-Term Imprisonment and Human Righst*, 2014, pp. 45-59.

DUNCAN, Nichol, “Who should we **locked up?**”, en PADFIELD, Nicola (Dir), *Who to release?: parole, fairness and criminal justice*, edit. Willan Publishing, Reino Unido, 2007, pp. 17-21.

DÜNKEL, Frieder, “**European penology**: The rise and fall of prison population rates in Europe in times of migrant crises and terrorism”, en *European Journal of Criminology*, Vol. 14, nº 6, 2017, pp. 629-653. Disponible en

<https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/1477370817733961> (último acceso 26.11.2018).

EASTON, Susan y PIPER, Christine, *Sentencing and Punishment. The Quest for Justice*, 3º edición, edit. Oxford University Press, Oxford, 2012.

- *Sentencing and Punishment. The Quest for Justice*, 3º edición, edit. Oxford University Press, Oxford, 2008.

ELLIOT, Mark, “The **Parole Board** and the changing face of public law”, en PADFIELD, Nicola (Dir), *Who to release?: parole, fairness and criminal justice*, edit. Willan Publishing, Reino Unido, 2007, pp. 43-62

FANEGA, Manuel, “**Jurisprudencia del TEDH**: ¿Derecho a tratamiento penitenciario?”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, nº 50, 2018, pp. 9. (Formato electrónico. Bases de datos EHU/UPV).

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La pena como institución jurídica. Retribución y prevención general*, edit. B de F, Buenos Aires, 2014

- *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal*, 2007.

FELIP I SABORIT, D., “**El homicidio** y sus formas”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.) en *Lecciones de Derecho Penal: parte especial*, ed. Atelier, Barcelona, 2015.

FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis; y NISTAL BURÓN, Javier, *Manual de Derecho Penitenciario*, edit. Aranzadi, 2012.

FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel, *Individualización científica y tratamiento en prisión*, Ministerio del Interior, Madrid, 2014.

FLOUD, Jean y YOUNG, Warren, *Dangerousness and Criminal Justice*, edit. Heinemann, Londres, 1981.

GALLEGO SÁNCHEZ, Gema, “Prisión permanente revisable: **constitucional seguro**”, en *blog jurídico El Derecho*, 31.10.2013. Disponible en <https://elderecho.com/prision-permanente-revisable-constitucional-seguro> (último acceso 3.12.2018)

GARCÍA ALBERO, Ramón, “**La suspensión** de la ejecución de las penas”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.). *Comentario a la reforma penal de 2015*, edit. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, pp. 143-171.

GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, edit. Aranzadi, 1997.

- GARCÍA ARÁN, Mercedes y BOTELLA CORRAL, Joan (dirs.), *Malas noticias, medios de comunicación social, política criminal y garantías penales en España*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

GARCÍA ESPAÑA, Elisa; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; PÉREZ JIMÉNEZ, Fátima, BENÍTEZ JIMÉNEZ, María José; CERESO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel, “**Evolución de la delincuencia** en España: análisis longitudinal con encuestas de victimización”, en

Revista Española de Investigación Criminológica: REIC, nº 8, 2010, pp. 27. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3187503> (último acceso 26.11.2018).

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho Penal. Introducción*, edit. Servicio publicaciones facultad de derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid.

- “La supuesta **función resocializadora** del Derecho penal”, en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Estudios Penales*, edit. Bosch, Barcelona, 1984, pp. 17-96.

GARCÍA RIVAS, Nicolás, “Razones para la **inconstitucionalidad** de la prisión permanente revisable”, en *la Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 128, 2017, pp. 19. (Formato electrónico. Bases de datos EHU/UPV).

GARCÍA VALDÉS, Carlos, “**Estoy en contra** de la cadena perpetua revisable”, en *Enfoque*, nº 1, 2016. Disponible en <https://www.acaip.es/file.php?file=/periodico/ENFOQUE-01-FEBRERO-2016-SIMPLEdgi.pdf> (último acceso 2.12.2018).

- “Sobre la **libertad condicional**: dos o tres propuestas de reforma”, en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís; ROMEO CASABONA, Carlos María; GRACIA MARTÍN, Luis; y HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe (Eds.), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir*”, edit. Tecnos, Madrid, 2002, pp. 1065-1074.
- Carlos, *Comentarios a la legislación penitenciaria*, edit. Civitas, Madrid, 1995.
- *La pena capital: estado actual de la cuestión*, edit. Antalbe, España, 1979.

GARRO CARRERA, Enara, **Tercer grado** y libertad condicional de condenados por delitos de terrorismo: una mirada desde la libertad ideológica y el derecho a no inculparse. La gestión penitenciaria del final de ETA, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 28, 2017, pp. 64. (Formato electrónico. Bases de datos EHU/UPV)

GARTON GRIMWOOD, Gabrielle y STRICKLAND, Pat, “**Early release** from prison in England and Wales: an overview”, en *House of Commons Library*, 2013, pp. 8. Disponible en: <http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN05199> (último acceso 15.1.2019).

GLEDHILL, Kris, “**Preventive detention** in England and Wales: a Review under the Human Rights Framework”, en KEYZER, Patrick, *Preventive Detention: Asking the Fundamental Questions*, edit. Intersentia, Cambridge, 2013, pp. 55-83.

GÓMEZ HERMOSO, María del Rocío, *Informe sobre la eficacia de las predicciones sobre peligrosidad de los informes psicológicos forenses emitidos en los juzgados de vigilancia penitenciaria de Madrid*, 2013. Disponible en <http://www.infoconline.es/pdf/INFORMEFORENSES.pdf> (último acceso 4.12.2018).

GÓMEZ MARTÍN, Víctor, “**Asesinato** (arts. 139-140), en CORCOY (Dra.), *Manual de derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 45-58

GONZÁLEZ COLLANTES, Tàlia, “Las penas de **encierro perpetuo** desde una perspectiva histórica”, en *Foro, Nueva época*, vol. 18, nº 2, 2015, pp. 51-91. Disponible

en <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/viewFile/51783/47982> (último acceso 27.11.2018)

- “Auge y crisis de la **resocialización**. Crisis y auge de la pena de prisión, en *Cuadernos de Política Criminal*. Segunda Época, nº 115, 2015, pp. 161-200. Disponible en <http://vlex.com/vid/auge-crisis-resocializacion-crisis-589198766> (último acceso 27.11.2018).
- ¿Sería inconstitucional la pena de **prisión permanente revisable**?, en *ReCrim: Revista de l’Institut Universitari d’Investigació en Criminologia i Ciències Penales de la Universitat de València*, nº 9, 2013, pp. 6-23. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4652723> (último acceso 27.11.2018).
- “¿**Condenados a reincidir**? (Una revisión analítica sobre la eficacia preventiva especial de las penas)”, en ORTS BERENGUER, Enrique; ALONSO RIMO, Alberto; y ROIG TORRES, Margarita (Dirs.), *Peligrosidad criminal y Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 289-339.

GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta, “Regulación legal de la pena de prisión permanente revisable”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, nº 41, 2016, pp. 37. (Formato electrónico. Bases de datos EHU/UPV).

GOYENA HUERTA, Jaime, “**La suspensión** de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma del Código Penal de 2015”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, nº 38, 2015, pp. 18. (Formato electrónico. Bases de datos EHU/UPV).

GRABENWARTER, Christoph, *European Convention on Human Rights. Commentary*, edit. Verlag, C.H. Beck, Alemania, 2014.

GRACIA MARTÍN, Luis, BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, ALAUSTEY DOBÓN, María Carmen, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito: el sistema de penas, de medidas de seguridad, de consecuencias accesorias y de responsabilidad civil derivada del delito*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

GRACIA MARTÍN, Luis, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado **derecho penal del enemigo**”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 7, 2005, pp. 43. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf> (último acceso 27.11.2018).

GRAHAM, Lewis, “From Vinter to Hutchinson and Bac Again? The Story of Life Imprisonment Cases at the European Court of Human Rights” en *European Human Rights. Law Review*, nº 3, 2018, pp. 258-267.

GREER, *The European Convention on Human Rights. Achievements, problems and prospects*, edit. Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

GUISASOLA LERMA, Cristina, *La libertad condicional. Nuevo régimen jurídico conforme a la LO 1/2015 CP*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

- “**Libertad Condicional** (arts. 90, 91 y 92)”, en GÓNZALEZ CUSSAC, José Luis (Dr.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 375-390.

- *Reincidencia y delincuencia habitual*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- HARRIS, Lindon y PADFIELD, Nicola, *Thomas' Sentencing Referencer 2016*, edit. Sweet and Maxwell, Londres, 2016.
- HARRIS, D.J., O'BOYLE, M., BATES, E.P y BUCKLEY, C.M, *Law of the European Convention on Human Rights*, 3º edic., edit. Oxford University Press, Oxford, 2014.
- HARRIS, D.J.; O'BOYLE, M.; BATES, E.P y BUCKLEY, C.M, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2º edic., edit. Oxford University Press, Oxford, 2009.
- HARRISON, Karen, “**Sexual offender** legislation and treatment in selected European countries. Governing serious offenders. Recent developments in legislation in England and Wales”, en WÖßNER, Gunda, *Developing sexual offender laws and treatment in Europe. Legal trends and new paths in treatment strategies for sexual offenders*, 2014, pp. 10-18.
- HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y a la Política criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- HERRERO, Oscar, ¿“Por qué la mayoría de los **agresores sexuales** no reinciden?” en, *Anuario de psicología jurídica*, nº 23, 2013, pp. 71-77.
- HIDALGO BLANCO, Sara, “Comentario jurídico-social sobre la modificación del código penal. **La prisión permanente revisable en España**”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 19, 2013, pp. 7. Disponible en https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=413189&& (último acceso 27.11.2018).
- HOOD, Roger y SHUTE, Stephen, *The parole System at work: a study of risk based decision-making*, Home Office Research Study 202, Universidad de Oxford Centre for Criminological Research, 2000.
- HOOD, Roger, SHUTE, Stephen, FLEIZER, Martina, y WILCOX, Aidan, “**Sex Offenders** Emerging from Long-Terms Imprisonment”, en *British Journal of Criminology*, nº 42, pp. 371-394, 2002.
- HOUSE OF COMMONS, Hansard, Written Answers, 10 Nov 1997, Column. 419 -420. (Traducido como: Acta oficial del debate de la Cámara de los Comunes, 10 de noviembre de 1997, respuesta por escrito, columnas 419-420). Disponible en <https://publications.parliament.uk/pa/cm199798/cmhansrd/vo971110/text/71110w10.htm> (último acceso 9.1.2019).
- HOUSE OF COMMONS. JUSTICE COMMITTEE, *Sentencing Guidelines and Parliament, building a bridge. Sixth Report of Session 2008–09. Report, together with formal minutes*, 2009. Disponible en <https://www.publications.parliament.uk/pa/cm200809/cmselect/cmjust/715/715.pdf>. (último acceso 45.1.2019).
- HOUSE OF COMMONS, JUSTICE COMMITTEE, *Towards Effective Sentencing, Fifth Report of Session 2007–08, Volume I*, 2008. Disponible en

<https://publications.parliament.uk/pa/cm200708/cmselect/cmjust/184/184.pdf>
(último acceso 7.1.2019).

HOUSE OF LORDS, HOUSE OF COMMONS, JOINT COMMITTEE ON STATUTORY INSTRUMENTS. *Thirty-ninth Report of Session 2010-12*, 2012. Disponible en <https://publications.parliament.uk/pa/jt201012/jtselect/jtstatin/255/255.pdf> (último acceso 9.1.2019).

HOUSE OF LORDS SELECT COMMITTEE, *Murder and Life Imprisonment*, volumen 3, HL Paper 78, 1989, Londres HMSO.

HUXLEY-BINNS, Rebecca, *Criminal Law*, 3º edic., edit. Oxford University Press, Oxford, 2013.

Informe del CGPJ al Anteproyecto de reforma del CP de 2012.

Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de reforma del CP de 2012.

Informe del Consejo de Estado al Anteproyecto de reforma del CP de 2012.

JACOBS, Francis; WHITE, Robin; y OVEY, Clare, *The European Convention on Human Rights*, 6º edic., edit. Universidad de Oxford, Oxford, 2014.

JACKSON, John, “Evidence and Proof in **Parole Hearings**: Meeting a Triangulation of Interests”, en *Criminal Law Review*, 2007, pp. 417-440

JACOBSON, Jessica y HOUGH, Mike, *Unjust deserts: imprisonment for public protection*, edit. Prison Reform Trust & Institute for Criminal Policy Research, Londres, 2010. Disponible en <http://www.prisonreformtrust.org.uk/uploads/documents/unjustdesertsfinal.pdf> (último acceso 15.1.2019).

JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, *La pena estatal: significado y finalidad*, trad. M. Cancio y B. Feijoo, edit. Aranzadi, Navarra, 2006.

- *Derecho penal del enemigo*, 2º edic., Navarra, 2006.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado De Derecho Penal. Parte general*, edit. Comares, Gramada, 1993.

JIMÉNEZ, Emiliano Borja, “Reglas generales de **aplicación de las penas**”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dr.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 271-287.

- JIMÉNEZ, Emiliano Borja, “**Custodia de seguridad**, peligrosidad postcondena y libertad en el Estado Democrático de la era de la globalización: una cuestión de límites”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 18, 2012, pp. 57. (Formato electrónico. Bases de datos EHU/UPV)

JUANATEY DORADO, Carmen, *Manual de derecho penitenciario*, 3º edic., edit. Iustel, Madrid, 2016.

- “**Una moderna barbarie**, la prisión permanente revisable” en *Revista General de Derecho Penal*, nº 20, 2013, pp. 13. (Formato electrónico. Bases de datos EHU/UPV)
- “**Política criminal**, reinserción y prisión permanente revisable”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LXV, 2012, pp. 127-153.

KANDELIA, Seema, “**Life meaning life**: is there any hope of release for prisoners serving whole life orders?”, en *Journal of Criminal Law*, 2011, pp. 70-85.

KURY, Helmut y BRANDESTEIN, Martin, “Sobre la cuestión de una **nueva punitividad**. Actitudes sancionadoras y política sancionadora”, en BUENO ARUS, Francisco; KURY, Helmut.; RODRIGUEZ RAMOS, Luis; ZAFFORINI, Eugenio Raúl, *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal. Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*, edit. Dykinson, Madrid, 2006, pp. 369-402.

LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, y GARRO CARRERA, Enara, “**Artículo 7**. No hay pena sin ley”, en LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, 3º edic., edit. Civitas, Pamplona, 2015, pp. 298-337.

LANDA GOROSTIZA, Jon, “**Fines de la pena** en fase de ejecución penitenciaria: reflexiones a la luz de la prisión permanente revisable”, en *Revista de Derecho penal y criminología*, nº 18, 2017, pp. 91-140.

- “**Prisión permanente revisable**, prisión de muy larga duración, terrorismo y TEDH”, en LANDA, GARRO y ORTUBAY, *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 37-71
- “**Long-term Imprisonment** in Spain: release procedures and terrorism”, en VAN ZYL, Dirk y APPLETON, Catherine, *Life imprisonment and Human Rights*, edit. Hart Publishing, Oñati, 2016, pp. 389-407.
- “**Prisión perpetua** y de muy larga duración tras la LO 1/2015: ¿derecho a la esperanza? con especial consideración del terrorismo y del TEDH”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal Criminología*, nº 17, 2015, pp. 42. Disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/17/recpc17-20.pdf> (último acceso 27.11.2018).
- “**Ejecución de penas** y principio de legalidad ante el TEDH. A propósito del caso Del Río Prada c. España, STEDH, 3ª, 10.07.2012 (42750/09) y la aplicación de la doctrina Parot”, en *Indret*, nº 4, 2012, pp. 25. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/924.pdf> (último acceso 9.12.2018).

LARRAURI, Elena, “La necesidad de un informe social para la decisión y ejecución de las penas comunitarias”, en *Boletín Criminológico*, nº 139, 2012, pp. 5.

- “La economía política del **castigo**”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2009, nº 11, pp. 22. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-06.pdf> (último acceso 29.3.2019).

LASCURAIN, Juan Antonio, “**Carta a los senadores: protéjannos de la pena**”, en *Claves de razón práctica*, nº 239, 2015, pp. 66-75.

- “**Pena indigna y arbitraria**”, en *El Mundo*, 1 de abril de 2015. Disponible en <https://www.elmundo.es/opinion/2015/04/01/551c391122601d4f6f8b4577.html> (último acceso 27.11.2018).
- “Ni aunque sea revisable”, en *El País*, 3 de octubre de 2013. Disponible en https://elpais.com/elpais/2013/09/26/opinion/1380193198_680132.html (último acceso 27.11.2018).
- “¿**Que les corten la cabeza?**”, en *Claves de razón práctica*, nº 145, 2004, pp. 34-41.

LAZARUS, Liora, “Conceptions of **liberty deprivation**” en *Modern Law Review*, volº 69, nº 5, 2006, pp. 738-769.

LEGANÉS GÓMEZ, Santiago, “**Pronósticos de peligrosidad** y reinserción social en la ejecución penitenciaria”, en *Diario la Ley*, nº 9018, 2017, pp. 25. (Formato electrónico. Bases de datos EHU/UPV)

- “La **prisión permanente revisable** y los ‘beneficios penitenciarios’”, en *La Ley penal*, núm. 110, 2014, pp. 12. (Formato electrónico. Bases de datos EHU/UPV)
- “**Clasificación penitenciaria y medio abierto**”, tesis doctoral, Universidad de Valencia, Dra. Vicenta Cervelló Donderis, 2013. Disponible en TESEO <https://www.educacion.gob.es/teseo/irGestionarConsulta.do> (último acceso 2.12.2018)

LETSAS George, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human*, edit. Oxford University Press, Oxford, 2007.

LÓPEZ LÓPEZ, Enrique, “Nuevo Código Penal”, en *diario La Razón*, 3 de mayo de 2010. Disponible en https://www.larazon.es/historico/4047-nuevo-codigo-penal-ULLA_RAZON_258348 (último acceso 3.12.2018).

LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, “**La pena de prisión** en España tras las reformas de 2003 y los fines de la pena”, en *Revista Eletrônica Trimestral Âmbito Jurídico*, Brasil, 2005, pp. 14. Disponible en https://www.upo.es/export/portal/com/bin/portal/upo/profesores/mcloppe/profesor/1213878047702_la_pena_de_prision_en_espaxa.pdf (último acceso 27.11.2018).

LORD CARTER OF COLES, “Securing the future Proposals for the efficient and sustainable **use of custody** in England and Wales”, en *Lord Carter’s Review of Prisons*

2007. Disponible en http://news.bbc.co.uk/2/shared/bsp/hi/pdfs/05_12_07_prisons.pdf (último acceso 21.4.2017).

LORD LLOYD OF BERWICK, “Former law lord opposes 'two strikes and you're out sentencing'”, en el periódico *The Guardian*, 19 de marzo de 2012. Disponible en <https://www.theguardian.com/law/2012/mar/19/former-law-lord-clause-117> (último acceso 7.1.2019).

- “Two strikes and then a mandatory life sentence? No”, en el periódico *The Guardian*, 19 de marzo de 2012. Disponible en <https://www.theguardian.com/commentisfree/2012/mar/19/sentencing-legal-aid-bill-law> (último acceso 9.8.2018).

LUQUE REINA, Eulalia, “La reincidencia penitenciaria” en CEREZO DOMÍNGEZ, Ana Isabel y GARCÍA ESPAÑA, Elisa (coords.), *La prisión en España, una perspectiva criminológica*, edit. Comares, Granada, 2007, pp. 213-240.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *La reforma del Código Penal de 2015: conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, ed. La Ley, Madrid, 2015.

MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5º edic., edit. Aranzadi, Navarra, 2011.

- “**La cadena perpetua**”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 12, abril 2010, pp. 28-31.
- *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, edit. Bosch, Barcelona, 1983.
- “Una nueva versión de las **Normas Penitenciarias Europeas**”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 8, 2006, pp. 44. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-r1.pdf> (último acceso 5.12.2018).

MÁRQUEZ MOYA, Gabriel, “La flexibilidad en la **ejecución** penitenciaria. Estudio comparativo de alguna de sus instituciones”, en *Boletín Criminológico*, nº 71, 2004, pp.4. Disponible en: <http://www.boletincriminologico.uma.es/boletines/71.pdf> (último acceso 30.11.2018).

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *Los permisos ordinarios de salida: régimen jurídico y realidad*, Edisofer, Madrid, 2002.

MARTÍNEZ GARAY, Lucía “**Predicción de peligrosidad** y juicio de constitucionalidad de la prisión perpetua”, en ARROYO ZAPATERO, Luis; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; PÉREZ MANZANO, Mercedes, *Contra la cadena perpetua*, 2016, pp. 139-162.

- “La incertidumbre de los **pronósticos de peligrosidad**: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad”, en *Indret*, nº 2, 2014, pp. 78.
- “Problemas conceptuales y de comunicación en la evaluación del riesgo de reincidencia y su aplicación al sistema penal: el ejemplo del **RisCanvi**”, en ORTS BERENGUER, Enrique; ALONSO RIMO, Alberto; y ROIG TORRES, Margarita (Dirs.), *Peligrosidad criminal y Estado de Derecho*, edit. Tirant lo Blanch, 2017, pp. 341-369.

MARTÍNEZ MORA, Gema, “La custodia de seguridad: ¿Es viable su encaje constitucional en nuestro ordenamiento jurídico?”, en *CEF Legal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, nº 170, 2015, pp. 143-162.

MINISTRY OF JUSTICE, *Report. Investigation into to the Parole Board*, febrero 2017. Disponible en <https://www.nao.org.uk/wp-content/uploads/2017/02/Investigation-into-the-Parole-Board.pdf> (último acceso 4.1.2019)

- MINISTRY OF JUSTICE, *Story of the Prison Population: 1993 – 2016*, England and Wales, London, Ministry of Justice, 2016. Disponible en https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/541667/prison-population-story-1993-2016.pdf (último acceso 4.1.2019)
- MINISTRY OF JUSTICE, *Criminal Justice Statistics Quarterly Update to December 2012*, London, Ministry of Justice, 2013. Disponible en https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/312021/criminal-justice-statistics-2013.pdf (último acceso 4.1.2019).
- MINISTRY OF JUSTICE, *Offender Management Statistics Quarterly Bulletin, October to December 2012*, London, Ministry of Justice, 2013. Disponible en https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/192314/omsq-q4-oct-dec-2012__2_.pdf (último acceso 4.1.2019).
- MINISTRY OF JUSTICE, *Provisional figures relating to offenders serving indeterminate sentence of imprisonment for public protection (IPPs)*, London, Ministry of Justice, 2011. Disponible en https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/217433/provisional-ipp-figures.pdf (último acceso 4.1.2019).
- MINISTRY OF JUSTICE, *Breaking the Cycle: Effective Punishment, Rehabilitation and Sentencing of Offenders*, London, Ministry of Justice, 2010. Disponible en <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20111206103817/http://www.justice.gov.uk/consultations/docs/breaking-the-cycle.pdf> (último acceso 7.1.2019).
- MINISTRY OF JUSTICE, *The Future of the Parole Board, Consultation Paper 14/09*”, July 2009. Disponible en <http://data.parliament.uk/DepositedPapers/Files/DEP2009-2087/DEP2009-2087.pdf> (último acceso 15.1.2019).

MITCHELL, Barry y ROBERTS, Julian V., *Exploring the mandatory life sentence*, edit. Hart Publishing, Londres, 2012.

MOWBRAY, Alastair, *Cases, materials and commentary on the European Convention on Human Rights*, 3º edit, edit. Universidad de Oxford, Oxford, 2012.

MURPHY, Cian, “The Principle of Legality in Criminal Law under the **European Convention** on Human Rights”, en *European Human Rights Law Review*, nº 2, 2010, pp. 192-207

SONJA, Meijer, “**Rehabilitation** as a positive obligation”, en *European journal of crime, criminal law and criminal justice*, nº 25, 2017, pp. 145-162. Disponible en https://brill.com/view/journals/eccl/25/2/article-p145_4.xml (último acceso 29.3.2019).

MINISTERIO DEL INTERIOR, SGIP, Informe General 2014. Disponibles en http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/Informe_General_2014_def_acc.pdf (último acceso 4.12.2018).

- SGIP, Informe General 2016. Disponible en http://www.interior.gob.es/documents/642317/1202140/Informe_General_IIPP_2016_12615039X.pdf/3d3b743f-4527-453a-a185-2b3976f724bf (último acceso 4.12.2018).
- Estadísticas de criminalidad 2016. Disponible en http://www.interior.gob.es/documents/10180/6865255/Presentacion+ministro_Balance+de+Criminalidad+2016.pdf
- Balance de criminalidad 2013. Disponible en http://www.interior.gob.es/documents/10180/1207668/balance_2013_criminalidad.pdf/562cc539-4a36-470f-8976-7dd305483e5b (último acceso 4.12.2018).
- Anuario Estadístico 2011. Disponibles en <http://www.interior.gob.es/documents/642317/1204756/Anuario+estad%C3%ADstico+de+2011.pdf/1d35a1c8-f2e1-4417-bc5a-ca4e17bb7e66> (último acceso 4.12.2018).
- Anuario Estadístico 2016. Disponible en <http://www.interior.gob.es/documents/642317/1204854/Anuario+Estadistico+2016.pdf/6c02fffa-93c4-4838-b1d5-a882971c2cdc> (último acceso 4.12.2018).

MIR PUIG, Carlos, *Derecho penitenciario: el cumplimiento de la pena privativa de libertad*, edit. Atelier, Barcelona, 2015.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal: Parte general*, 10º edic., edit. Reppertor, Barcelona, 2015.

- “¿Qué queda en pie de la **Resocialización**?”, en Eguzkilore, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 2 Extraordinario, 1989, pp. 35-41.
- *Introducción a las bases del Derecho Penal*, edit. Bosch, Barcelona, 1976.

MORGAN, Rod, “**The European Committee** for the prevention of torture and inhuman or degrading treatment or punishment”, en VAN ZYL, Dirk; y DÜNKEL, Frieder, *Imprisonment today and tomorrow: international perspective on prisoners’ rights and prison conditions*, edit. Kluwer Law International, Londres, 2001, pp.717-739.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 9º edic., revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, edit. Tirant lo Blanch, 2015.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 20º edic., completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, edit. Tirant lo Blanch, 2015, pp. 27-56.

- “Algunas reflexiones sobre la pena de **prisión perpetua** y otras sanciones similares a ella”, en *Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, nº 11, 2012, pp. 296-304.

- *Derecho penal y Control Social*, edit. Fundación Universitaria de Jerez, Jerez, 1985.

MUÑOZ RUIZ, Josefa: “**Delitos contra la vida** y la integridad física”, en *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Dir.), edit. Dykinson, Madrid, 2015, pp. 335-373.

NATIONAL OFFENDER MANAGEMENT SERVICE *Annual Report and Accounts 2016-2017*. Disponible en

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/630533/6.3329_NO_MS_AR_180717_19_July_web.pdf (último acceso 4.1.2019)

NIETO MARTÍN, Adán, “¡¡Larga vida a **Soering**!! La brutalidad de la pena de muerte ante el TEDH”, en *Diario Negocios*, 17 de julio de 2009, pp. 3. Disponible en http://www.derechopenalenlared.com/libros/nieto_martin_larga_vida_a_soering.pdf (último acceso 9.12.2018).

NISTAL BURÓN, Javier, La nueva pena de “**Prisión Permanente Revisable**” proyectada en la reforma del Código Penal. Su particular régimen penitenciario de cumplimiento, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 7, 2013, pp. 16. (Formato electrónico. Bases de datos EHU/UPV).

- “¿Es viable en nuestro ordenamiento jurídico la pena de “**cadena perpetua**” como solución para determinado tipo de delincuentes difícilmente reinsertables?”, en *La Ley Penal*, nº 68, febrero 2010. (Formato electrónico. Bases de datos EHU/UPV)

NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, “Análisis crítico de la **libertad condicional** en el proyecto de reforma del Código Penal de 20 de septiembre de 2013 (especial referencia a la prisión permanente revisable)”, en *La Ley penal*, nº 110, 2014, pp. 28. (Formato electrónico. Bases de datos EHU/UPV).

NUÑEZ PEÑA, Jesús “**Los permisos** de salida”, en *psicología jurídica penitenciaria I*, (Coord Miguel Clemente y Jesús Núñez), Madrid, 1977.

OFICINA DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, *Custodial and non-custodial measures Social Reintegration, Criminal Justice Assessment Toolkit*, Naciones Unidas, Nueva York, 2006. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/cjat_eng/4_Social_Reintegration.pdf (último acceso 5.12.2018).

OLMO, Pedro Oliver, “Hay una época de regresión en materia penal porque en los partidos se impone la pulsión autoritaria”, en NODO, 24 de febrero de 2015. Disponible en <http://info.nodo50.org/Hay-una-epoca-de-regresion-en.html> (último acceso 29.3.2019)

ONECA, “Código Penal de 1822”, en Anuario de derecho penal y ciencias penales, Sección Doctrina, tomo 18, 1965, pp. 263-278. Disponible en <file:///C:/Users/IZARO/Downloads/Dialnet-HistoriaDelCodigoPenalDe1822-2783058.pdf> (último acceso 28.11.2018).

ORMEROD, David, *Blackstone's Criminal Practice* 2012, edi. Universidad de Oxford, Oxford, 2012.

ORTEGA CALDERÓN, Juan Luis, El nuevo régimen temporal de la **libertad condicional** en el Código Penal tras la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, en *Diario La Ley*, nº 8652, 2015, pp. 14. (Formato electrónico. Bases de datos EHU/UPV)

OTERO GONZÁLEZ, Pilar, *La libertad vigilada aplicada a ¿imputables? Presente y futuro*, edit. Dykinson, Madrid, 2015.

PACHECO, J. F., *El Código Penal concordado y comentado*, vol. I, Madrid, Imprenta de la Viuda de Perinat y Compañía, 1856, pp. 322 y 462.

PADFIELD, Nicola y BILD, Jonathan, *Text and Materials on the Criminal Justice Process*, 5ª edic., edit. Oxford University Press, Oxford, 2016.

PADFIELD, Nicola; LIEBLING, Alison; y ARNOLD, Helen, *Exploration of decision-making at discretionary lifer panels*, Home Office Research Study nº 213, Universidad de Cambridge, Cambridge, 2002.

PADFIELD, Nicola, “A new Chapter for the Parole Board” en *Criminal Law Review*, 2016, pp. 379-380.

- “**Life sentences** in Law and Practice”, en *Prison service Journal*, 2015.
- “Justifying **indefinite detention** –on what grounds?”, en *Criminal Law Review*, 2016, pp. 797- 822.
- PADFIELD, Nicola, “Bradbury: a tangle of **extended sentences**?”, en *Sentencing News*, 2015, pp. 5-8.
- “**Recalling** conditionally released prisoners in England and Wales”, en *European Journal of Probation*, vol. 4, nº 1, 2012, pp 34-45.
- “**England and wales**” en PADFIELD, Nicola; ZYL SMIT, Dirk Van; y DÜNKEL, Frieder, *Release from Prison. European policy and practice*, edit. Routledge, New York, 2012, pp. 104-134.
- “**Amending** the Parole Board Rules: a sticking plaster response?”, en *Public Law*, 2011, pp. 691-698.
- “**Understanding recall 2011**”, en *Legal Studies Research Papers*, nº 2, 2013, pp. 55. Disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2201039 (último acceso 28.11.2018).
- *The sentencing, management and treatment of dangerous offenders: Final Report*”, European Committee on Crime Problems (CDPC), Council for Penological Co-operation (PC-CP), 2010, pp. 42. (Doc. pc-cp/docs 2010/pc-cp (2010) 10 rev 5_E).
- “Discretion and Decision-making in public protection”, en NASH, Mike y WILLIAMS, Andy, *Handbook of public protection*, edit. Willan Publishing, Nueva York, 2010, pp. 103-132.
- “**Parole and early release: the Criminal Justice and Immigration Act 2008 changes in context**”, en *Criminal Law Review*, 2009, pp. 166-187.

- “**Parole Board** in transition”, en *Criminal Law Review*, 2006, pp. 3-22.
- “**Distinguishing** longer than commensurate sentences from extended sentences”, en *Archbold news*, 2003, pp. 7-9.
- *Beyond the tariff, Human rights and the release of life sentence prisoners*, edit. Willan Publishing, Reino Unido, 2002.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “Racionalidad instrumental del legislador y estereotipos sociales sobre la delincuencia: modelos de argumentación punitivista”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, vol. 147, 2018, pp. 22 (Formato electrónico. Bases de datos de EHU/UPV).

PAROLE BOARD, *Report of the Parole Board for 1968*.

PAROLE BOARD, *Annual Report and Accounts of the Parole Board for England and Wales 2002-2003* (Traducido como Informe anual de la JLC). (Disponibles en la página web del Gobierno del Reino Unido <https://www.gov.uk/government/publications?keywords=PAROLE+BOARD+ANNUAL+REPORT>. Último acceso 29. 3. 2019).

- *Annual Report and Accounts 2006-2007*.
- *Annual Report and Accounts 2008-2009*.
- *Annual Report and Accounts 2011-2012*.
- *Annual Report and Accounts 2012-2013*.
- *Annual Report and Accounts 2014-2015*.
- *Annual Report and Accounts 2015-2016*.

PAROLE BOARD, *Parole Board Oral Hearings Guide*, agosto 2014 (que hemos traducido como Guía sobre las vistas orales de la JLC). Disponible en, [lo tengo, pero no lo encuentro en internet, me remite a la nueva guía de 2018 que he guardado por trozos, pq no está todo junto](#).

- *Parole Board Oral Hearings Guide*, marzo 2012. Disponible en https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/317582/oral-hearing-guide.pdf (último acceso 4.1.2019).

PAROLE BOARD, *Policy and Guidance: Criteria for refusing an oral hearing*, agosto 2009. Disponible en https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20100210114030/http://www.paroleboard.gov.uk/policy_and_guidance/criteria_for_refusing_an_oral_hearing/ (último acceso 4.1.2019).

- PAROLE BOARD, *Policy and Guidance: Lifer oral hearings*, febrero 2007. Disponible en https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20090607223748/http://www.paroleboard.gov.uk/policy_and_guidance/lifer_oral_hearings/ (último acceso 4.1.2019).

PAROLE BOARD, *Member Case Assessment Guidance*, abril 2017. Disponible en <https://www.gov.uk/government/publications/member-case-assessment-guidance> (último acceso 3.1.2019).

PAROLE BOARD, *Intensive Case Management Oral Hearings General Guidance*, julio 2008.

PARTINGTON, Martin, *Introduction to English Legal System*, edit. Universidad de Oxford, Oxford, 2017.

PASCUAL MATTELÁN, Laura, “La **prisión permanente revisable**. Un acercamiento a un derecho penal deshumanizado”, en *Clivatge. Estudis i testimonis sobre el conflicte i el canvi socials*, n° 3, 2015, pp. 51-65. Disponible en <http://revistes.ub.edu/index.php/clivatge/article/view/11981> (último acceso 28.11.2018).

PEÑARANDA RAMOS, Enrique, “Los delitos de homicidio y **asesinato** tras la reforma de 2015 del Código penal”, en BACIGALUPO SAGGESE, Silvina; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; ECHANO BASALDUA, Juan Igancio (Coords.), *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*, edit. Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 1257-1281.

- *Estudios sobre el delito de **asesinato***, edit. B de F, Buenos Aires, 2014.

PÉREZ MANZANO, Mercedes, “Fundamentos y **fin**es del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la Neurociencia”, en *InDret*, 2/2011, pp. 1-40.

PICTON, Martin, “The Effect of Changes in Sentencing **Dangerous Offenders** Brought About by the Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012 and the Mystery of Schedule 15B”, en *Criminal Law Review*, n° 5, pp. 406-412.

PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *La estructura de la teoría del delito en el ámbito del **common law***, edit. Comares, Granada, 2002.

Plataforma otro Derecho Penal es posible, “Reflexiones Jurídicas en torno a la anunciada Reforma Penal”, 20 de abril de 2012, pp. 12. Disponible en <http://www.larevistilla.org/wp-content/uploads/2012/10/Plataforma-Otro-Derecho-Penal-Reflexiones-juridicas-en-torno-a-la-anunciada-reforma-penal.pdf> (último acceso 4.12.2018)

PORTERO LAZCANO, Guillermo, “**La libertad vigilada** en el Anteproyecto de Ley Orgánica que modifica el Código Penal. Perspectiva desde el ámbito de las ciencias de la conducta” en CASANUEVA SANZ, Itziar, PUEYO RODERO; Jesús Agustí; SILVA SÁNCHEZ y otros, *El anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008: algunos aspectos*, edit. Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, pp. 71-101.

PRISON REFORM INTERNATIONAL, *Making Standards Work, an international handbook on good prison practice*, publicado por *Penal Reform International (ONG)*, 1995 (1° edic) 2001 (2° edic). Disponible en <https://cdn.penalreform.org/wp-content/uploads/2013/05/man-2001-making-standards-work-en.pdf> (último acceso 5.12.2018).

Propuesta de modificación del Consejo General de la Abogacía al Anteproyecto de Reforma del CP de 2012.

PUEYO, Antonio Andrés, “Predicción de la reincidencia penitenciaria en Catalunya pro medio del **RisCanvi**”, en ORTS BERENGUER, Enrique; ALONSO RIMO, Alberto; y ROIG TORRES, Margarita (Dirs.), *Peligrosidad criminal y Estado de Derecho*, Tirant lo blanch, Valencia, 2017, pp. 371-388.

RAMÍREZ ORTIZ, José Luis y RODRÍGUEZ SÁEZ, José Antonio, “Fin de trayecto: custodia de seguridad, libertad vigilada y **prisión permanente revisable** en el anteproyecto de reforma del Código Penal”, en *Jueces para la democracia*, n° 76, 2013, pp. 50-80.

REBOLLO VARGAS, Rafael, “Algunos aspectos de la nueva regulación de la **libertad condicional**: algo más que conjeturas problemáticas”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 26, 2016, pp. 38. (Formato electrónico. Bases de datos EHU/UPV).

REDONDO, Santiago; FUNES, Jaume; y LUQUE, Eulàlia, *Justicia penal y reincidencia*. Centro de estudios jurídicos y formación especializada de la Generalitat de Cataluña, edit. Fundació Jaume Callís, Barcelona, 1994.

REDONDO ILLESCAS, Santiago, “¿Sirve el tratamiento para rehabilitar a los **delincuentes sexuales**?”, en *Revista Española de Investigación Criminológica*, nº 4, 2006, pp. 22.

REID, Karen, *A practitioner's guide to the European Convention on Human Rights*, 5º edit. Sweet and Maxwell, Reino Unido, 2015.

REINOLD, Paul y THOMAS, Kimberly, “**From Grace to Grids**: Rethinking Due Process Protections for Parole”, en *Criminal Law and Criminology*, nº 2, 2017, pp. 213-251.

RENART GARCÍA, Felipe, *La libertad condicional: nuevo régimen jurídico*, edit. Edisofer, Madrid, 2003.

REVIRIEGO PICÓN, Fernando, “¿La crisis de los **sistemas penitenciarios** europeos?”, en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 16, 2009, pp. 242-264. Disponible en <http://www.derechopenitenciario.com/comun/fichero.asp?id=2553> (último acceso 5.12.2018).

RICHARDSON, James et al., *ARCHBOLD, Criminal Pleading, Evidence and Practice*, 2009.

RÍOS MARTÍN, Julián Carlos; CASTILLA JIMÉNEZ, J.; SANTOS ITOITZ, E., PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther; SANTIESTEVE ROCHE, P.; SEGOVIA BERNABÉ, J.L.; y GALLEGO DÍAZ, M., *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel*, 7º edic., edit. COLEX, Madrid, 2014.

RÍOS MARTÍN, Julián Carlos; ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier; SEGOVIA BERNABÉ, José Luis, y PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther, *Las penas y su aplicación. Contenido legal, doctrinal y jurisprudencia*, 5º edic., Edit. Colex, Madrid, 2011.

RÍOS MARTÍN, Julián Carlos, GALLEGO DÍAZ, Manuel, CABRERA, CABRERA, Pedro José y SEGOVIA BERNABÉ, José Luis, *Andar 1km en línea recta*, edit. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2010.

RÍOS MARTÍN, J.C. y CABRERA, CABRERA, P.J., *Mil voces presas*, edit. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1998.

RÍOS MARTÍN, Julián Carlos, *La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad*, edit. Gakoa, Donostia, 2013.

ROBERTS, Julian V., “**Sentencing Guidelines** in England and Wales: Recent Developments and Emerging Issues”, en *Law & Contemporary Problems*, vol. 76, nº 1, 2013, pp. 25.

ROBLES PLANAS, Ricardo, “*Sexual Predators*. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad, en *InDret* nº 4, 2007, pp. 25. Disponible en http://www.indret.com/pdf/478_es.pdf (último acceso 3.12.2018).

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, “La nueva pena de **prisión permanente revisable** y el Derecho comparado”, en *Actualidad jurídica, Aranzadi*, nº 901, 2015, pp. 3. (Formato electrónico. Bases de datos EHU/UPV)

RODRÍGUEZ RAMOS, L.: “**Constitucionalidad de la prisión perpetua**”, en *El País*, 17 de noviembre de 2000.

- “**Cadena perpetua**”, en *El País*, 20 de febrero de 2009.

RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina; GUIASOLA LERMA, Cristina; y ACALE SÁNCHEZ, María, “**Libertad condicional** artículos 90, 91, 92 y 93CP”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma de 2012*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 375-394.

RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina, *La ejecución de la prisión permanente revisable*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

- RODRÍGUEZ YAGÜE, “Las posibilidades de **individualización** en las penas de prisión permanente revisable y de larga duración: acceso a permisos, tercer grado y libertad condicional”, en DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier (Dir.), *Penas de prisión de larga duración*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 327-393.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, “Los **estándares internacionales** sobre la cadena perpetua del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 17, 2017, pp. 225- 275.

ROIG TORRES, Margarita, “Valoración de la **peligrosidad** en la suspensión de la pena y la libertad condicional: influencia del derecho alemán”, en ORTS BERENGUER, Enrique; ALONSO RIMO, Alberto; y ROIG TORRES, Margarita (Dirs.), *Peligrosidad criminal y Estado de Derecho*, edit. Tirant lo Blanch, 2017, pp. 117-144.

- “Tolerancia cero contra los delincuentes sexuales: **prisión indefinida**”, en ORTS BERENGUER, Enrique; ALONSO RIMO, Alberto; y ROIG TORRES, Margarita (Dirs.), *Peligrosidad criminal y Estado de Derecho*, edit. Tirant lo Blanch, 2017, pp. 391-456.
- *La cadena perpetua en el Derecho alemán y británico. La prisión permanente revisable*, edit. Iustel, Madrid, 2016.
- “La cadena perpetua: los modelos inglés y alemán. Análisis de la STEDH de 9 de julio de 2013. La “**prisión permanente revisable**” a examen”, en *Cuadernos de Política Criminal*, número 111, 2013, pp. 97-144.

ROLDÁN BARBERO, Horacio, El uso de la **libertad condicional** y su influencia en el tamaño de la población reclusa en España, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº12, 2010, pp. 17. Disponible en <http://www.ikusbide.org/data/documentos/fichero.pdf> (último acceso 28.11.2018)

ROVIRA, Martí; LARRAURI, Elena; y ALARCÓN, Pau, “La concesión de **permisos penitenciarios**”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 20, 2018, pp. 26. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-02.pdf> (último acceso 30.11.2018).

ROXIN, Claus, *Problemas básicos del Derecho Penal. Sentido y límites de la pena estatal*, trad. M. Luzón Peña, Madrid, Editorial Reus, Madrid, 1976.

SALAT PAISAL, Marc, “**Libertad condicional**”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.). *Comentario a la reforma penal de 2015*, edit. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015.

SÁNCHEZ ROBERT, María José, “La **prisión permanente revisable** en las legislaciones española y alemana. Análisis comparativo”, en *Anales de derecho*, nº 1, 2016, pp. 50. Disponible en: <https://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/48566/1/LA%20PRISION%20PERMANENTE%20REVISABLE%20EN%20LAS%20LEGISLACIONES%20ESPANYOLA%20Y%20ALEMANA.%20ANALISI%20COMPARATIVO..pdf> (último acceso 28.11.2018).

SANTAMARÍA, ARINAS, René; y BOLAÑO PIÑEIRO, Carmen, “Art. 3. Prohibición de la tortura”, en LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, 3º edic., edit. Civitas, Pamplona, 2015, pp. 54-95.

SCHABAS, *The European Convention on Human Rights*, edit. Oxford University Press, Oxford 2015.

- SCHABAS WILLIAM, *The International Criminal Court. A commentary on the Rome Statute*, edit. Oxford University Press, Oxford, 2010.

SCHAUER, Frederick, “The Ubiquity of **Prevention**”, en *Prevention and the limits of the Criminal Law*, edit. Universidad de Oxford, Oxford, 2013, pp.10-22).

SGIP, *Jurisprudencia penitenciaria 2008*, edit. Ministerio del Interior, Secretaría General técnica, 2009. Disponible en http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/Completo_jurisprudencia_linea_2008.pdf (último acceso 4.12.2018).

SHALEV, Sharon, A sourcebook on *solitary confinement*, edit. Mannheim Centre for Criminology, Londres, 2008. Disponible en http://solitaryconfinement.org/uploads/sourcebook_web.pdf (último acceso 5.12.2018).

SHAPLAND, Joanna; SORSBY, Angela; ROBINOS, Gwen; PRIEDE, Camila; FARRAL, Stephen; y McNEILL, Fergus, “What quality means to probation staff in England in relation **one-to-one supervisión**”, en DURNESCU, Ioan and McNEILL, Fergus (eds), *Understanding penal practice*, 2014, pp. 139-152.

SHUTE, Stephen, “**Punishing murderers: Release Procedure and the Tariff**, 1953-2004”, en *Criminal Law Review*, 2004, pp. 873-895.

- SHUTE, Stephen “**Parole** and risk assessment”, en PADFIELD, Nicola (Dir), *Who to release?: parole, fairness and criminal justice*, edit. Willan Publishing, Reino Unido, 2007, pp. 21-42

SIERRA LÓPEZ, María Del Valle, “Homicidio y **asesinato**: las modificaciones previstas en las últimas reformas legislativas (El Proyecto de Reforma del Código Penal de 20 de septiembre de 2013)”, en *Derecho y Proceso penal*, nº 33, 2014, pp. 28. (Formato electrónico. Base de datos EHU/UPV).

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, 2º edic., edit. B de F, Buenos Aires, 2012.

- *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, edit. Bosch, Barcelona, 1992.

SNACKEN, Sonja, “Recommendation **Rec (2003) 23** on the management by prison administrations of life sentence and other long-term prisoners”, en *Penological Information Bulletin*, nº 25 y 26, 2006, pp. 8-17.

SOTO NAVARRO, Susana, “**La influencia de los medios** en la percepción social de la delincuencia”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 07-09, 2005. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-09.pdf> (último acceso 28.11.2018)

SPACE, *Concil of Europe Annual Penal Statidistics. SPACE I-Prison populations, Survey 2016, Final Report*, Estrasburgo, 2018. Disponible en <http://wp.unil.ch/space/files/2018/03/SPACE-I-2016-Final-Report-180315.pdf> (último acceso 28.11.2018)

SPRACK, John, *A practical approach to criminal procedure*, 14º edic., edit. Oxford University Press, Oxford, 2012.

STRICKLAND, Pat, *The abolition of sentences of Imprisonment for Public protection*, en *House of Commons Library*, 2013, pp. 15.

SUÁREZ-MIRA RODRIGUEZ, CARLOS, “Del **homicidio** y sus formas (arts. 138 y ss.)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 465-486.

TAMARIT SUMALLA, Josep María, GARCÍA ALBERO, Ramón, RODRÍGUEZ PUERTA, María-José y SAPENA GRAU, Francisco *Curso de Derecho Penitenciario*, 2º edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

TAMARIT SUMALLA, Josep María “La **prisión permanente revisable**”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.). *Comentario a la reforma penal de 2015*, edit. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 93-100.

- “**Sistema de sanciones** y política criminal. Un estudio de Derecho comparado europeo”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 09-06, 2007, pp. 40. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-06.pdf> (último acceso 13.03.2016).

TÉBAR VILCHES, Beatriz, “La **aplicación** de la libertad condicional en España”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología* nº 18, 2006, pp. 283-315.

- “El modelo de **libertad condicional** español”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso penal*, nº15, 2006.

TÉLLEZ AGUILERA, Abel, “La ley de **cumplimiento íntegro** y efectivo de las penas: una nota de urgencia”, en *La ley*, 2003, nº 4, pp. 1641-1651.

- “El libro primero del Código Penal tras la **Ley Orgánica 1/2015**”, en *La Ley Penal*, nº 114, 2015, pp. 18. (Formato electrónico. Bases de datos EHU/UPV)

THOMAS, David, *Sentencing Referencer 2005/2006*, edit. Sweet and Maxwell, Londres, 2005.

- *Sentencing Legislation –The Case for Consolidation*, *Criminal Law Review*, 1997.

THORNTON, Anthony, “**Current practice** and future changes: a judicial member’s perspective”, en PADFIELD, Nicola (Dir), *Who to release?: parole, fairness and criminal justice*, edit. Willan Publishing, Reino Unido, 2007, pp.126-143.

TINOCO PASTRANA, Ángel, *Fundamentos del Sistema judicial penal en el Common Law*, edit. Universidad de Sevilla, Sevilla, 2010.

TREACY, Colman (Lord Justice), “**Letter to the editor**”, en *Criminal Law Review*, nº 7, 2016, pp. 489-490.

TRIFFTERER, Otto y AMBOS, Kai, *Rome Statue of the International Criminal Court*, 3º edic., edit. Hart Publishing, Oxford, 2016.

TUDDENHAM, Robin, “Beyond the defensible decision-making: Towards reflexive assessment of risk and **dangerousness**”, en *Probation Journal*, vol 47, nº 3, 2000, pp. 173-183.

URRUELA MORA, Asier, “**La cadena perpetua revisable** en la legislación española desde la perspectiva del Derecho penal”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 838, 2012, pp. 1.

VAN ZYL, Dirk y APPLETON, Catherine, *Life imprisonment. A Global Human Rights analysis*, edit. Harvard university Press, Massachusetts, 2019.

- “The paradox of Reform. **Life imprisonment in England and Wales**”, en VAN ZYL y APPLETON, *Life imprisonment and Human Rights*, edit. Bloomsbury publishing, Oregon, 2016, pp. 217-240.

VAN ZYL, Dirk y SNACKEN, Sonja, “*Principles of European prison law and policy: penology and human rights*”, edit. Universidad de Oxford, Oxford, 2011.

VAN ZYL, Dirk y SPENCER, John, “**The European dimension** to the release of sentenced prisoners”, en PADFIELD, Nicola; ZYL SMIT, Dirk Van; y DÜNKEL,

Frieder, *Release from Prison. European policy and practice*, edit. Routledge, New York, 2012, pp. 9-46.

VAN ZYL, Dirk; WEATHERBY, Pete; y CREIGHTON, Simo, “**Whole Life Sentences** and The Tide Of European Human Rights Jurisprudence: What is To Be Done?”, en *Human Rights Law Review*, nº 26, 2014, pp. 26. Disponible en <http://hrlr.oxfordjournals.org/content/14/1/59.full> (último acceso 2.12.2018).

VAN ZYL, Dirk, “**Strategies** for improving prisoners’ rights and prison conditions in Europe”, 2011, pp. 46. Disponible en <https://rm.coe.int/16806f6b7e> (último acceso 5.12.2018).

- “**Outlawing Irreducible Life** Sentences: Europe on the Brink”, en *Federal Sentencing Reporter*, vol. 23, nº 1, 2010, pp. 39-48. Disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/14329701.pdf> (último acceso 9.12.2018).
- “**The impact of United Nations** crime prevention and criminal justice standards on domestic legislation and criminal justice operations”, en *The application of United Nations Standards and Norms in Crime Prevention and Criminal Justice*, United Nations, Office of Drug and Crime, 2003, pp. 133-139.
- *Taking life imprisonment seriously*, 2002.

VANNIER, Marion, “**A Right to Hope?** Life Imprisonment in France”, en VAN ZYL y APPLETON, *Life imprisonment and Human Rights*, edit. Bloomsbury publishing, Oregon, 2016, pp. 189-214.

VARONA GÓMEZ, Daniel, “**Medios de comunicación** y punitivismo”, en *InDret Revista para el análisis del Derecho*, nº 1, 2011, pp. 35. Disponible en http://www.indret.com/pdf/791_1.pdf (último acceso 28.11.2018).

VENTAS SASTRE, Rosa, “La nueva pena de **prisión permanente revisable**: ¿Populismo punitivo?”, En *Blog de Criminología-Iter Cirminis*, 2015. Disponible en <http://blogs.ucjc.edu/criminologia-iter-criminis/la-nueva-pena-de-prision-permanente-revisable-populismo-punitivo/> (último acceso 28.11.2018)

VIGANÒ, Francesco, “La arbitrariedad del no punir. *Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales*”, en *Política criminal: Revista aelectrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, vol. 9, nº 18, 2014, pp. 428-476. Disponible en http://www.politicacriminal.cl/Vol_09/n_18/Vol9N18A5.pdf (último acceso 8.12.2018).

VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, “Novedades del **Proyecto de reforma** del Código Penal de 2013 en algunos delitos contra bienes jurídicos fundamentales”, en *Diario La Ley*, nº 8311, 2014, pp. 44. (Formato electrónico. Bases de datos EHU/UPV)

VON HIRSCH, Andrew, EDWARD BOTTOMS, Anthony; BURNEY, Elizabeth; and WIKSTROM, P-O, *Criminal Deterrence and Sentence Severity: an analysis of recent research*, University of Cambridge, Institute of Criminology, Cambridge, edit. Hart Publishing, Oregon, 1998.

VON HIRSCH, Andrew, “**La prolongación de la pena** para los delincuentes peligrosos”, en LARRAURI, Elena y CID, José, *La delincuencia violenta ¿prevenir, castigar o rehabilitar?*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 191-210.

WARD, Richard y BETTINSON, Vanessa, *Criminal Justice and Immigration Act 2008, A practitioner's guide*, edit. Jordans, Bristol, 2008.

WELLS, Celia, y QUICK, Oliver, *Reconstructing Criminal Law*, edit. Cambridge University Press, Cambridge, 4º edición, 2010.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Dir.), *Fundamentos del Derecho Penal Parte General*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunal Constitucional español

STC, Pleno, 40/2012, de 29 de marzo de 2012.

STC, Pleno, 127/2009, de 26 de mayo de 2009.

STC, sala 2º, 100/2003, de 2 de junio de 2003.

STC, sala 1º, 81/1997 de 22 de abril de 1997.

STS, sala 2º, 112/1996, de 24 de junio de 1996.

STC, sala 2º, 2/1997, de 13 de enero de 1997

STC, sala 2º, 204/1999, de 8 de noviembre de 1999.

Recurso de inconstitucionalidad contra la aprobación de la PPR, presentado el 30 de junio de 2015.

Tribunal Supremo español

STS, sala 2ª, 9877/1994, de 8 de marzo de 1994.

STS, sala 2ª, 197/2006, de 28 de febrero de 2006.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

A y otros c. Reino Unido (GC), (nº 3455/05), 19 febrero 2009.

A.T. c. Reino Unido (dec.), (nº 20448/92), 28 junio 1995.

Achour c. Francia (GC), (nº 67335/01), 23 marzo 2006.

Adamson c. Reino Unido (dec.), (nº 42293/98), 26 enero 1999.

Aerts c. Bélgica (Sala), (nº 61/1997/845/1051), 30 julio 1998.

Amuur c. Francia (Sala), (nº 19776/92), 25 junio 1996.

Ashingdane c. Reino Unido (Sala) (nº 8225/78), 28 mayo 1985.

Assanidze, c. Georgia (GC), (nº 71503/01), 8 abril 2004.

Baranowski c. Polonia (1ª sec.), (nº 28358/95) 28 marzo 2000.

Benjamin y Wilson c. Reino Unido (3ª sec.), (nº 28212/95) 26 septiembre 2002.

Betteridge c. Reino Unido (4ª sec.), (nº 1497/10) 21 enero 2013.

Blackstock c. Reino Unido (4ª sec.), (nº 59512/00), 21 junio 2005.

Bodein c. Francia, (5º sec.), (nº 40014/10), 13 noviembre 2014.

Brand c. Países Bajos, (2ª sec.), (nº 49902/99), 11 mayo 2004.

Brown c. Reino Unido (dec.), (nº 968/04), 26 octubre 2004.

Cacko c. Eslovaquia (3º sec.), (nº 49905/08), 22 julio 2014.

Cantoni c. Francia (GC), (nº 17862/91), 11 noviembre 1986.

Chahal c. Reino Unido (GC), (nº 22414/93), 15 noviembre 1996.

Christinet c. Suiza (Sala), (nº 7648/76), 1 marzo 1979.

Cöeme y otros c. Bélgica (2ª sec.), 22.06.200 (32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 y 33210/96), 22 junio 2000

CR. C. Reino Unido (Sala), (nº 20190/92), 22 noviembre 1995.

Creanga c. Rumania (GC), (nº 29226/03), 23 febrero 2012.

Curley c. Reino Unido (3º sec.), (32340/96), 28 marzo 2000.

Custers, Devaux y Turk c. Dinamarca (5º sec.), (nº 11843/03), 3 mayo 2007

Dancy c. Reino Unido (dec.), (nº 55768/00), 21 marzo 2002.

De Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica (pleno), (nº. 2832/66; 2835/66; 2899/66), 18 junio 1971.

Del Río c. España (GC), (42750/09), 21 octubre 2013.

Dhoest c. Bélgica (ComEDH), (nº 10448/83), 14 mayo 1987.

Dickson c. Reino Unido (GC), (nº 44362/04), 4 diciembre 2007.

Diril c. Turquía (nº 68188/01), 19 octubre 2006.

Ecer y Zeyrek c. Turquía (1ª sec.), (nº 29295/95 Y 29363/95), 27 febrero 2001.

Einhorn c. Francia (dec.), (nº 71555/01), 16 octubre 2001.

Engel y otros c. Países Bajos (pleno), (nº 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72), 8 junio 1976.

Eriksen c. Noruega (Sala), (nº 17391/90), 27 mayo 1997.

Fuchser c. Suiza (3º sec.), (nº 55894/00), 13 julio 2006.

G. c. Alemania (5º sec.) (nº 65210/09), 7 junio 2012.

Gabbarri Moreno c. España, (4ª sec), (nº 68066/01), 22 julio 2003.

Ganusauskas c. Lituania (nº 47922/99), 7 septiembre 1999.

Gardel c. Francia (5º sec.) (nº 16428/05), 17 diciembre 2009.

Garner c. Reino Unido (dec.) (3ª sec.), (nº 38330/97), 26 enero 1999.

Grava c. Italia, (1º sec.), (nº 43522/98) 10 julio 2003.

Grosskopf c. Alemania (nº 24478/03), 21 octubre 2010.

Guzzardi c. Italia (pleno) (nº 7367/76), 6 noviembre 1980.

Harakchiev y Tolumov c. Bulgaria (4º sec.), (nº 15018/11 y 61199/12), 8 julio 2014.

Hirst c. Reino Unido, (Sala) (nº 40787/98), 3 agosto 2001.

Hogben c. Reino Unido (dec. ComEDH), Plenario, 03.03.1986 (nº 11653/85)

Hosein c. Reino Unido (dec. ComEDH), (nº 26293/95), 28 febrero 1996

Hussain, c. Reino Unido, (Sala), (nº 21928/93), 21 febrero 1996

Hutchinson c. Reino Unido (4º sec.), (nº 57592/08), 3 febrero 2015

Hutchinson c. Reino Unido (GC), (nº 57592/08), 17 enero 2017

Hutchinson Reid c. Reino Unido (3ª sec.), (nº 50272/99), 20 febrero 2003.

Ilijkov c. Bulgaria (4ª sec.) (nº 33977/96), 26 julio 2001.

Iorgov c. Bulgaria (5º sec.), (nº 36295/02), 2 septiembre 2010

Irlanda c. Reino Unido (pleno), (nº 5310/71), 18 enero 1978.

James, Wells y Lee c. Reino Unido (GC), (nº 25119/09, 57715/09 y 57877/09), 18 septiembre 2012.

Jendrowiak c. Alemania (5º sec.), (nº 30060/04) 14 abril 2011.

Jorgic c. Alemania (5ª sec.), (nº 74613/01), 12 julio 2007.

K. c. Alemania (5º sec.) (nº 61827/09), 7 junio 2012.

K c. Austria, 26.05.1993. A 225-B (1993) Com Rep F Sett before Court.

Kafkaris c. Chipre (GC), (nº 21906/04), 12 febrero 2008.

Kallweit c. Alemania (5º sec.), (nº 17792/07), 13 enero 2011.

Keus c. Países Bajos (Sala), (nº 12228/86) 25 octubre 1990.

Khudobin c. Rusia (3ª sec.), (nº 59696/00), 26 octubre 2006.

K-HW c. Alemania (GC), (nº 37201/97), 22 marzo 2001.

Kingston c. Reino Unido, (ComEDH) (nº 27837/95), 9 abril 1997.

Kokkinakis c. Grecia (Sala), (nº 14307/88), 25 mayo 1993.

Ladent c. Polonia, (4º sec.), (nº 11036/03), 18 marzo 2008

Larissis y otros c. Grecia (Sala), (nº 140/1996/759/958–960), 24 febrero 1998.

Laskey, Jaggard y Brown c. Reino Unido, (Sala), (nº 21627/93; 21628/93; 21974/93), 19 febrero 1997.

Laszlo c. Hungría (2º sec.), (nº 73593/10), 20 mayo 2014.

Lawless c. Irlanda (Sala), (nº 332/57), 1 julio 1961.

Lawless c. Irlanda, (Sala), (nº 332/57), 1 julio 1961.

Léger c. Francia (2º sec.), (nº 19324/02), 11 abril 2006.

M. c. Alemania (5º sec.), (nº 19359/04), 17 diciembre 2009.

M. c. República Federal de Alemania (dec.) (nº 10272/83). 18 mayo 1984.

Mancini c. Italia (2º sec.), (nº 44955/98), 2 agosto 2001.

Mansell c. Reino Unido (dec. ComEDH), (nº 32072/96), 2 julio 1997.

Matiošaitis y otros c. Lituania (2º sec.), (nº 22662/13, 51059/13, 58823/13, 59692/13, 59700/13, 60115/13, 69425/13 and 72824/13), 23 mayo 2017.

Mautes c. Alemania (5º sec.), (nº 20008/07), 13 enero 2011.

Monnell y Morris c. Reino Unido (Sala), (nº 9562/81; 9818/82), 2 marzo 1987.

Mooren c. Alemania (GC), (nº 11364/03), 9 julio 2009.

Morsink c. Países Bajos, (2º sec.), (nº 48865/99), 11 mayo 2004.

Murray c. Países Bajos (GC), (nº 10511/10), 26 abril 2016.

Nivette c. Francia (dec.), (nº 44190/98), 3 julio 2001.

O.H. c. Alemania (4º sec.), (nº 4646/08), 24 noviembre 2011

Öcalan c. Turquía (Nº 2) (2º sec.), (nº 24069/03, 197/04, 6201/06 y 10464/07), 18 marzo 2014.

Oldham c. Reino Unido (Sala) (nº 36273/97), 26 septiembre 2000

Puhk c. Estonia (4º sec.), (nº 55103/00), 10 febrero 2004.

S.W. c. Reino Unido (Sala) (nº 20166/92), 22 noviembre 1995.

S.W. c. Reino Unido (Sala), (nº 20166/92), 22 noviembre 1995.

Saadi c. Reino Unido (GC), (nº 13229/03) 29 enero 2008.

Sakik c. Turquía (Sala), (nº 87/1996/706/898-903) 26 noviembre 1997.

Sánchez-Reisse c. Suiza (Sala), (nº 9862/82), 21 octubre 1986.

Schummer c. Alemania (5º sec.), (nº 27360/04, 42225/07), 13 enero 2011

Silva Rocha c. Portugal (Sala), (nº 82/1995/588/674), 15 noviembre 1996.

Singh c. Reino Unido (Sala), (nº 56/1994/503/585), 28 septiembre 1996.

Soering c. Reino Unido (Pleno), (nº 14038/88), 7 julio 1989.

Stafford c. Reino Unido (GC), (nº 46295/99), 28 mayo 2002.

Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania (GC), (34044/96, 35532/97 y 44801/98), 22 marzo 2001.

Sud Fondi SRL y otros c. Italia (2º sec.), (nº 75909/01), 20 enero 2009.

T.P. y A.T. c. Hungría (4º sec.) (nº 37871/14 and 73986/14), 4 octubre 2016.

Thynne, Wilson y Gunnel c. Reino Unido (pleno), (nº 11787/85; 11978/86; 12009/86), 25 octubre 1990.

Törköly c. Hungría (dec.), (nº 4413/06), 5 abril 2011.

Toth c. Austria (sala), (nº 11894/85), 12 diciembre 1991.

Uttley c. Reino Unido (dec), (4º secc.), (nº 36946/03), 29 noviembre 2005.

V c. Reino Unido (GC), (nº 24888/94) 16 diciembre 1999.

V. c. Reino Unido (GC), (nº 24888/94), 16 diciembre 1999.

Van der Velden c. Países Bajos (3º sec.), (nº 21203/10), 31 julio 2012.

- *Van der Velden c. Países Bajos* (dec.), (nº 29514/05), 7 diciembre 2006.

Van Droogenbroeck c. Bélgica (Pleno), (nº 7906/77), 24 junio 1982.

Veeber c. Estonia Nº 2 (4ª sec.), (nº 45771/99), 21 enero 2003.

Vinter y otros c. Reino Unido (GC), (nº 66069/09, 130/10 y 3896/10), 9 julio 2013.

Waite c. Reino Unido (4º sec.), (nº 53236/99), 10 diciembre 2002.

Weeks c. Reino Unido (Pleno), (nº 9787/82), 2 marzo 1987.

Welch c. Reino Unido (Sala), (nº 17440/90), 9 febrero 1995.

Wemhoff c. FRG (Sala), (nº 2122/64), 27 junio 1968.
Winterwerp c. Países Bajos (Sala), (nº 6301/73), 24 octubre 1979.
Witold Litwa c. Polonia (2º sec.), (nº 26629/95), 4 de abril de 2000.
Wynne c. Reino Unido (Sala), (nº 15484/89), 18 julio 1994.

Resoluciones de los Tribunales del Reino Unido

Attorney General's Reference, Nº 55, 2008; *R v. C and others*, [2008] EWCA Crim 2790;

R v. Moloney [1985] 1 AC 905.

Payne v. Lord Harris of Greenwich [1981] 1 W.L.R. 754
EWCA, *Wells c. JLC* (2009)

R. (on the application of Anderson and Taylor) v Secretary of State for the Home Department, [2001] EWCA Civ 1698, November 2001.

R. (on the application of Anderson) v. Secretary of State for the Home Department, [2002] UKHL 46, November 2002.

R. (on the application of Black) v Secretary of State for the Home Department, [2009] UKHL 1.

R (on the application of Bradley) v. Parole Board [1991] 1WLR 134.

R. (on the application of Brooke) v. Parole Board [2008] EWCA Civ 29

R (on the application of Doody) v. Secretary of State for the Home Department, [1994] 1 A.C. 531.

R. (on the application of Girling) v. Parole Board, [2006] EWCA Civ 1779.

- *R. (on the application of Girling) v. Parole Board*, [2005] EWHC 546 (Admin).

R (on the application of Gunnell) v. Parole Board [1985] Crim LR 105

R (on the Application of Johnson) v. Secretary of State for the Home Department [2007] EWCA Civ 427, 9 May 2007.

R (on the application of MacNeil) v. Discretionary Lifer Panel, [2001] EWCA Civ 448.

R. (on the application of Osborn, Booth and Reilly) v Parole Board [2013] UKSC 6

R. (on the application of Smith) v. Parole Board for England and Wales [2005] UKHL 1.

R (on the application of Sturnham) v. Parole Board and another (No. 2), [2013] UKSC 47.

R (on the application of Wellington) v. Secretary of State for the Home Department [2008] UKHL 72.

R (on the application of Wilson) v. Parole Board [1992] QB 740

R v. Bieber [2008] EWCA Crim 1601

R v. Buckland [2000] 1 WLR 1262

R. v *Hodgson* (1968) 52 Cr. App. Crim. R. 113.
R v. *Johnson* [2006] EWCA Crim 2486.
R v. *Lang* [2005] EWCA Crim 2864.
R v. *Lichniak and Pyrah* [2001] EWHC Admin 294.
R v. *McGrady* [2007] 1 Cr App R (S) 256.
R v. *Nelson* [2001] EWCA Crim 2264.
R v. Newell; R v. McLoughlin [2014] EWCA Crim 188.
R v. *Oakes and others* [2012] EWCA Crim 2435.
R v. *Offen* [2000] EWCA Crim 96.
R v. *Pedley* [2009] EWCA Crim 840.
R v. *Saunders* [2013] EWCA Crim 1027.
R v. *Smith* [2011] UKSC 37.
R. v *S., Burt and Others* [2005] EWCA Crim 3616.
Secretary of State for Justice v Walker [2008] EWCA Civ 30.

Resoluciones del Tribunal Constitucional alemán

Sentencia del Tribunal Constitucional alemán del 4 de mayo de 2011. BVerfG, NJW 2011, 1931.

NORMATIVA Y OTROS INSTRUMENTOS JURÍDICOS

I. REINO UNIDO

LEYES

Ley sobre el asesinato (abolición de la pena de muerte) de 1965 (*Murder (abolition of death penalty) Act 1965*).

Ley sobre el Homicidio 1957 (*Homicide Act 1957*).

Ley sobre los delitos contra las personas 1861 (*Offences against persons Act 1861*).

Ley sobre los niños y jóvenes de 1933 (*Children and Young Persons Act 1933*).

Ley de Justicia Penal de 1967 (*Criminal Justice Act 1967*)

- Ley de Justicia Penal de 1991.
- Ley de Justicia Penal de 2003.

Ley de Justicia Penal y de Inmigración de 2008 (*Criminal Justice and Immigration Act 2008*).

Ley de Justicia Penal y Tribunales de 2015 (*Criminal Justice and Courts Act 2015*).

Ley sobre el robo 1968 (*Theft Act de 1968*)

Ley sobre la tentativa 1981 (*Criminal Attempts Act 1981*)

Ley sobre el crimen (penas) 1997 (*Crime (sentences) Act 1997*).

Ley sobre el crimen y desorden de 1998 (*Crime and Disorder Act 1998*).

Ley sobre investigaciones forenses y de Justicia de 2009 (*Coroners and Justice Act 2009*).

la Ley de asistencia jurídica, determinación de la pena y el castigo de los delincuentes del 2012 (*Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012*).

Ley sobre los poderes de los tribunales penales (determinación de la pena) de 2000 (*Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000*).

Ley sobre los tribunales de 2003 (*Courts Act 2003*).

Ley de Derechos Humanos de 1998 (*Human Rights Act 1998*)

Ley sobre violencia doméstica, la delincuencia y víctimas del 2004 (*Domestic Violence, Crime and Victims Act 2004*),

Ley sobre la delincuencia organizada grave y de policía del 2005 (*Serious Organized Crime and Police Act 2005*),

Ley sobre la reducción de delitos violentos del 2006 (*Violent Crime Reduction Act 2006*),

Ley sobre delincuencia grave del 2007 (*Serious Crime Act 2007*).

Ley de Rehabilitación del delincuente (*Offender Rehabilitation Act 2014*).

Ley del comportamiento anti-social, crimen y vigilancia de 2014 (*Anti-social Behaviour, Crime and Policing Act 2014*).

Ley sobre delitos sexuales de 2003 (*Sexual Offences Act 2003*).

Ley sobre la salud Mental 1983 (*Mental Health Act 1983*).

REGLAS, INSTRUCCIONES Y ÓRDENES EMITIDAS POR LA SECRETARÍA DE ESTADO

Reglas de la Junta de Libertad Condicional de 1992 (*Parole Board Rules 1992*)

- Reglas de la JLC 2004.
- Reglas (de modificación) de la JLC 2009 (*PB (Amendment) Rules 2009*).
- Reglas de la JLC 2011 y el memorándum explicativo (*Explanatory memorandum to the parole board rules*).
- Reglas (de modificación) de la JLC (*Parole Board (Amendment) Rules 2014*).
- Reglas de la JLC 2016 y el memorándum explicativo.

Instrucciones emitidas por la Secretaría de Estado sobre la concesión y revocación de la libertad condicional y el traslado al régimen abierto de las personas condenas a penas indeterminadas a la Junta de Libertad Condicional, agosto 2004 (*Secretary of State's Directions on release, recall and transfer to open conditions of life sentence prisoners to the Parole Board*). Disponibles en https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20100210114053/http://www.paroleboard.gov.uk/policy_and_guidance/secretary_of_states_directions/directions_august_2004/ (último acceso 2.1.2019). La

Instrucción sobre el traslado al régimen abierto ha sido actualizada en abril 2015 Disponible en <https://www.gov.uk/government/publications/secretary-of-states-directions-to-the-parole-board-april-2015> (último acceso 2.1.2019).

Instrucciones emitidas por la Secretaría de Estado sobre la libertad condicional de las personas condenadas a una pena determinada a la Junta de Libertad Condicional, mayo 2004. Disponible en https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20110206090110/http://www.paroleboard.gov.uk/policy_and_guidance/secretary_of_states_directions/directions_may_2004/ (último acceso 2.1.2019).

Prison Service Order (PSO) 4700, mayo 1999, conocida hasta 2009 como *Lifer Manual* (Manual sobre los condenados a cadena perpetua) y, a partir de ese año, como *Indeterminate Sentence Manual* (Manual sobre penas indeterminadas). Los capítulos de esta norma han sido modificados por las siguientes instrucciones:

- Capítulo 1, “*Introduction*”, 2009 (PSI 22/2009).
- Capítulo 3, “*Punitive periods of a life sentence*” 2010 (PSI 29/2010).
- Capítulo 4 “*Serving the indeterminate sentence*” 2010 (PSI 36/2010).
- Capítulo 12 “*Indeterminate sentence prisoners compassionate release on medical grounds*”, 2010 (PSI 29/2010).
- Capítulo 7 “*Risk assessment*”, derogado y sustituido por el manual *Public Protection Manual*, capítulo 9: *risk of harm*, primero por la versión de 2009 y posteriormente por la versión de 2016 (PSI 18/2016)
- Capítulo 13 “*Release, supervision and recall*”, 2006 (PSI 15/2006)
- Anexo B “*Directions to the Parole Board under section 32(6) of the CJA 1991*” (Versión original *PSO 4700, mayo 1999*)

PSI 33/2009, Pre-Tariff Sift Reviews for Indeterminate Sentence Prisoners, 2009.

PSO 6010, Generic Parole Process, 2009.

- *PSI 36/2012, Generic Parole Process amended to incorporate Electronic Working*, 2012 (sustituye al *PSO 6010* y *PSI 33/2009*).
- *PSI 22/2015, Generic Parole Process for Indeterminate and determinate sentence prisoners*, 2015 (sustituye al *PSI 36/2012*).

PSI 30/2014 Recall Review and Re-release of Recall Offenders.

PSI 12/2015, Licence conditions, licences and licence and supervision notices.

DIRECTRICES PARA LA DETERMINACIÓN DE LA PENA (GUIDELINES) EMITIDAS POR DISTINTOS ÓRGANOS:

SENTENCING COUNCIL

- *Robbery, Definitive Guideline*, 2016. Disponible en <https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/Robbery-offences-definitive-guideline-web.pdf> (último acceso 5.1.2019).

- *Sexual Offences. Definitive Guideline*, 2014. Disponible en <https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/Sexual-Offences-Definitive-Guideline-web5.pdf>
- *Offences Taken Into Consideration and Totality. Definitive Guideline*, 2012. Disponible en https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/Definitive_guideline_TICs__totality_Final_web.pdf (último acceso 5.1.2019).
- *Assault. Definitive guideline*, 2011. Disponible en https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/Assault_definitive_guideline_-_Crown_Court.pdf (último acceso 5.1.2019)
- *Burglary Offences, Definitive Guideline*, 2011. Disponible en https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/Burglary_Definitive_Guideline_web_final.pdf (último acceso 4.1.2019)

SENTENCING GUIDELINE COUNCIL

- *SGC, Attempted murder. Definitive Guideline*, 2009. Disponible en https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/Attempted_Murder_-_Definitive_Guideline_webaccessible1.pdf (último acceso 5.1.2019).
- *SGC, Assault and other offences against the person. Definitive Guideline*, 2008. Disponible en (último acceso 5.1.2019).
- *SGC, Dangerous Offenders*, 2008. Disponible en https://www.banksr.co.uk/images/Guidelines/Dangerous%20Offenders/Dangerous_Offenders_Guide_for_Sentencers_and_Practitioners.pdf (último acceso 5.1.2019).
- *SGC, Theft and burglary in a building other than a dwelling. Definitive Guideline*, 2008. Disponible en https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/Theft_and_Burglary_of_a_building_other_than_a_dwelling.pdf (último acceso 5.1.2019).
- *SGC, Overarching Principles: Seriousness. Guideline*, 2004. (Traducido como “Principios Generales: gravedad”, en diciembre de 2004). Disponible en https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/web_seriousness_guideline.pdf (último acceso 5.1.2019).

SENTENCING COUNCIL, *Assessing the impact and implementation of the Sentencing Council’s Assault Definitive Guideline*, 2015. pp. 15 Disponible en <https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/Assault-assessment-synthesis-report-1.pdf> (último acceso 5.1.2019).

CROWN COURT SENTENCING SURVEY (executive Summary), 2012, pp. 26-28. Disponible en https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/CCSS_Annual_2011.pdf (último acceso 5.1.2019).

III. CONSEJO DE EUROPA

COMITÉ DE MINISTROS

Resolución (76) 2 sobre el tratamiento de los reclusos condenados a penas de prisión de larga duración, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 17 de febrero de 1976.

Recomendación (82) 16 relativa a los permisos de salida penitenciarios, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 24 de septiembre de 1982

Recomendación (92) 17 relativa a la uniformidad en la determinación de la pena, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 19 de octubre de 1992.

Recomendación (99)22 relativa a la superpoblación de las prisiones, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 30 de septiembre de 1999.

Recomendación (2003)22 relativa a la libertad condicional, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 24 de septiembre de 2003; y el informe explicativo de esta recomendación CM (2003) 109-Add 5.

Recomendación (2003)23 relativa a la gestión por parte de las administraciones penitenciarias de los condenados a cadena perpetua y otras penas de prisión de larga duración, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 9 de octubre de 2003; y el informe explicativo de esta recomendación CM (2003)109-Add 3.

Recomendación (2006)2 relativa a las Reglas Penitenciarias Europeas, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 11 de enero de 2006; y los Comentarios a estas reglas (*Commentary on Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules*) Disponible en <https://rm.coe.int/european-prison-rules-978-92-871-5982-3/16806ab9ae> (último acceso 7.12.2018).

Recomendación (2006) 13 sobre el uso de la prisión preventiva; las condiciones en las que tiene lugar y las medidas de protección contra los abusos adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 27 de septiembre de 2006.

Recomendación (2010) 1, relativa a las reglas sobre la probation, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 20 de enero 2010.

Recomendación (2014) 3, relativa a los delincuentes peligrosos, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 19 de febrero de 2014.

The CPT Standards "Substantive" sections of the CPT's General Reports, 2015 (CPT/Inf/E (2002)1-Rev.2015).

Recomendación (2017) 3 relativa a las sanciones y medidas aplicadas en la comunidad, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 22 de marzo de 2017. Esta última versión sustituye a las anteriores Rec (92) 16, relativa a las Reglas europeas sobre las sanciones y medidas aplicadas en la comunidad y la Rec (2000) 22, relativa a la mejora de la ejecución de las Reglas europeas sobre las sanciones y medidas aplicadas en la comunidad.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950, entrando en vigor el 3 de septiembre de 1953.

Convenio para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, de 26 de noviembre de 1987, entrando en vigor el 1 de febrero de 1989 (CPT/Inf/C (2002)1).

COMITÉ EUROPEO PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA Y DE LAS PENAS O TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES (CPT):

- Informe al Gobierno albanés del CPT sobre su visita a Albania llevada a cabo del 23 de mayo al 3 de junio de 2005, Estrasburgo 12 de julio de 2006 (CPT/Inf (2006) 24).
- Informe al Gobierno alemán del CPT sobre su visita a Alemania llevada a cabo del 20 de noviembre al 2 de diciembre de 2005, Estrasburgo 18 de abril de 2007 (CPT/Inf (2007) 18).
- Informe al Gobierno armenio del CPT sobre su visita a Armenia llevada a cabo del 10 al 21 de mayo de 2010, Estrasburgo 17 de agosto de 2011 CPT/Inf (2011) 24).
- Informe al Gobierno búlgaro del CPT sobre su visita a Bulgaria llevada a cabo del 18 al 29 de octubre de 2010, Estrasburgo 15 de marzo de 2012 (CPT/Inf (2012) 9).
- Informe al Gobierno finlandés del CPT sobre su visita a Finlandia llevada a cabo del 7 al 17 de junio de 1998, Estrasburgo 11 de mayo de 1999 (CPT/Inf (99) 9).
- Informe al Gobierno húngaro del CPT sobre su visita a Hungría llevada a cabo del 30 de enero al 1 de febrero de 2007, Estrasburgo 28 June 2007 (CPT/Inf (2007) 24).
 - Informe al Gobierno húngaro del CPT sobre su visita a Hungría llevada a cabo del 30 de marzo al 8 de abril de 2005, Estrasburgo 29 de junio de 2006 (CPT/Inf (2006) 20).
- Informe al Gobierno italiano del CPT sobre su visita a Italia llevada a cabo del 8 al 21 de abril de 2016, Estrasburgo 8 de septiembre de 2017 (CPT/Inf (2017) 23).
 - Informe al Gobierno italiano del CPT sobre su visita a Italia llevada a cabo del 14 al 26 de septiembre de 2008, Estrasburgo 20 de abril de 2010 (CPT/Inf (2010) 12).
- Informe al Gobierno lituano del CPT sobre su visita a Lituania llevada a cabo del 21 al 30 de abril de 2008, Estrasburgo 25 de junio de 2009 (CPT/Inf (2009) 22).
- Informe al Gobierno moldavo del CPT sobre su visita a Moldavia llevada a cabo del 1 al 10 de junio de 2011, Estrasburgo 12 de enero de 2012 (CPT/Inf (2012) 3).

- Informe al Gobierno polaco del CPT sobre su visita a Polonia llevada a cabo del 26 de noviembre al 8 de diciembre de 2009, Estrasburgo 12 de julio de 2011 (CPT/Inf (2011) 20)
- Informe al Gobierno británico del CPT sobre su visita a Reino Unido llevada a cabo del 18 de noviembre al 1 de diciembre de 2008, Estrasburgo, 8 de diciembre de 2009 (CPT/Inf (2009) 30).
 - Informe al Gobierno británico del CPT sobre su visita a Reino Unido llevada a cabo del 30 de marzo al 12 de abril de 2016, Estrasburgo 9 de abril de 2017 (CPT/Inf (2017) 9).
- Informe al Gobierno checo del CPT sobre su visita a República Checa llevada a cabo del 27 de marzo al 7 de abril de 2006 y del 21 al 24 de junio de 2006, Estrasburgo 12 de julio de 2007 (CPT/Inf (2007) 32).
- Informe al Gobierno Suizo del CPT sobre su visita a Suiza llevada a cabo del 10 al 20 de octubre de 2011, Estrasburgo 25 de octubre de 2012 (CPT/Inf (2012) 26).
- Informe al Gobierno ucraniano del CPT sobre su visita a Ucrania llevada a cabo del 1 al 10 de diciembre de 2012, Estrasburgo 5 de septiembre de 2013 (CPT/Inf (2013) 23).
- Informe sobre Actual/Real Life Sentences, Estrasburgo, 27 de junio de 2007 (CPT (2007) 55).
- 2º Informe General del CPT, Estrasburgo, 13 de abril de 1992 (CPT/Inf(92)3-part 2).
- 11º Informe General del CPT, Estrasburgo 3 de septiembre de 2001(CPT/Inf(2001)16-part).
- 25º Informe General del CPT, Estrasburgo abril de 2016 (CPT/Inf(2016)10-part)

COMISARIO EUROPEO PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Thomas Hammarberg.

- Informe sobre la visita a Alemania del 9 al 11 y del 15 al 20 de octubre de 2006, Estrasburgo, 11 de julio de 2007 (CommDH (2007)14).

IV. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

Reglas mínimas de la ONU para el tratamiento de los reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955 (y aprobadas por Resolución ECOSOC 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y Resolución ECOSOC 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977) y la versión actualizada el 17 de diciembre de 2015, Reglas Nelson Mandela (Resolución 70/175).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, entrando en vigor el 23 de marzo de 1976 (Resolución 2200A XXI).

Convenio contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984, entrando en vigor el 26 de junio de 1987 (Resolución 39/46) y el protocolo facultativo del Convenio, de 18 de diciembre 2002, entrando en vigor el 22 de junio de 2006 (Resolución A/RES/57/199)

Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión de 9 de diciembre de 1988 (Resolución 43/173).

Principios básicos para el tratamiento de reclusos, de 14 de diciembre de 1990 (Resolución 45/111).

Reglas Mínimas de ONU sobre medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio) de 14 de diciembre de 1990 (Resolución 45/110)

Convenio sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, entrando en vigor el 2 de septiembre de 1990 (Resolución 44/25).

Informe de Naciones Unidas sobre cadena perpetua, *Life Imprisonment*, Viena, 1994. (ST/CSDHA/24)

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma el 17 de julio de 1998, entrando en vigor el 1 de julio de 2002 (A/CONF.183/9) y las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional de 9 de septiembre de 2002.

Principios Básicos sobre la aplicación de programas de Justicia Restaurativa en materia penal, de 24 de julio de 2002 (Resolución 2002/2012).

SUBCOMITÉ DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA:

- Informe del Subcomité sobre su visita a Ucrania del 16 al 25 de mayo de 2011, Naciones Unidas, 16 de marzo de 2016 (CAT/OP/UKR/1)
 - Informe del Subcomité sobre la visita a Ucrania del 19 al 25 de mayo y del 5 al 9 de septiembre de 2016, Naciones Unidas, 18 de mayo de 2017 (CAT/OP/UKR/3)
- Reunión del grupo de expertos sobre las reglas mínimas para el tratamiento de reclusos del Subcomité en Buenos Aires, del 11 al 13 de diciembre de 2012, Naciones Unidas, 2 de diciembre de 2012 (UNODC/CCPCJ/EG.6/2012/INF/3)

V. UNIÓN EUROPEA

Decisión marco 2002/584/JAI, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros; y la Ley 23/2014 de reconocimiento mutuo de las resoluciones penales en la Unión Europea, de 20 de noviembre, que traspone la mencionada Decisión Marco al ordenamiento jurídico español.

Decisión Marco 2008/909/JAI, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea, de 27 noviembre de 2008.

Decisión Marco 2008/947/JAI, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas, de 27 de noviembre de 2008.