



Universidad
de Alcalá

***“EL IMPACTO DE LA PRISIÓN
PERMANENTE REVISABLE EN NUESTRA
REALIDAD JURÍDICA”***

**Máster Universitario en Acceso a la
Profesión de Abogado**

Trabajo de Fin de Máster

Realizado por:

Noemí San Martín Guardia

Tutelado por:

Esteban Mestre Delgado

*Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de
Alcalá*

Facultad de Derecho

Alcalá de Henares, abril de 2022



Universidad
de Alcalá

***“THE IMPACT OF THE REVIEWABLE
LIFE IMPRISONMENT ON OUR LEGAL
REALITY”***

**Máster Universitario en Acceso a la
Profesión de Abogado**

Tribunal de Calificación

Presidente:

Vocal 1:

Vocal 2:

Calificación:

Fecha:

Resumen: En el presente trabajo académico se estudia la figura más polémica de la gran reforma penal española del año 2015: la prisión permanente revisable. Primeramente, se hace un análisis jurídico completo de ella de conformidad con la legislación penal vigente, sin dejar de lado las figuras propias del Derecho penitenciario que resultaron notablemente afectadas y que han servido en gran medida para atentar contra el sistema de individualización científica que se había erigido en 1995. Posteriormente, se procede a estudiar las consecuencias jurídicas derivadas de la aplicación de esta institución desde la perspectiva del Derecho penal sustantivo, analizando para ello algunas de las sentencias en las que se ha condenado a esta pena indeterminada a diversos sujetos -muchos de los cuales han sido objeto del foco mediático por la brutalidad de sus crímenes- con la finalidad de poner en relieve los gravísimos problemas jurídicos que pasaron de ser el núcleo de multiplicidad de críticas teóricas por gran parte de la doctrina a ser verdaderos quebraderos de cabeza en la práctica para los operadores jurídicos en el curso de los procesos judiciales. Finalmente se hace una crítica a la controvertida decisión adoptada por el Pleno del Tribunal Constitucional (en adelante, TC), en la que se ha validado, desgraciadamente, esta condena perpetua, alegando que es proporcionada y que respeta los principios de reeducación y reinserción social.

Palabras claves: Análisis jurisprudencial. Asesinato hiperagravado. Ingeniería jurídica. Populismo punitivo. Prisión permanente revisable. Reinserción social.

Abstract: In this academic essay, the most controversial figure of the great Spanish Criminal reform of 2015 is studied: the reviewable life imprisonment. Firstly, a complete legal analysis of the subject is done in accordance with current criminal legislation, without neglecting the figures of Penitentiary Law that were notably affected and have also served in large part to attack the system of scientific individualization established in 1995. Subsequently, the legal consequences derived from the application of this institution are studied from the perspective of substantive Criminal Law, analyzing for this some of the court sentences in which several individuals have been condemned to this indeterminate imprisonment -many of whom have been in the media spotlight due to their brutal crimes- in order to highlight the very serious legal problems that went from being the core of a great deal of theoretical criticism by a large part of the doctrine to becoming real headaches in practice for legal practitioners in the course of judicial proceedings. Finally, a criticism is made of the controversial decision adopted by the Plenary of the Constitutional Court, which, unfortunately, has validated this life imprisonment by alleging that it is proportionated and respects the principles of re-education and social reintegration.

Keywords: Hypergraded murder. Jurisprudential analysis. Legal engineering. Punitive populism. Reviewable life imprisonment. Social reintegration.

Abreviaturas

- **AP**: Audiencia Provincial.
- **ATC**: Auto del Tribunal Constitucional.
- **CE**: Constitución española.
- **CEDH**: Convenio Europeo de Derechos Humanos.
- **CGPJ**: Consejo General del Poder Judicial.
- **CP**: Código Penal.
- **CPI**: Corte Penal Internacional.
- **JVP**: Juez de Vigilancia Penitenciaria.
- **LOGP**: Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.
- **LO 7/2003**: Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.
- **LO 1/2015**: Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- **RP**: Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.
- **SGIIPP**: Secretaría General de Instituciones Penitenciarias
- **STC**: Sentencia del Tribunal Constitucional.
- **STS**: Sentencia del Tribunal Supremo.
- **STSJ**: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
- **TC**: Tribunal Constitucional.
- **TEDH**: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- **TS**: Tribunal Supremo.
- **TSJ**: Tribunal Superior de Justicia.

Índice

I. INTRODUCCIÓN	6
II. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE EN LA ACTUAL LEGISLACIÓN PENAL DE ESPAÑA.....	8
1. Naturaleza jurídica.....	9
2. Contenido	11
3. Delitos por los que se impone.....	13
3.1. Asesinatos hiperagravados del artículo 140 del Código Penal.....	13
3.2. Supuestos especiales.....	17
4. Presupuestos judiciales de aplicación y determinación.....	20
4.1. Reglas de aplicación	20
4.2. Concursos posibles	22
5. La impactante repercusión de la prisión permanente revisable en determinadas figuras penitenciarias	27
5.1. Obtención de permisos de salida.....	29
5.2. Acceso al tercer grado de tratamiento penitenciario o régimen abierto.....	36
5.3. La revisión de la prisión permanente revisable como suspensión de la ejecución del resto de la pena. Comparativa con la libertad condicional para penas de prisión determinadas.....	41
III. ASPECTOS MÁS PROBLEMÁTICOS DE LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PENAL SUSTANTIVO	50
1. Incompatibilidad entre los artículos 139.1.1. ^a y 140.1.1. ^a del Código Penal por vulneración del principio <i>non bis in ídem</i> cuando concurre alevosía	52
2. Controversia entre los artículos 139.1.4. ^a y 140.1.2. ^a del Código Penal: vulneración del <i>non bis in ídem</i> cuando se perpetra un delito contra la libertad sexual de la víctima a la que se asesina para evitar que se descubra el delito previo. Problemática para probar esa específica finalidad en la muerte.....	69
3. Incongruencias penológicas entre el delito de homicidio agravado, el delito de asesinato y el delito de asesinato hiperagravado en función de si la víctima es menor de dieciséis años o no	76
4. Problemas penológicos por la inexistencia de un límite máximo en la pena de prisión permanente revisable	79

5. La desproporción de la pena a imponer al cómplice de un delito castigado con la pena de prisión permanente revisable	82
6. Dificultad en la apreciación de la tentativa en los delitos castigados con prisión permanente revisable	84
IV. EL CONTROVERTIDO ENCAJE CONSTITUCIONAL DE LA PENA DE PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE.....	86
1. ¿Qué ha proclamado nuestro Tribunal Constitucional?	86
1.1. Principio de prohibición de penas inhumanas y degradantes	87
1.2. Principio de proporcionalidad de las penas	88
1.3. Principio de resocialización	92
1.4. Argumentos de los magistrados disidentes del Tribunal Constitucional y del voto particular adicional	94
2. El inciso primero del artículo 25.2 de nuestra Constitución: el mandato clave que pone en jaque la constitucionalidad de esta polémica pena perpetua	96
V. CONCLUSIONES FINALES	100
VI. BIBLIOGRAFÍA EMPLEADA	106
VII. JURISPRUDENCIA ANALIZADA	112

I. INTRODUCCIÓN

La prisión permanente revisable, como figura punitiva que fue incluida en 2015 en nuestro ordenamiento jurídico penal y más propia de tiempos pretéritos que parecían haberse ya superado, se convirtió merecidamente en el foco del debate doctrinal y social en nuestro país hace ya más de un lustro. De hecho, fue tan controvertida que consiguió eclipsar los demás aspectos de la reforma penal de aquel entonces, que fue de una enorme magnitud, ya que fueron modificados más de doscientos preceptos e incluso se introdujeron nuevos tipos penales. Debido a su polémica irrupción, podemos afirmar que cumplió con creces su finalidad preventivo general, al no pasar en absoluto desapercibida entre los ciudadanos, quienes de forma generalizada empezaron a ser conscientes de que es la pena más grave a la que puede enfrentarse un individuo en España.

Así las cosas, esta pena consiguió cambiar drásticamente nuestro sistema penal, que en un principio estaba configurado en coherencia con nuestra normativa penitenciaria, para que ambas corrientes confluyesen hacia un mismo objetivo: la reeducación y reinserción social de los penados. Sin embargo, actualmente diversos preceptos del Código Penal (a partir de ahora, CP) atentan preocupantemente contra nuestra Constitución (en adelante, CE), pues, a mi juicio, conculcan el mandato constitucional consagrado en el artículo 25.2 así como el principio de legalidad establecido en el artículo 25.1, debido fundamentalmente a la imposibilidad real de que se pueda conseguir la reinserción del penado en la sociedad después de tantísimos años de encierro y debido también al carácter indeterminado de esta pena de prisión, que no permite saber *a priori* cuánto tiempo deberá permanecer en prisión el condenado a ella. Además, si a los negativos efectos psicológicos y sociales propios de los internamientos de larga duración le sumamos la aniquilación de toda esperanza de libertad y las duras circunstancias que suelen acompañarlos (lo que agrava las posibilidades de suicidio de los penados), tenemos como resultado una especie de tortura lenta y mutilación psíquica que colisionan frontalmente con el principio de humanidad de las penas¹. Y todo ello lo afirmo, sin perjuicio de que recientemente el TC en Pleno haya desestimado con argumentos ciertamente artificiosos el recurso de inconstitucionalidad que se presentó años atrás contra la regulación de esta nueva pena.

Por otro lado, la reforma penal del año 2015 afectó también notablemente a nuestro sistema penitenciario, porque la referida pena indeterminada presenta excesivos obstáculos para el disfrute de permisos de salida, para el acceso al tercer grado de tratamiento o para conseguir la libertad condicional a través de la suspensión de la ejecución de esta pena. Asimismo, al encajar la figura de la libertad condicional como una de las formas sustitutivas de ejecución de las penas privativas de libertad, se anuló su verdadera esencia, pues dejó de ser considerada como el cuarto grado de tratamiento penitenciario al que se podía acceder desde el tercer grado, según la vigente Ley Orgánica

¹ Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “Principio de humanidad y prisión perpetua”, en ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto (ed. lit.), LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (ed. lit.), PÉREZ MANZANO, Mercedes (ed. lit.), RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina (coord.), *Contra la cadena perpetua*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016, pp. 127-128.

1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (en lo siguiente, LOGP), que, por cierto, no sufrió modificaciones en su día y por eso choca de lleno con el CP actual².

Se ha intentado ofrecer una panorámica omnicomprendiva de esta polémica institución desde el mayor número de enfoques posibles -teniendo en cuenta las limitaciones propias de un trabajo de esta naturaleza-, buscando abordar no solo los problemas jurídicos existentes desde la perspectiva de Derecho penal sustantivo, sino también los derivados de la realidad práctica, a través de un análisis jurisprudencial que evidentemente está basado en casos reales de una crudeza extraordinaria por el tipo de delitos sangrientos cometidos. Y todo ello se ha hecho para poder constatar la multiplicidad de detalles que se escaparon del espectro intelectual del legislador y que dificultan la tarea de los operadores jurídicos a la hora de fundamentar la aplicación de determinados preceptos del CP sin que sea demasiado evidente que se están conculcando unos u otros principios penales, que inevitablemente resultan frágiles.

Aun con todo lo anterior, los problemas no finalizan en el ámbito del Derecho penal, que como ya se ha indicado, resulta en ciertos casos totalmente incompatible con el espíritu de las normas penitenciarias vigentes, sino que trascienden al ámbito del Derecho constitucional, poniendo en tela de juicio el valor real de nuestra CE, que parece haber quedado reducida a mero papel mojado, al haber sido despojada irremediabilmente de su esencia originaria. Pareciera que los derechos y libertades de los ciudadanos son cada vez más relativos y etéreos conforme los intereses políticos de turno van envenenando el propio sistema que les da la oportunidad de materializarse y que la ingeniería jurídica está utilizándose para hacer interpretaciones artificiosas y oportunistas de las distintas normas de nuestro ordenamiento jurídico, así como para crear otras que violan escandalosamente nuestros derechos y libertades constitucionales más básicos. Y todo ello se ha hecho sin miedo a ningún tipo de consecuencias, pues es algo notorio cómo los poderes legislativo y ejecutivo en la práctica son el mismo poder, y cómo las altas instancias del poder judicial están politizadas para proteger a los mismos que están convirtiendo nuestra democracia en una especie de oligarquía encubierta que no sirve al pueblo sino a unas élites económicas globalistas que operan a través de organismos supranacionales con oscuros intereses disfrazados con consignas multicolor de aspecto inofensivo.

Consecuentemente, las ideologías políticas que parecen enfrentarse salvajemente, están lideradas en realidad por actores políticos que en las sombras se reparten el poder y son buenos colegas que se dedican a hacer teatro para desviar la atención de las masas y para que nunca se den cuenta de quiénes son los verdaderos creadores de su sufrimiento y destructores de sus derechos y libertades. Con todo esto quiero dejar claro que este trabajo se ha hecho estrictamente desde el terreno de las ciencias jurídicas y que no quiero

² Cfr. GARCÍA VALDÉS, Carlos, “Sobre la prisión permanente revisable y sus consecuencias penitenciarias”, en ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto (ed. lit.), LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio (ed. lit.), PÉREZ MANZANO, Mercedes (ed. lit.), RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina (coord.), *Contra la cadena perpetua*, Ediciones de la Universidad de Castilla La-Mancha, Cuenca, 2016, p. 177.

que se encaje mi dura crítica a la figura de la prisión permanente revisable en el *pack* ideológico de ciertos partidos del espectro político español, con los que no comulgo en absoluto.

Así, la prisión permanente revisable no es más que una retrogradación más y una vuelta a los sistemas penales retributivos que parecían haberse quedado atrás. El ocaso del humanitarismo se vislumbra en el horizonte jurídico a través de la vergonzosa política actual a la que parecemos habernos acostumbrado, en un desolador panorama en el que ya nada parece tener valor en el contexto de una sociedad anestesiada, pues no olvidemos que hasta los más detestables y crueles criminales merecen un castigo orientado a la consecución de un cambio en su sistema de valores, que al menos, les haga ser conscientes del mal que han causado, para que no lo vuelvan a causar cuando vuelvan a vivir en sociedad. Porque si realmente lo único que se busca es que no vuelvan a delinquir, lo más coherente sería revisar los tratados internacionales, abrir un proceso constituyente, cambiar nuestra CE y volver a introducir la pena de muerte para casos más graves de asesinato, por ejemplo. Así se acabaría de raíz con el problema de la posible reincidencia y sería mucho más barato para nuestra Administración.

Ciertamente, intentar defender dos ideas contrapuestas es una tarea ardua y difícil. ¿Cómo se pueden defender los principios de reinserción social y de reeducación y a la vez estar a favor de la imposición de una pena indeterminada que pudiera perfectamente ser de por vida? Es paradójico como el propio nombre de “prisión permanente revisable” es un oxímoron en sí mismo. ¿Qué sentido tiene revisar una pena que está pensada para que sea permanente? Además, en palabras de DE LA CUESTA ARZAMENDI: «*La mera posibilidad de revisión no convierte, en efecto, a la prisión permanente en una pena compatible con el principio de humanidad: la revisibilidad no resuelve la incompatibilidad radical y de entrada de estas penas con el postulado de humanidad, sino que busca solo dar respuesta a la falta de necesidad preventivo especial (se supone que sobrevenida) de ejecución de la pena impuesta*»³.

II. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE EN LA ACTUAL LEGISLACIÓN PENAL DE ESPAÑA

En este capítulo se procede a realizar un amplio estudio jurídico de la pena de prisión permanente revisable y de todas sus implicaciones técnicas desde una perspectiva crítica, siendo muy conscientes de que esta nueva figura jurídica se erigió como la protagonista indiscutible de la reforma penal del año 2015, eclipsando a otros muchos e importantes cambios que fueron instaurados con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el CP y con la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el CP, en materia de delitos de terrorismo (LO 1/2015 y LO 2/2015).

En líneas generales, a modo de somera crítica a la última gran reforma penal en su conjunto, y a la figura de la prisión permanente revisable en particular, cabría destacar que dicha reforma está marcada por la elección de una política criminal basada en el

³ Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, *op. cit.* p. 131.

denominado “simbolismo” o “populismo punitivo”, que empezó a instaurarse hace casi veinte años con la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas (en adelante, LO 7/2003) que se convirtió en el prelude de la cadena perpetua en nuestro país tras la entrada en vigor del CP en el año 1995⁴ y que supuso el principio del ocaso del humanitarismo penal. Definitivamente la reforma del año 2015 fue más allá con respecto a las anteriores de 2003 y de 2010, endureciendo la pena privativa de libertad con tintes de autoritarismo con la inclusión de la pena de prisión permanente revisable, y lo hizo sin que fuese en absoluto necesario, pues en nuestro país la delincuencia no estaba creciendo por aquel entonces; de hecho, la tasa de delincuencia en España es una de las más bajas de Europa⁵.

Advertimos así cómo la política “de parches” trajo consigo múltiples modificaciones en la legislación penal de una manera irreflexiva en términos generales y no adaptando algunos preceptos a las novedades introducidas, contribuyendo a un mosaico de contradicciones, desajustes e incoherencias⁶. Dicha política criminal populista y de corte demagógico impera sin ningún tipo de pudor en nuestros días, pues es palpable el drástico cambio en el espíritu de nuestro Derecho penal, que pasó de aspirar a conseguir la resocialización de los penados a enaltecer en exceso la prevención general positiva y las penas retributivas; alejándose peligrosamente del artículo 25.2 de nuestra CE⁷. Consecuentemente, la decisión del legislador de incluir la pena de prisión permanente revisable en nuestro catálogo de penas se limitó en su día a recoger el sentimiento vindicativo de una gran parte de la sociedad española, sin haberse molestado siquiera en explicar y fundamentar públicamente que el endurecimiento del Derecho penal debería obedecer a razones de estricta necesidad ya que constituye la *ultima ratio* en el marco de un ordenamiento jurídico penal garantista como el nuestro⁸.

1. Naturaleza jurídica

La institución de la prisión permanente revisable no queda específicamente definida en el articulado de nuestro CP. Es una consecuencia jurídica que se ha

⁴ Antes de la reforma del 2003, el CP de 1995 establecía en su artículo 76 que el máximo tiempo de cumplimiento de la pena de prisión por la comisión de varios delitos era de treinta años en los supuestos más graves. Con la LO 7/2003 dicho plazo se amplió a los cuarenta años, lo que implicó la instauración de una especie de cadena perpetua *de facto* para ciertos casos, en el sentido de que algunos reos pudieran no salir con vida de la cárcel (pues no es igual empezar a cumplir una condena con veinte años que con cincuenta). Cfr. LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, “La pena de prisión en España tras las reformas de 2003 y los fines de la pena”, en *Revista del Ministerio Público de la Defensa (Argentina)*, n.º 4, 2008, p. 33. Disponible en: <https://rio.upo.es/xmlui/handle/10433/4804> [visitada el 9 de febrero de 2022].

⁵ Cfr. GALLEGO DÍAZ, Manuel, “La determinación de la pena en la reforma del Código penal de 2015”, en *La ley penal: revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 117, noviembre-diciembre de 2015, p. 15.

⁶ *Ibidem*, últ. *op. y loc. cit.*

⁷ Cfr. CÁMARA ARROYO, Sergio, “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*, n.º 116 septiembre-octubre de 2015, p. 2.

⁸ Cfr. CÁMARA ARROYO, Sergio y FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel, “La prisión permanente revisable: el ocaso del humanitarismo penal y penitenciario”, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016 p. 98.

positivizado sin efectuar una revisión del sistema de penas⁹. En el artículo 33.2 del CP se clasifica la pena de prisión permanente revisable como una sanción grave, de modo análogo a las penas de prisión superiores a cinco años, lo cual es una barbaridad, teniendo en cuenta que son penas totalmente diferentes tanto cuantitativa como cualitativamente, debido fundamentalmente al carácter indeterminado de la pena de prisión permanente. A causa de la distinta naturaleza de ambas penas, podemos afirmar que habría sido necesaria una regulación más adecuada y rigurosa de esta pena perpetua, puesto que lo que se hizo con la última reforma penal es más parecido a un reglamento penitenciario que a una ley orgánica penal que se encargue de garantizar los derechos fundamentales de quienes tuvieran que cumplir esta pena¹⁰.

Por otro lado, en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, únicamente se expresa que se trata de una nueva pena privativa de libertad de carácter grave que está pensada para imponerse en supuestos de excepcional gravedad. No obstante, nos indica a continuación que su verdadera naturaleza es la de una pena de prisión de duración indeterminada, sujeta eso sí, a un régimen de revisión de carácter excepcional, por lo que se puede concluir que en la práctica puede perfectamente convertirse en una pena a perpetuidad¹¹. En este sentido, podemos determinar que esta pena consta de dos partes; una de larga duración y de cumplimiento obligatorio, que responde a motivaciones estrictamente retributivas y de prevención general positiva; y otra de duración indeterminada pero sujeta a un procedimiento de revisión que posibilita -si es que se cumplen todos sus requisitos- suspender la ejecución de la condena mediante la concesión de la libertad condicional, y transcurrido el período de suspensión, proceder a la remisión de la pena¹². Como ha expresado MESTRE DELGADO: *«estamos recorriendo ya la peligrosa senda que conduce a las sentencias indeterminadas, de duración imprevisible y finalización arbitraria que son extrañas tanto a nuestra tradición histórica [...], como a los principios de seguridad jurídica irrenunciables en un ordenamiento penal democrático»*¹³.

⁹ Cfr. TAMARIT SUMALLA, Josep María, “La prisión permanente revisable”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 96.

¹⁰ Cfr. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, “Prisión perpetua y de larga duración. Régimen jurídico de la prisión permanente revisable”, 1.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp.183-184.

¹¹ Cfr. FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis y NISTAL BURÓN, Javier, “Derecho penitenciario”, 3.ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 72. Lo mismo concluye CARBONELL MATEU, Juan Carlos, “Prisión permanente revisable I (artículos 33 y 35)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dir.), MATELLÍN EVANGELIO, Ángela (coord.), GÓRRIZ ROYO, ELENA (coord.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 213, quien opina que esta pena, *«se presente como se presente, es una cadena perpetua»*.

¹² Cfr. LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, “Más motivos para derogar la prisión permanente revisable”, en *Revista Electrónica de ciencia penal y criminología*, n.º 20, 2018, p. 8. De igual manera, CASALS FERNÁNDEZ, Ángela, “La prisión permanente revisable”, *Derecho penal y procesal penal, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado*, Imprenta Nacional de la Agencia Estatal, Madrid, abril de 2019, p. 7.

¹³ Cfr. MESTRE DELGADO, Esteban, “La senda de las sentencias indeterminadas”, en *La ley penal: revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 96-97, 2012, p. 181.

Además, en el catálogo de penas de nuestro CP se recoge la prisión permanente revisable no como una forma de prisión, sino como una pena privativa de libertad más, incluida en el artículo 35 autónomamente¹⁴, el cual indica que:

«Son penas privativas de libertad la prisión permanente revisable, la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las leyes y en este Código».

Por su parte, TÉLLEZ AGUILERA opina que: *«la LO 1/2015, de reforma del CP, siguiendo los vientos penológicos procedentes de diversos países europeos, ha “introducido” en nuestro ordenamiento punitivo una forma low cost de cadena perpetua conocida con el tautológico nombre de prisión permanente revisable, nomen iuris con el que el legislador ha querido en todo momento eludir la utilización del sustantivo “cadena” y del adjetivo “perpetua”, pero que en el fondo no hace sino revitalizar una vieja institución bien conocida por los estudiosos del Derecho penal [...]»*¹⁵.

En consecuencia, en el CP no se define claramente esta gravísima pena ni se establece un contenido distinto al de la pena de prisión convencional, limitándose el legislador a incluir en este texto un régimen penitenciario específico para los condenados a ella¹⁶. Esto demuestra un cambio radical con respecto a la anterior tendencia, que estaba marcada por una regulación específica de la ejecución de la pena de prisión por la legislación penitenciaria, y residual por el CP, dado que los artículos 36 y 92 del CP contemplan los aspectos más importantes de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable¹⁷.

2. Contenido

Ciertamente, el artículo 36 del CP contiene una regulación sumamente caótica de la prisión permanente revisable. Se puede advertir la pésima técnica de sistematización empleada a través del análisis de los distintos artículos que regulan esta polémica figura, lo cual es algo muy preocupante teniendo en cuenta la naturaleza tan restrictiva de derechos fundamentales de la misma.

En el primer apartado del referido precepto se hace una remisión al artículo 92 del CP, relativa a la revisión de la pena de prisión permanente revisable, en vez de empezar

¹⁴ Cfr. LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, “Más motivos para derogar...”, *op. cit.*, p. 8. De igual manera, CASALS FERNÁNDEZ, Ángela, “La prisión permanente revisable”, *Derecho penal y procesal penal, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado*, Imprenta Nacional de la Agencia Estatal, Madrid, abril de 2019, p. 133.

¹⁵ Cfr. TÉLLEZ AGUILERA, Abel, “Estudios monográficos sobre la Ley Orgánica 1/2015. El libro primero del Código Penal tras la Ley Orgánica 1/2015”, en *La ley penal: revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 114, mayo-junio de 2015, p. 5.

¹⁶ Cfr. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, “Prisión permanente revisable II (artículo 36)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dir.), “Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, 2.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 225.

¹⁷ Cfr. CÁMARA ARROYO, Sergio, “La más criminal de las políticas...”, *op. cit.*, p. 2.

por la definición de esta gravísima condena, delimitando adecuadamente su contenido y los plazos en que se ha de revisar. A lo que sí que se hace referencia es a los plazos para la clasificación en el tercer grado de tratamiento penitenciario y para la obtención de permisos de salida, lo cual pone de manifiesto que la pena de prisión permanente revisable consiste básicamente en la restricción de derechos penitenciarios¹⁸.

En el segundo apartado del artículo 36 del CP se fijan los límites de la pena de prisión y se regula el período de seguridad de la pena impuesta en relación con la clasificación del penado en el tercer grado, añadiendo los límites de la pena de prisión, que previamente se recogían en el apartado primero¹⁹.

En el tercer apartado se prevé la posibilidad de que se acuerde la progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario por motivos humanitarios y de dignidad personal de penados enfermos muy graves con padecimientos incurables y de los septuagenarios, valorando para ello su escasa peligrosidad²⁰.

Debido a la desordenada técnica legislativa y para poder tener una visión panorámica de todas las características de la pena de prisión permanente revisable, es apropiado hacer una sistematización esquemática de los preceptos del CP que la regulan:

-Definición (artículos 33 y 35).

-Clasificación en el tercer grado de tratamiento (artículo 36.1). En supuestos concursales (artículo 78 bis 1). Por motivos humanitarios (artículo 36.3).

-Obtención de permisos de salida (artículo 36.1).

-Requisitos generales de la suspensión de la ejecución (artículo 92.1). Requisitos específicos para supuestos de terrorismo (artículo 92.2). En supuestos concursales (artículo 78 bis 2). Por motivos humanitarios (artículo 91).

-Procedimiento (artículo 92.3). Remisiones a criterios de suspensión (artículo 80.1), a imposición de prohibiciones y deberes (artículo 83 y 92.3), a causas de revocación por el tribunal sentenciador (artículo 86) y a remisión de la pena (artículo 87).

-Revocación de la suspensión de la ejecución del resto de la pena (artículo 92.3).

-Verificación periódica de la revisión (artículo 92.4).

De lo anterior se puede apreciar una sistematización de mala calidad, que dificulta la búsqueda de los preceptos relacionados con la prisión permanente revisable, ya que los mismos se encuentran diseminados de forma un tanto arbitraria. Además, podemos concluir que la regulación de esta figura jurídica se centra en esencia en tres aspectos: establecer plazos de acceso al tercer grado y de concesión de permisos de salida; regular

¹⁸ Cfr. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, “Prisión perpetua y de larga duración...”, *op. cit.*, p. 185.

¹⁹ *Ibidem*, últ. *op. y loc. cit.*

²⁰ *Ibidem*, últ. *op. y loc. cit.*

el procedimiento para su revisión; y diferenciar los plazos específicos de todo ello en supuestos de concurso de delitos y en supuestos de terrorismo²¹.

3. Delitos por los que se impone

Los hechos delictivos que tienen aparejada la pena de prisión permanente revisable son los que el legislador ha considerado más graves y deleznable. Por un lado, tenemos las circunstancias hipercualificadas del artículo 140.1 del CP, entre las que se encuentran: el asesinato de un menor de dieciséis años o de persona especialmente vulnerable por su enfermedad o discapacidad física o mental; el asesinato subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima; y el asesinato cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal. En el apartado 2 del artículo 140 se prevé la pena de prisión permanente revisable para el sujeto que hubiera perpetrado más de dos asesinatos. Por otro lado encontramos otros supuestos especiales que el legislador consideró dignos de ser castigados con la más grave de las penas: dar muerte al Rey o a la Reina o al Príncipe o Princesa de Asturias (artículo 485.1); causar la muerte como consecuencia de un delito de terrorismo (artículo 573 bis); matar a un Jefe de Estado extranjero o a otra persona internacionalmente protegida por un Tratado que se encuentre en España (artículo 605.1); y matar, agredir sexualmente o producir lesiones graves a una persona en delitos de genocidio y crímenes de lesa humanidad (artículo 607.1 y 607 bis 1, respectivamente).

3.1. Asesinatos hiperagravados del artículo 140 del Código Penal

La prisión permanente revisable se prevé para diversos casos de asesinato hiperagravado, lo cual implica que, aparte de tener que darse alguna de las circunstancias previstas en el artículo 140.1 y 2 del CP, la muerte ha de poder clasificarse previamente como asesinato de conformidad con el artículo 139.1 del CP, que estipula:

«1. Será castigado con la pena de prisión de quince a veinticinco años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

1.ª Con alevosía.

2.ª Por precio, recompensa o promesa.

3.ª Con ensañamiento, aumentado deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido.

4.ª Para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra.

2. Cuando, en un asesinato concurran más de una de las circunstancias previstas en el apartado interior, se impondrá la pena en su mitad superior».

a) El primer supuesto de asesinato hiperagravado castigado con la pena de prisión permanente revisable se da cuando *«la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad»*. Circunstancias que se prevén igualmente como cualificación del delito de

²¹ Cfr. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, “Prisión perpetua y de larga duración...”, *op. cit.*, pp. 185-186.

homicidio (artículo 138.2. a) del CP. Pues bien, parte de la doctrina ha criticado que se equiparen multiplicidad de casos muy diferentes entre sí -piénsese por ejemplo el supuesto en que la víctima sea un chico de quince años, un sujeto que padece una profunda oligofrenia u otro que está inmóvil debido a su condición física²²- o el hecho de que se haya fijado el límite de edad en dieciséis años sin ningún tipo de explicación al respecto²³.

b) La segunda circunstancia que se prevé es que «*el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima*» (artículo 140.1.2.^a del CP). Primero de todo, no se sabe cuál es el fundamento de política criminal que llevó al legislador a considerar más grave el asesinato cuando se ejecuta con posterioridad a un delito contra la libertad sexual y no contra otros bienes jurídicos protegidos eminentemente personales, como podrían ser, por ejemplo, la libertad, la intimidad o la integridad moral²⁴. Por otro lado, al establecer la pena de prisión permanente revisable para los casos en los que se comete un asesinato subsiguiente a un delito contra la libertad sexual de la víctima, no se hace distinción penológica alguna entre el delito de agresión sexual y el de abusos sexuales, ni se tiene en cuenta tampoco si hay o no penetración, puesto que ambos delitos pueden cometerse de una u otra forma. Eso sí, según mi propio criterio, el legislador descartó intencionadamente los delitos contra la indemnidad sexual, que son aquellos cometidos contra menores de dieciséis años -ya que el consentimiento sexual de estos se considera inválido si la persona con la que mantienen relaciones sexuales es mayor de edad y existe un gran desnivel de madurez intelectual entre ambos²⁵-, y esta exclusión expresa se hizo porque ya se castiga especialmente el asesinato contra persona menor de dieciséis años en la circunstancia 1.^a del mismo artículo 140.1 del CP.

Por otra parte, cuando el asesinato sea subsiguiente a un delito contra la libertad sexual de la víctima, se pueden producir problemas cuando haya que establecer el concurso de leyes entre esta circunstancia 2.^a del artículo 140.1 del CP y la del artículo 139.1.4.^a del CP; que califica como asesinato el homicidio cometido para facilitar la

²² En este sentido se pronuncia, en relación con el homicidio cualificado, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, “Del homicidio y sus formas (artículos 138 y siguientes)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, (dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2.^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 469.

²³ Cfr. MUÑOZ RUIZ, Josefa, “Capítulo undécimo. Delitos contra la vida y la integridad física”, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 356.

²⁴ También critican este extremo DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto, “La prisión permanente revisable. Principales argumentos en contra de su incorporación al acervo punitivo español”, *Revista de Derecho penal y criminología*, n.º 10, julio de 2013, p. 75, GOYENA HUERTA, Jaime, “Artículo 139, artículo 140, artículo 140 bis y artículo 141”, en GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo II. Los delitos contra las personas. Artículos 138-233*, 1.^a edición, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 63 o MORALES PRATS, Fermín, “Artículo 138, artículo 139 y artículo 140”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), MORALES PRATS, Fermín (coord.), *Comentarios al Código Penal español. Tomo I. Artículos 1 a 233*, 7.^a edición, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 963.

²⁵ En este sentido, el artículo 183 quáter del CP contiene una excusa absolutoria a este respecto y dispone que: «*El consentimiento libre del menor de dieciséis años, excepto en los casos del artículo 183.2 del Código Penal, excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica*».

comisión de otro delito o para evitar que se descubra²⁶. Además, también puede darse un concurso real de delitos; por un lado, el asesinato hipercualificado del artículo 140.1.2.^a del CP, y por otro, el delito contra la libertad sexual perpetrado, tal y como explica LÓPEZ PEREGRÍN: «*lo más probable es que se entienda que la cualificación de la muerte por ser subsiguiente a un delito sexual no da lugar a un concurso de leyes con dicho delito sexual, sino a un concurso de delitos real*»²⁷.

En cuanto a la interpretación del adjetivo “subsiguiente”, hay autores que defienden que ha de hacerse una interpretación restrictiva, pues entienden que el asesinato debe ejecutarse de forma inmediatamente posterior al delito sexual, en la línea que fijó la SAP de Sevilla 759/2017, de 6 de junio²⁸, en el brutal caso del “violador del Parque de María Luisa”, que dejó fuera del alcance del tipo de asesinato hiperagravado la muerte producida durante la comisión del delito de agresión sexual (violación). No tiene ningún sentido que alguien que asesina a su víctima con ensañamiento después de haberla agredido sexualmente merezca la pena de prisión permanente revisable, pero alguien que la ejecuta con ensañamiento mientras la agrede sexualmente no²⁹. Sin embargo, lo cierto es que la víctima murió dos o tres horas después de sufrir la brutal y perversa agresión sexual, lo que provocó que se desangrara debido a los gravísimos desgarros internos que tenía; es decir, un solo hecho dio lugar a dos delitos distintos (uno contra la libertad sexual y otro contra la vida), lo que explica que el Tribunal Supremo (en lo siguiente, TS) aplicase con buen criterio el artículo 77.1 del CP; cerrando la puerta así al asesinato hipercualificado.

c) El asesinato cometido «*por quien perteneciere a un grupo u organización criminal*»³⁰ es la circunstancia cualificante prevista en el artículo 140.1.3.^a del CP que

²⁶ Cfr. CÁMARA ARROYO, Sergio, “Crónica y crítica...”, *op. cit.*, p. 266.

²⁷ Cfr. LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, “Más motivos para derogar...”, *op. cit.*, p. 12.

²⁸ En este sórdido caso, el Ministerio Fiscal calificó los hechos como un delito de asesinato hiperagravado del artículo 140.1.2.^a del CP y pidió que se impusiera la pena de prisión permanente revisable, pero la AP no aplicó tal precepto porque entendió que no podía considerarse subsiguiente una muerte que, de acuerdo con la autopsia, se produjo dos o tres horas después de la agresión sexual. La citada sentencia fue confirmada por el TSJ de Andalucía, Ceuta y Melilla, en su STSJ 63/2017, de 12 de diciembre, que desestimó los recursos que se habían interpuesto contra la misma. En dicha sentencia se afirma que: «[...]el mencionado precepto debe ser interpretado restrictivamente, no permitiendo el término “subsiguiente” una interpretación muy extensiva, de tal manera que solo sería de aplicación en el caso de existir un único proyecto criminal pluriofensivo que abarque la secuencia de un delito contra la libertad sexual y un asesinato [...]». Lo que entendía el TSJ es que el término “subsiguiente” no debe entenderse desde un punto de vista temporal (como se explicó en la SAP de Sevilla) sino desde la perspectiva de la pertenencia a un mismo plan criminal. Así, en la STSJ, se explica que el artículo 140.1.2.^a del CP se ha de aplicar «*siempre que el hecho típico constitutivo del asesinato se cometa no de forma coetánea, sino sucesiva a la consumación del delito contra la libertad sexual*». Así que finalmente impuso un delito de agresión sexual (violación) en concurso real con un delito de asesinato (y aunque la suma de las penas impuestas ascendía a los treinta y nueve años, el límite legal es de treinta). Sin embargo, esta última sentencia también fue recurrida en casación, y finalmente el TS entendió que se había producido un delito de agresión sexual en concurso ideal con un delito de asesinato, calificación que bajó la pena hasta los veinticinco años de prisión (STS 3486/2018, de 17 de octubre).

²⁹ Cfr. LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, *últ. op. y loc. cit.*

³⁰ Los conceptos jurídicos de organización y de grupo criminal vienen definidos en el CP: artículos 570 bis 1 y 570 ter 1, respectivamente.

convierte el asesinato en hiperagravado, lo que conlleva también la pena de prisión permanente revisable.

Primeramente, es criticable el hecho de que se equiparen grupo y organización criminal a efectos penológicos, cuando las penas que se imponen a los delitos relativos a estas entidades criminales no son las mismas, según se puede comprobar en los artículos 570 bis y siguientes del CP. Además, el propio legislador encargado de efectuar la reforma de 2015 era consciente de estas diferencias, puesto que en la ejecución de la pena de prisión permanente revisable se aplica a veces un régimen más severo a los condenados por delitos terroristas o cometidos en el seno de organizaciones criminales y se excluye de dicho régimen a los grupos criminales, como veremos más adelante³¹.

Otra crítica que ha de hacerse surge de la mención expresa del legislador a los asesinatos cometidos por quienes pertenecen a una organización o grupo criminal, que tiene como consecuencia la producción de un concurso de normas con el artículo 570 bis del CP, o bien con el artículo 570 ter del CP, de modo que no se podrá castigar el referido comportamiento de forma autónoma, puesto que ello conculcaría el principio *non bis in idem*. Por lo tanto, para evitar una doble sanción de la misma conducta únicamente se podría sancionar el subtipo hiperagravado de asesinato con la pena de prisión permanente revisable, quedando absorbido el delito de pertenencia o dirección de un grupo u organización criminal³².

Por otro lado, la literalidad del artículo 140.1.3.^a del CP suscita la duda de si la muerte debe estar o no directamente relacionada con la propia actividad delictiva del grupo u organización criminal para poder aplicar el asesinato hiperagravado. Aunque lo más lógico y apropiado sería pensar que sí debe existir tal relación, porque no tendría sentido aplicar esta circunstancia hipercualificante a alguien que, por ejemplo, perteneciera a un grupo criminal dedicado a cometer delitos de hurto en el metro, por haber asesinado al amante de su pareja, pues decaería el fundamento de la agravación, tal y como sostiene parte de la doctrina³³.

d) El último supuesto de asesinato hipercualificado previsto en el artículo 140.2 del CP contiene la introducción de una modalidad agravada de asesinato múltiple, muy inusual en el espectro criminológico español; el *serial killer* o asesino en serie. De modo

³¹ Cfr. LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, “Más motivos para derogar...”, *op. cit.*, p. 13.

³² Cfr. CÁMARA ARROYO, Sergio, “Crónica y crítica...”, *op. cit.*, pp. 266-267; en la misma línea, MORALES PRATS, Fermín, *op. cit.*, p. 964, así como LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, “Más motivos para derogar...”, *op. cit.*, p. 13, que explica que, aunque la mera pertenencia a cualquiera de estas entidades criminales constituye delito, este queda desplazado por el asesinato hipercualificado, pues existe un concurso de leyes y se aplica el principio de consunción o absorción (circunstancia 3.^a del artículo 8 del CP).

³³ Cfr. 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*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 324; en el mismo sentido, LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, “Más motivos para derogar...”, *op. cit.*, p. 13. No obstante, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *op. cit.*, p. 473, sostiene que, con la vigente redacción legal, la aplicación del tipo cualificado es automática, aunque no haya relación entre ambos delitos (eso sí, en referencia al delito de homicidio cualificado).

que se impondrá la más grave de las penas de prisión: «*Al reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas*».

Lo cierto es que este precepto está redactado en términos vagos y ante esta imprecisión legislativa hay una parte de la doctrina que opta por hacer una interpretación restrictiva del mismo y afirma que este supuesto se refiere al caso en el que se juzgan tres o más muertes simultáneamente en un mismo proceso judicial, de manera que exista un concurso real³⁴. Sin embargo, otro sector doctrinal sostiene que, según la propia dicción literal del artículo 140.2 del CP, el precepto se refiere a que en el momento en que se esté juzgando al reo por asesinato, este ya tenga varias condenas a sus espaldas por delitos contra la vida cometidos contra tres o más personas, lo que convertiría a este apartado en una circunstancia hiperagravante especial de multirreincidencia³⁵. El propio legislador, a pesar de que sí hizo referencia a los «*asesinatos reiterados o cometidos en serie*» en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, no hizo referencia alguna a si las muertes ejecutadas debían haber sido juzgadas previamente o no³⁶.

Nótese que en el artículo 140.2 del CP no se especifica si las muertes se han cometido como homicidios o como asesinatos y de poder aplicarse también para el caso de homicidios, tendríamos una gravísima falta de sistemática legislativa³⁷, pero no parece que sea el caso, pues, de conformidad con la referida Exposición de Motivos, el legislador utiliza específicamente la palabra “asesinatos”. Sin embargo, aunque no existiese esa sutil pista del legislador, ante una pena tan sumamente grave como es la prisión permanente revisable, lo apropiado sería hacer una interpretación restrictiva del precepto ante la duda y entender que solo es aplicable en el caso de delitos de asesinato, como defienden numerosos autores³⁸.

3.2. Supuestos especiales

a) También está prevista la pena de prisión permanente revisable para los delitos de terrorismo cuando se cause la muerte de una persona, de acuerdo con el artículo 573 bis 1.1.^a del CP, aunque de forma un tanto extraña³⁹ se alude a esta pena como «*prisión*

³⁴ Así lo entienden, DEL CARPIO DELGADO, Juana: “La pena de prisión permanente en el Anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal”, en *Diario la ley*, n.º 8004, enero de 2013, pp. 1282-1283; SIERRA LÓPEZ, María del Valle, *op. cit.*, p. 63; LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, “Más motivos para derogar...”, *op. cit.*, p.13; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *op. cit.*, pp. 482-483; y MORALES PRATS, Fermín, *op. cit.*, p. 988.

³⁵ En este sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco (con la colaboración de LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen), “Derecho penal. Parte especial”, 21.^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, septiembre de 2017, pp. 56-57. Este autor explica que, si se da por válida esta interpretación hay que tener en cuenta que no puede aplicarse a este supuesto la circunstancia agravante de reincidencia ni la de multirreincidencia.

³⁶ Cfr. GOYENA HUERTA, Jaime, *op. cit.*, p. 63, quien considera que, de conformidad con la Exposición de Motivos, debe interpretarse el artículo 140.2 del CP para casos de concurso real de delitos.

³⁷ Cfr. CÁMARA ARROYO, Sergio, “Crónica y crítica...”, *op. cit.*, p. 267.

³⁸ Cfr. NISTAL BURÓN, Javier, “Régimen diferenciado de ejecución penal según el tipo delictivo. Modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/2015, de reforma del Código Penal”, en *Diario la ley*, n.º 8668, 2015, p. 1802; LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, “Más motivos para derogar...”, *op. cit.*, p.15; MORALES PRATS, Fermín, *op. cit.*, p. 988; o SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *op. cit.*, p. 483.

³⁹ Esta alusión fue la fórmula de consenso empleada para que el PSOE respaldara la LO 2/2015 sin avalar la prisión permanente revisable.

por el tiempo máximo previsto en este Código»⁴⁰. Ahora bien, si alguien que pertenezca a un grupo u organización criminal comete un delito de asesinato, el artículo 140.1.3.^a del CP, como ya hemos visto, prevé una circunstancia hipercualificante para ese caso, si bien es cierto, que cuando se trata de delitos de terrorismo individual (el típico terrorista conocido como “lobo solitario”), dicha posibilidad no la abarca el artículo 140 del CP. Es por ello, por lo que el legislador decidió introducir esta pena en el artículo específico de esta modalidad delictiva. En este sentido, es importante hacer una matización con respecto al artículo 140.1.3.^a del CP, que requiere para su aplicación que previamente se haya cometido un delito de asesinato, puesto que el artículo 573 bis 1.1.^a del CP es aplicable también en el caso de que se produzcan homicidios dolosos con fines terroristas⁴¹.

No obstante, teniendo en cuenta la situación actual de la organización terrorista ETA, que tantísimas muertes causó en nuestro país, pero que está inactiva en la actualidad, así como la naturaleza del terrorismo de corte yihadista que se perpetró en gran medida a través de sujetos dispuestos a sacrificarse con tal de cumplir sus fanáticos objetivos, la prisión permanente revisable no parece que vaya a poder aplicarse en muchos casos así, aunque ciertamente, es coherente que el legislador incluyese estas modalidades delictivas en catálogo de delitos castigados con la más grave de las penas⁴².

b) En lo relativo a los delitos contra la Corona, de los apartados primero y segundo del artículo 485 del CP, debemos puntualizar que el tratamiento penológico para los sujetos activos de estos delitos es diverso, ya que solo la muerte del Rey, Reina, Príncipe o Princesa de Asturias tendrá como consecuencia la imposición de la pena de prisión permanente revisable. Esta protección especial a la Jefatura del Estado y a sus legítimos herederos directos, parece tener un mero carácter simbólico que únicamente pretende impulsar una política criminal basada en la prevención general. Además, este artículo introduce en su apartado tercero una decisión legislativa bastante cuestionable, puesto que impone la bajada de la pena en un grado para el caso de que el delito se cometa en grado de tentativa, sin dejar margen de maniobra para bajar la pena en dos grados en caso de que la tentativa fuese inacabada, de conformidad con el artículo 62 del CP⁴³.

c) Por otro lado, respecto a los delitos contra la Comunidad Internacional, el artículo 605.1 del CP impone la pena de prisión permanente revisable para quien matare a un Jefe de Estado extranjero o a una persona internacionalmente protegida por un

⁴⁰ Cfr. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, Eva María, “El nuevo sistema de penas a la luz de las últimas reformas”, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 155, quien considera que el legislador se refiere a la pena de prisión de treinta años, que es la pena máxima de prisión prevista en nuestro CP para un delito único. No obstante, LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, “Más motivos para derogar...”, *op. cit.*, p. 15 defiende que la interpretación histórica y teleológica lleva a pensar que ese precepto se está refiriendo a la prisión permanente revisable.

⁴¹ Cfr. LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, “Más motivos para derogar...”, *op. cit.*, p.15.

⁴² Cfr. CANO PAÑOS, Miguel Ángel, “La reforma de los delitos de terrorismo”, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 920.

⁴³ Cfr. CÁMARA ARROYO, Sergio, “Crónica y crítica...”, *op. cit.*, p. 267.

Tratado que se hallase en España, suprimiendo la previsión precedente para determinar la pena en el caso de que concurrieran circunstancias agravantes⁴⁴.

d) Por último, en el caso del delito de genocidio, únicamente recalcar que lo contenido en los párrafos primero y segundo del artículo 607.1 del CP, es una orden para que los jueces y tribunales impongan de forma preceptiva la pena de prisión permanente revisable, entrando así en confrontación con las previsiones punitivas internacionales, que dejaban una amplia discrecionalidad, tal y como se puede observar en el artículo 77.1 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en lo siguiente, CPI)⁴⁵, que indica que solo podrá imponerse dicha sanción cuando quede justificada la extrema gravedad del crimen y así lo aconsejen las circunstancias del condenado. Este precepto obvia el principio de proporcionalidad de las penas, pues establece el mismo castigo ante delitos y situaciones totalmente distintas⁴⁶. Curiosamente tal proporcionalidad sí que ha sido respetada en los delitos de lesa humanidad (artículo 607 bis 2.1.º del CP), pues únicamente se impone la prisión permanente revisable para las conductas más graves de homicidio y asesinato⁴⁷.

Para concluir con el tema de los supuestos especiales, simplemente se debe puntualizar que, aunque la gravedad de estos hechos delictivos es altísima, no son delitos que generen una gran alarma social, puesto que están previstos para situaciones excepcionales. La extensión de la pena de prisión permanente revisable a estos delitos se hizo con el objetivo de que existiese una coherencia punitiva en nuestro CP, si bien es cierto que otros autores han ido aún más allá al criticar este extremo, afirmando que esta extensión se hizo para intentar dar legitimidad a esta decisión y que no pareciera que la pena de prisión permanente revisable se trataba de una pena *ad hoc*, puesto que la misma se incluyó en nuestro CP para castigar los delitos que más rechazo social generan, como los asesinatos y los delitos de terrorismo⁴⁸. Personalmente difiero en este punto, pues me parece que la intención del legislador fue mucho más metódica, ya que en ningún momento se trató de ocultar que la pena estaba prevista para un puñado de delitos específicos especialmente graves.

⁴⁴ Cfr. CÁMARA ARROYO, Sergio, “Crónica y crítica...”, *op. cit.*, p. 268.

⁴⁵ El artículo 77.1 del Estatuto de la CPI establece: «La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto, una de las penas siguientes: a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de treinta años, o b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado».

⁴⁶ El artículo 607.1 del CP dispone: «Los que, con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes, perpetraren alguno de los actos siguientes serán castigados:

1.º Con la pena de prisión permanente revisable, si mataran a alguno de sus miembros.

2.º Con la pena de prisión permanente revisable, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 149.

[...]».

⁴⁷ Cfr. DEL CARPIO DELGADO, Juana, *op. cit.*, pp. 6-7.

⁴⁸ Cfr. ACALE SÁNCHEZ, María, “Apuntes sobre la inconstitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable desde la perspectiva del Derecho penitenciario”, en ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto (ed. lit.), LASCURAÍN SÁNCHEZ (ed. lit.), PÉREZ MANZANO, Mercedes (ed.), RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina (coord.), *Contra la cadena perpetua*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016, p. 164.

4. Presupuestos judiciales de aplicación y determinación

La determinación de la pena es una de las tareas más complejas para los operadores jurídicos en el ámbito penal, y, sobre todo, para los jueces y tribunales. Básicamente consiste en transformar una pena imponible, que es la pena en abstracto que recoge cada tipo delictivo en el CP, en una pena concreta, que es la que le corresponde al responsable de un hecho delictivo determinado, y todo ello respetando el principio de proporcionalidad, de manera que ha de haber concordancia entre los hechos efectivamente cometidos y las circunstancias personales del reo con la pena impuesta. Para poder realizar esto debe atenderse a multitud de factores concretados en las reglas de determinación de la pena, que deben ser tenidas en cuenta por los jueces y tribunales a la hora de imponer las sanciones penales.

La motivación a la hora de proceder a la individualización de la pena constituye una exigencia de vital importancia a los jueces y tribunales para que fundamenten, de modo totalmente comprensible para que no haya resquicio alguno de arbitrariedad, por qué deciden imponer una concreta pena y no otra, y deben hacerlo, evidentemente, dentro de los límites establecidos por las reglas de determinación de la pena, las cuales están reguladas en el Capítulo II, titulado: «*De aplicación de las penas*», integrado en el Título III del Libro II del CP (artículos 61 a 79). El artículo 70 del CP explica detalladamente la manera en que deben hacerse los cálculos para determinar los límites de la pena superior e inferior en grado⁴⁹.

Sin embargo, como veremos a continuación, la pena de prisión permanente revisable, debido a su particular naturaleza indeterminada, que se concreta en una falta de concreción numérica, suscita numerosos problemas a la hora de aplicarla.

4.1. Reglas de aplicación

Primeramente, debe tenerse en cuenta que la pena de prisión permanente revisable es contemplada siempre como una pena única y de obligatoria imposición, siguiendo un fundamento de prevención general negativa, circunstancia que impide al arbitrio judicial operar libremente pues no es posible elegir entre penas alternativas. Todo ello limita notablemente las reglas de determinación judicial de la pena y evidencia serios problemas de compatibilidad con los principios penales, puesto que en todos los delitos para los que está prevista esta sanción, el órgano sentenciador ha de aplicarla de forma preceptiva, cuando lo mejor habría sido que contase con un margen de maniobra que le permitiera al menos valorar la pena más adecuada en función de las circunstancias del caso concreto. Aunque, en realidad, la ambigüedad que caracteriza algunas de las circunstancias hipercualificadas del artículo 140 del CP, puede contribuir paradójicamente a hacer diversas interpretaciones y a excluir la aplicación de la polémica pena de prisión permanente⁵⁰.

⁴⁹ Cfr. CASALS FERNÁNDEZ, Ángela, “La prisión permanente...”, *op. cit.*, pp.167-168.

⁵⁰ Critican el establecimiento de la prisión permanente como pena única, algunos autores como LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, “Más motivos para derogar...”, *op. cit.*, p. 17; CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta,

Debido a la extraña naturaleza de la prisión permanente revisable, que es una pena indeterminada y que no tiene prefijados un límite mínimo y un límite máximo como el resto de las penas existentes en nuestro CP, cobran importancia una serie de figuras jurídicas que, de concurrir en un caso concreto, implicarían la bajada de la pena en un grado. Por tales figuras jurídicas nos referimos a cualquiera de las eximentes incompletas que existen, a la tentativa de delito, a la complicidad como forma de participación delictiva, al error de prohibición vencible o a las circunstancias atenuantes cualificadas (cuando concurren dos o más)⁵¹. Para paliar los múltiples inconvenientes de este marco jurídico tan rígido, en el que se volvería imposible efectuar la operación prevista en el artículo 70.1.2.ª del CP debido a la inexistencia de un límite mínimo, el legislador se encargó de establecer directamente la pena inferior en grado a la de prisión permanente revisable en el artículo 70.4 del CP, fijándola en un período que va desde los veinte hasta los treinta años, lo que deja entrever que esta sanción realmente está configurada como una pena de prisión de treinta años en adelante⁵².

Debemos tener en cuenta, no obstante, que se trata de una mínima rebaja en relación con el tipo de figuras en las que se inspira, pudiendo ser incluso más larga que la pena original, cuya suspensión, como veremos más adelante, está prevista a los veinticinco años de prisión como regla general. Ahora bien, sí que es cierto que gracias a este precepto se evita la indeterminación absoluta de la pena de prisión permanente⁵³. En cualquier caso, la inclusión de este apartado 4, que es consecuencia lógica de la introducción de la pena de prisión permanente revisable, unida a los distintos delitos castigados con pena de prisión de hasta treinta años, tendría que haber sido pretexto suficiente para fijar en el artículo 36.2 del CP la duración máxima de la pena de prisión en treinta años en lugar de en veinte y, en consecuencia, para suprimir la causa de excepción⁵⁴.

Como hemos visto, si la pena de prisión permanente revisable baja en un grado se convierte en una pena determinada, con un marco penal concreto, y se podrá, en su caso, seguir bajando o individualizar más si eventualmente concurrieran otras circunstancias atenuantes o agravantes. Sin embargo, si la referida pena no se pudiese bajar en un grado porque no se diera ninguno de los presupuestos previstos legalmente que hemos mencionado *supra*, seguiría teniendo un marco penal indeterminado y no se podría valorar ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal -ni atenuante ni agravante-, lo que ineludiblemente conlleva una peligrosa ausencia de proporcionalidad al no poderse graduar la pena de acuerdo con la culpabilidad del reo en

“Prisión perpetua y de larga duración...”, *op. cit.*, pp. 187-188; TAMARIT SUMALLA, Josep Maria, GARCÍA ALBERO, Ramón Miguel y TORRES ROSSEL, Núria, “Artículo 36”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), MORALES PRATS, Fermín (coord.), *Comentarios al Código Penal español*, Tomo I (Artículos 1 a 233), 7.ª edición, Thompson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 432; o DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto, *op. cit.*, p. 214.

⁵¹ Cfr. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, “Prisión perpetua y de larga duración ...”, *op. cit.*, p. 189. En el mismo sentido, LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, “Más motivos para derogar...”, *op. cit.*, p. 17

⁵² Cfr. LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, “Más motivos para derogar...”, *op. cit.*, p. 8.

⁵³ Cfr. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, “Prisión perpetua y de larga duración ...”, *op. cit.*, pp. 189-190.

⁵⁴ Cfr. GALLEGU DÍAZ, Manuel, *op. cit.*, p. 6.

el momento de la condena, teniendo que reservarse tal graduación al momento de ejecución de la pena⁵⁵.

Ahora bien, ¿qué sucedería si se diesen a la vez circunstancias atenuantes y agravantes que dieran lugar a la pena superior e inferior en grado? Imaginemos un supuesto de asesinato hiperagravado en el que uno de los partícipes lo fue en concepto de cómplice y en el que además se le aplica una agravante de multirreincidencia (artículo 66.1.5.^a del CP). Pues bien, bajaríamos la pena en un grado al cómplice del delito consumado, y tendríamos el marco punitivo de veinte a treinta años de prisión, pero entonces, ¿qué se debería hacer para volver a subir la pena en un grado? ¿Se compensa todo y se aplica la pena de prisión permanente revisable como si no hubiesen concurrido circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en virtud de la regla 7.^a del artículo 66.1 del CP⁵⁶ o se tiene en cuenta el artículo 70.3.1.º del CP que establece la pena máxima de prisión en treinta años?

LÓPEZ PEREGRÍN considera que, una vez que se baja en grado la prisión permanente revisable, llegamos al ámbito de la pena de prisión y, por tanto, la misma no puede superar los treinta años, de tal manera que volver a la pena de prisión permanente revisable al subir la pena en un grado supondría entender que esta es la pena superior en grado a la prisión de veinte a treinta años, extremo que no está previsto legalmente. Así, concluye: «interpretar que la pena superior en grado a la prisión de treinta años es la prisión permanente revisable supondría derogar el artículo 70.3.1.º del CP⁵⁷ y, lo que es peor, permitiría aplicar la prisión permanente revisable a casos en que esta pena no está prevista legalmente pero en los que, por las circunstancias concurrentes (varias agravantes, concurso ideal de delitos...) cabe subir en grado largas penas de prisión»⁵⁸.

4.2. Concursos posibles

Cuando, entre los delitos que conforman el concurso, uno de ellos tiene asociada la pena de prisión permanente revisable, ello comporta una controversia mayúscula, tanto en el supuesto de que el resto de los delitos se castiguen con penas distintas, como en el caso de que estos se castiguen asimismo con la pena de prisión permanente revisable. Ante este panorama concursal, no es que se contemple una pena de duración mayor, sino más bien un endurecimiento de los plazos de acceso al tercer grado de tratamiento

⁵⁵ Cfr. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, Eva María, *op. cit.*, p. 142. En la misma línea de opinión, CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, “Prisión perpetua y de larga duración ...”, *op. cit.*, p. 190 y LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, “Más motivos para derogar...”, *op. cit.* p. 19.

⁵⁶ La regla 7.^a del artículo 66.1 del CP ordena a los jueces y tribunales que: «Cuando concurren atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior».

⁵⁷ El artículo 70.3.1.º del CP establece: «Cuando, en la aplicación de la regla 1.^a del apartado 1 de este artículo, la pena superior en grado exceda de los límites máximos fijados a cada pena en este Código, se considerarán como inmediatamente superiores:

1.º Si la pena determinada fuera la de prisión, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de treinta años».

⁵⁸ Cfr. LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, “Más motivos para derogar...”, *op. cit.* p. 18. Igualmente, CASALS FERNÁNDEZ, Ángela, “La prisión permanente...”, *op. cit.*, p.168.

penitenciario y de revisión de la pena; es decir, un alargamiento del período de seguridad⁵⁹.

En caso de que se de alguno de los referidos supuestos concursales, es imposible aplicar las reglas de determinación de la pena del artículo 73 del CP (sobre el concurso real de delitos: pues no se puede sumar a la pena de prisión permanente revisable otra pena de prisión, ya que el resultado sería igualmente la pena máxima) ni las reglas del artículo 77 del CP (sobre el concurso ideal propio: pues la pena de prisión permanente revisable no tiene mitad superior; y sobre el concurso ideal medial: ya que tampoco existe pena superior en grado en este caso)⁶⁰. Lo que sí existe es una previsión específica en el artículo 76 del CP que establece unos límites excepcionales para el caso de que las penas que forman parte de un concurso real de delitos fueran excesivamente elevadas, fijando un límite máximo de cuarenta años de prisión. Sin embargo, en la última reforma del CP, se introdujo la letra e) en el referido artículo 76.1, que impone lo siguiente:

«No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de veinte años. Excepcionalmente, este límite máximo será:

a) De veinticinco años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta veinte años.

b) De treinta años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a veinte años.

c) De cuarenta años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a veinte años.

d) De cuarenta años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo de la sección segunda del Capítulo V del Título XXII del Libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a veinte años.

e) Cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable, se estará a lo dispuesto en los artículos 92 y 78 bis.

2. 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, lo hubieran sido en primer lugar».

⁵⁹ Cfr. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, “Prisión perpetua y de larga duración ...”, *op. cit.*, p. 190.

⁶⁰ Cfr. GUARDIOLA GARCÍA, Javier, “Reglas especiales para la aplicación de las penas; concurso de infracciones (artículos 76 y siguientes)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dir.), GÓRRIZ ROYO, Elena (coord.), MALLÍN EVANGELIO, Ángela (coord.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 314.

Como se puede observar, ni siquiera hay una coherencia gramatical entre el enunciado principal y el de la última letra introducida, porque realmente no hay un límite máximo y lo que se hace es una remisión a otros dos artículos, lo que no hace sino acentuar la pésima técnica de sistematización empleada por el legislador. Y es que, además, como el mencionado artículo 78.1 e) no recoge límites concursales, sino que hace referencia a aspectos de cumplimiento de la condena, lo correcto a nivel de técnica legislativa habría sido recogerlo en el artículo 78 bis del CP, porque contiene los demás supuestos excepcionales derivados del artículo 78 del CP relativos a la prisión permanente revisable. Por otro lado, si estudiamos los preceptos a los que se remite la letra e), podemos llegar a la conclusión de que no se ha producido una agravación punitiva, sino una exasperación de las posibilidades de suspensión de la ejecución del resto de la pena, tal y como se puede deducir del artículo 92 del CP; así como un empeoramiento de las condiciones de acceso al régimen abierto, como prevé el artículo 78 bis del CP⁶¹.

De modo que el artículo 78 bis del CP se encarga de restringir aún más los beneficios penitenciarios a los que hace referencia el artículo 78 del mismo cuerpo legal, y su finalidad es retrasar tanto la progresión al tercer grado como la suspensión de la ejecución del resto de la pena en los supuestos en los que al menos una de las penas de los delitos que componen el concurso sea de prisión permanente revisable y el resto de los delitos sumen más de cinco años de prisión⁶².

Los apartados 1 y 2 del citado artículo 78 bis contemplan varios supuestos concursales posibles con sus correlativos plazos para poder conseguir la progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario y para que se pueda suspender la ejecución del resto de la pena son mayores que los anteriormente expuestos. Dichos supuestos son los siguientes:

i) Si además de una pena de prisión permanente revisable, la suma del resto de las penas excede de cinco años de prisión, para acceder al tercer grado es necesario haber cumplido dieciocho años de prisión. En lo relativo a la obtención de la suspensión de la ejecución del resto de la pena, habrán de pasar al menos veinticinco años.

ii) Si aparte de la pena de prisión permanente revisable, la suma del resto de penas supera los quince años de prisión, deberán haber transcurrido al menos veinte años en prisión para poder acceder al tercer grado. Asimismo, para que sea posible obtener la suspensión de la ejecución del resto de la pena, tendrán que haber pasado veinticinco años como mínimo.

iii) En el caso de que haya dos o más penas de prisión permanente revisable, o una sola, pero la suma del resto de penas impuestas sobrepasa los veinticinco años de prisión, tendrán que haber transcurrido veintidós años de encierro para poder acceder al tercer grado; y treinta años para poder optar a la suspensión de la ejecución del resto de la pena.

⁶¹ Cfr. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, “Prisión perpetua y de larga duración ...”, *op. cit.*, pp. 191-192.

⁶² *Ibidem*, p. 192.

Lo expreso de manera más gráfica:

Supuestos concursales con prisión permanente revisable	Progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario	Suspensión de la ejecución del resto de la pena
Prisión permanente revisable y resto de penas suman + de 5 años de prisión	Al menos 18 años de prisión	Al menos 25 años de prisión
Prisión permanente revisable y resto de penas suman + de 15 años de prisión	Al menos 20 años de prisión	Al menos 25 años de prisión
Dos o + penas de prisión permanente revisable o prisión permanente revisable y resto de penas suman + de 25 años de prisión	Al menos 22 años de prisión	Al menos 30 años de prisión

Ahora bien, de acuerdo con el apartado 3 del artículo 78 bis del CP, cuando se trate de delitos referentes a organizaciones o grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II del CP o cometidos en el seno de organizaciones criminales, los plazos que han de transcurrir son mayores que los anteriormente expuestos y varían en función del supuesto concursal en cuestión, por lo que:

i) Si además de una pena de prisión permanente revisable, la suma del resto de las penas excede de cinco años de prisión, para poder acceder al tercer grado es necesario haber cumplido como mínimo veinticuatro años de prisión y para poder obtener la suspensión de la ejecución del resto de la pena, habrán de cumplirse veintiocho años como mínimo.

ii) Si aparte de la pena de prisión permanente revisable, la suma del resto de las penas resulta superior a quince años de prisión, deberán haber transcurrido veinticuatro años para poder acceder al tercer grado. En cuanto a la suspensión de la ejecución del resto de la pena, será preceptivo que hayan pasado al menos veintiocho años en prisión.

iii) Si el penado ha sido condenado por varios delitos y dos o más de ellos tienen aparejada la pena de prisión permanente revisable, o bien uno de los delitos que entran en concurso está castigado con la pena de prisión permanente revisable y el resto de las penas impuestas suman más de veinticinco años de prisión, tendrán que haber transcurrido al menos treinta y dos años para que el penado pueda acceder al tercer grado de tratamiento.

Asimismo, para conseguir la suspensión de la ejecución del resto de la pena, deberán haber pasado como mínimo treinta y cinco años de prisión.

Lo expreso también de manera más gráfica:

Supuestos concursales especiales con prisión permanente revisable (terrorismo y organizaciones criminales)	Progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario	Suspensión de la ejecución del resto de la pena
Prisión permanente revisable y resto de penas suman + de 5 años de prisión	Al menos 24 años de prisión	Al menos 28 años de prisión
Prisión permanente revisable y resto de penas suman + de 15 años de prisión	Al menos 24 años de prisión	Al menos 28 años de prisión
Dos o + penas de prisión permanente revisable o prisión permanente revisable y resto de penas suman + de 25 años de prisión	Al menos 32 años de prisión	Al menos 35 años de prisión

En relación con los distintos plazos hasta ahora expuestos, si comparamos los topes máximos de condena en los supuestos concursales normales del artículo 76 del CP y en aquellos en los que hay una pena de prisión permanente revisable, llegamos a la conclusión de que resulta una pena mayor en un concurso en el que hay un delito castigado con pena de prisión superior a veinte años, que en uno en el que el delito está castigado con la pena de prisión permanente revisable, lo que es a todas luces incoherente e ilógico, aunque también es cierto que en el primer escenario concursal se trata de un límite absoluto y en el segundo de un límite provisional que puede ser denegado. Tengamos en cuenta que, aunque hayan transcurrido los plazos fijados en el CP, ello no implica que el penado vaya a ser clasificado en tercer grado automáticamente ni que se vaya a suspender la ejecución del resto de la pena de manera incondicional⁶³.

Sobre la base de lo anterior, queda claro que el legislador no solventó finalmente las contradicciones existentes entre los distintos preceptos del CP, porque no es de recibo que en ciertos supuestos se estime un plazo superior para acceder al tercer grado cuando

⁶³ Cfr. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, “Prisión perpetua y de larga duración ...”, *op. cit.*, pp. 193-194.

hay varias condenas y ninguna de ellas está sancionada con la pena de prisión permanente revisable, que cuando una, dos o más de dos sí lo están⁶⁴.

En cuanto al contenido del artículo 92 del CP, que versa sobre la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable y que analizaremos con posterioridad, establece cómo ha de valorarse el pronóstico favorable de reinserción social en el último párrafo de su apartado primero. Concretamente, dispone:

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

De todo lo anterior se desprende que, en los supuestos concursales en los que hay al menos un delito castigado con la pena de prisión permanente revisable, el endurecimiento de la condena total no va a estar determinado por el aumento del límite máximo de la misma, sino por la postergación de los límites temporales fijados para poder acceder al tercer grado y para poder optar a la suspensión de la ejecución.

5. La impactante repercusión de la prisión permanente revisable en determinadas figuras penitenciarias

Como hemos visto hasta ahora, la prisión permanente revisable es una pena que tiene la particularidad de que no cuenta con un límite máximo; salvo en el caso de que se baje la pena en un grado, en que se convierte en una pena determinada. El reo condenado a esta pena no sabe cuándo saldrá de prisión, si es que algún día saldrá y es por ello por lo que se acude al Derecho penitenciario para agravar esta pena, que es a mi juicio una disciplina jurídica que pertenece eminentemente al Derecho administrativo⁶⁵.

En cualquier caso, materias propiamente penitenciarias como el acceso del penado al tercer grado de tratamiento, la obtención de permisos de salida o la suspensión de la ejecución del resto de la pena -atendiendo a la duración de esta, a la clase de delito o a si la condena ha sido solo a prisión permanente o a si lo ha sido junto con otra u otras- cobran especial importancia cuando se estudia la polémica figura de la prisión permanente revisable. Son varios los preceptos del CP destinados a regular estas figuras

⁶⁴ Cfr. CÁMARA ARROYO, Sergio, “Crónica y crítica...”, *op. cit.*, p. 269.

⁶⁵ El Derecho penitenciario es una materia que por su naturaleza constituye una de las ramas del Derecho administrativo, más que del Derecho penal o del Derecho procesal, como sostiene parte de la doctrina jurídica; aunque ciertamente no hay un consenso unánime al respecto y hay teóricos que han llegado a defender la autonomía del Derecho penitenciario dentro de nuestro ordenamiento jurídico y con bastante lógica puesto que realmente, es una rama multidisciplinar. A este respecto, GARCÍA VALDÉS, Carlos, “Teoría de la pena”, 2.^a edición, Tecnos, Madrid, 1985, p. 89, manifestó: *«En virtud del principio constitución consagrado en el artículo 25.2, al dedicarse una ley a establecer la regulación de esa “especial relación de sujeción”, que constituye el total de derechos y deberes recíprocos recluso-administración penitenciaria y que configuran el Derecho penitenciario, como conjunto de normas jurídicas reguladoras de la ejecución de las penas privativas de libertad, la autonomía de este sector del ordenamiento jurídico punitivo se consolida. Frente a la tesis que han tratado de encuadrarle en la criminología, como hacen los científicos norteamericanos, o en los Derecho penal, procesal, ejecutivo o de ejecución penal y administrativo; o confundirlo, en la doctrina francesa, con la ciencia penitenciaria, el viejo ideal de la autonomía del Derecho penitenciario [...]».*

penitenciarias, lo que da lugar a un complejo escenario jurídico que evidencia una clara e ilógica intrusión en la normativa penitenciaria, con la consiguiente desnaturalización del sistema de individualización científica, así como una incompatibilidad en cuanto a los límites de cumplimiento de la pena de prisión de hasta cuarenta años con la propia pena permanente⁶⁶. Esta distorsión de nuestro sistema penitenciario de individualización científica no se proyecta solo a nivel normativo, sino también desde el punto de vista de la eficacia del tratamiento, porque un penado que no tenga ninguna esperanza de ser liberado jamás podrá encontrar motivación alguna para vivir, y mucho menos para apuntarse a las distintas actividades encaminadas a la resocialización y a la reeducación⁶⁷.

En este sentido, ha de resaltarse el excesivo y preocupante control que ha ido ejerciendo progresivamente la legislación penal sobre la penitenciaria en los últimos años, y que tuvo su origen en la reforma operada por la ya mencionada LO 7/2003, que modificó -entre otros aspectos- el límite máximo de cumplimiento de las penas de prisión en aquellos casos de acumulación de penas por la concurrencia de concursos de delitos; así como las condiciones para poder acceder al tercer grado de tratamiento y a la libertad condicional, al otorgar mayor valor al elemento temporal en el primero y al condicionar el acceso a ambas figuras al pago de la responsabilidad civil derivada de delito⁶⁸.

De esta forma, podemos afirmar tajantemente que se ha ido desvirtuando con el paso de los años el sistema penitenciario de individualización científica⁶⁹ basado en la progresión individual del reo a través de su clasificación a lo largo de los cuatro grados de tratamiento penitenciario existentes⁷⁰. Así, mediante esta clasificación -que es esencial para poder aplicar el tratamiento tendente a la consecución de los fines previstos en el artículo 25.2 CE- se materializa la progresividad en el régimen penitenciario y se incide directamente en la situación jurídico-penitenciaria del recluso, lo que se traduce en más

⁶⁶ Cfr. GALLEGO DÍAZ, Manuel, *op. cit.*, p. 8.

⁶⁷ Cfr. SERRANO TÁRRAGA, María Dolores, “La prisión perpetua revisable”, en *Revista Jurídica de la UAM*, n.º 25, 2012, p. 177.

⁶⁸ Cfr. LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, “La pena de prisión en España tras las reformas...”, *op. cit.*, p. 33. Explica además la autora que la LO 7/2003 se encargó de satisfacer una serie de pretensiones vinculadas con los delitos terroristas, endureciendo notablemente las penas de prisión que había en esa época, a través de una importante reforma del CP y de la LOGP; y alega también que: «En la Exposición de Motivos de esta ley se alega que las modificaciones introducidas por la reforma permitirán obtener una mayor seguridad jurídica y lograr “una lucha más efectiva contra la criminalidad” y una “protección más eficaz frente a las formas de delincuencia más graves”, como los delitos de terrorismo o los procedentes del crimen organizado».

⁶⁹ El artículo 72 de la LOGP establece que: «Las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica separado en grados, el último de los cuales será la libertad condicional conforme determine el Código Penal».

⁷⁰ Cfr. LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, “La pena de prisión en España tras las reformas...”, *op. cit.*, p. 36, quien explica que: «desde el primer momento el condenado es clasificado en primer grado (máxima seguridad), segundo grado (régimen normal) o tercer grado (régimen abierto), clasificación que puede variar a lo largo de su estancia en prisión atendiendo a la conducta y a la evolución (positiva o negativa) del preso. Una vez en tercer grado, si se dan determinados requisitos el sujeto puede obtener la libertad condicional cuando ha cumplido una parte de la pena de prisión (tres cuartas partes como regla general, aunque excepcionalmente puede concederse antes). Ello supone cumplir el último tramo de la pena en libertad».

o menos limitaciones de derechos y en distintos grados de libertad, tal y como explica el artículo 65.2 de la LOGP:

«La progresión en el tratamiento dependerá de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva; se manifestará en la conducta global del interno y entrañará un acrecentamiento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidades, cada vez más importantes, que implicarán una mayor libertad»⁷¹.

El actual sistema, a diferencia del progresivo que le precede, permite (aunque cada vez en menos casos) la clasificación de los penados en uno u otro grado de tratamiento en función de sus circunstancias personales y conductuales estudiadas mediante el correspondiente tratamiento penitenciario, sin importar el tiempo que lleven encerrados en prisión⁷². Fue con la entrada en vigor de la LOGP en 1979 cuando se sustituyó el sistema progresivo de ejecución de las penas privativas de libertad por el de individualización científica, caracterizado el primero por tener distintos grados de carácter objetivo y rígido por los que los penados tenían que pasar necesariamente para poder alcanzar el último de ellos: la libertad condicional. Este cambio de sistemas trajo consigo una mayor flexibilidad normativa, que permite al penado ser clasificado inicialmente en cualquiera de los grados excepto en el último, aunque como ya se ha mencionado, la LO 7/2003 estableció las primeras trabas para restringir el acceso al tercer grado, que tras la reforma del 2015 han aumentado exponencialmente para ciertos supuestos⁷³. En este sentido, se nos suscitan preguntas como si el penado que está cumpliendo la pena de prisión indeterminada podría progresar en grado o mantendría la clasificación inicial; y en el caso de que sí pudiera mejorar su clasificación penitenciaria, si podría justificarse luego la denegación de la libertad condicional basada en que no cuenta con un pronóstico favorable de reinserción social⁷⁴. Comprobamos así cómo la normativa esencialmente resocializadora ha quedado atrás para dejar paso a otra de naturaleza netamente punitiva, que es la que impera en nuestro ordenamiento jurídico penal y penitenciario en la actualidad.

5.1. Obtención de permisos de salida

En primer lugar, cabe aclarar cuál es la verdadera funcionalidad de los permisos de salida penitenciarios; en pocas palabras, sirven para preparar el proceso de transición

⁷¹ Cfr. LEGANÉS GÓMEZ, Santiago, “La evolución de la clasificación penitenciaria”, *Premio Nacional Victoria Kent*, Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, 2004, pp. 61-62.

⁷² *Ibídem*, p. 64, explica a este respecto el autor que: «Con el sistema progresivo el penado, a su ingreso, necesariamente tenía que transitar por el primer grado de tratamiento (el más duro, en el que estaban clasificados los internos más peligrosos e inadaptados) antes de pasar al segundo y al tercero para que se le pudiera conceder la libertad condicional. En cambio, con el de individualización científica y dependiendo de ciertas características de personalidad criminal, adaptabilidad social y otros condicionantes, no es necesario que un penado haya estado clasificado en primer grado de tratamiento, e incluso tampoco en segundo, pudiendo ser clasificado inicialmente en el tercer grado, en el régimen abierto».

⁷³ *Ibídem*, p. 63.

⁷⁴ Cfr. CASALS FERNÁNDEZ, Ángela, “La prisión permanente...”, *op. cit.*, p. 138.

para la vida en libertad y ayudan a reducir el riesgo de reincidencia futura en la comisión de nuevos delitos, contribuyendo en gran medida a la reinserción y rehabilitación de los internos. Además, mediante las salidas programadas, estos permisos permiten la realización de ciertas actividades en el exterior, como pudieran ser ciertos tratamientos específicos, que por su complejidad no pueden ofrecerse dentro de la prisión al interno que los necesita. Sin embargo, es innegable que la concesión de estos permisos comporta, tanto para las instituciones penitenciarias como para la sociedad en general, un potencial peligro en el caso de que el penado volviese a cometer algún delito, o se saltase alguna de las obligaciones o prohibiciones incluidas en los mismos, puesto que nunca se puede garantizar un riesgo nulo en ningún aspecto de la vida. No obstante, es algo objetivo que en España la prevalencia de quebrantamientos de permisos ordinarios y extraordinarios siempre ha supuesto un porcentaje mínimo, que difícilmente ha superado el 3% en los últimos diez años, según las cifras publicadas en el anuario estadístico del Ministerio del Interior⁷⁵.

Debido a la indeterminación de la pena de prisión permanente revisable, que carece de un límite máximo de cumplimiento, para conseguir la concesión de permisos de salida, los sujetos condenados a esta pena deben cumplir uno de los dos plazos fijados en el CP -no en la LOGP ni en el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (en adelante, RP)-, en vez de un período proporcional a la pena efectivamente impuesta. Así, el artículo 36.1 del CP *in fine* dispone:

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

Pues bien, la letra a) está prevista para los casos en los que el condenado lo hubiera sido por un delito del Capítulo VII del Título XXII del Libro II del CP, que, como ya hemos mencionado, está constituido por todos aquellos delitos cometidos en el seno de organizaciones y grupos terroristas y por delitos de terrorismo; de modo que, en el caso de que el condenado lo hubiera sido por alguno de los delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, se aplica el plazo general de ocho años, no el de doce, que es el que está previsto en la letra b) para el resto los casos.

Hemos de tener muy claro que hay diversidad de criterios y opiniones en la doctrina en cuanto a la naturaleza de los permisos de salida. Algunos autores como CARMONA SALGADO⁷⁶ y GONZÁLEZ CANO⁷⁷ sostienen que la aplicación de estos

⁷⁵ Cfr. FÉREZ-MANGAS, David y ANDRÉS-PUEYO, Antonio, “Eficacia predictiva en la valoración del riesgo del quebrantamiento de permisos penitenciarios”, *La ley penal: revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 134, (septiembre-octubre de 2018), Wolters Kluwer, p. 2.

⁷⁶ Cfr. CARMONA SALGADO, Concepción, “Los permisos de salida”, en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.), *Comentarios a la legislación penal: La Ley Orgánica General Penitenciaria*, tomo VI, volumen 2, Edersa, Madrid, 1986, p. 708.

⁷⁷ Cfr. GONZÁLEZ CANO, María Isabel, “La ejecución de la pena privativa de libertad”, *Tirant Monografías*, n.º 22, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 357.

permisos es un acto de concesión de la Administración Penitenciaria, porque en el artículo 47.2 de la LOGP se expresa literalmente que: «*se podrán conceder permisos (...)»*», pero, por ejemplo, MIR PUIG⁷⁸, dispone que hay otras corrientes de pensamiento como la de MAPELLI CAFFARENA⁷⁹ que defienden que los mismos constituyen un derecho de los penados y que no son una suerte de premio o recompensa que se les puede otorgar o no, pues forman parte del tratamiento penitenciario. Por su parte, MARTÍNEZ ESCAMILLA⁸⁰, opina que a la Administración penitenciaria no le ha sido otorgada habilitación alguna que le permita actuar con discrecionalidad en este aspecto, porque la finalidad de los permisos de salida es la preparación de los reclusos para la vida en libertad.

Según mi propio criterio, considero que no son un derecho de los internos como tal, ni tampoco un poder discrecional de la Administración penitenciaria, pero son instrumentos esenciales para intentar la consecución de los mandatos constitucionales del artículo 25.2 CE, y sin embargo, el legislador ha corrompido la naturaleza de los mismos y los ha configurado como auténticos períodos de seguridad, y si comparamos el régimen específico instaurado para la prisión permanente revisable con el régimen general que está previsto en el artículo 47.2 de la LOGP, en el que se exige haber cumplido una cuarta parte de la condena, tener buen comportamiento y estar clasificado en segundo o tercer grado de tratamiento, se evidencia lo excesivamente restrictivo que es el primero⁸¹. Concretamente el artículo 47 establece, aparte de los permisos de salida extraordinarios concedidos por muerte o enfermedad grave de los parientes más próximos del reo, así como por otros motivos igualmente importantes⁸²; los permisos de salida ordinarios, encaminados a preparar la vida en libertad del penado, que están regulados en el apartado 2 y se conceden en estos términos:

«Igualmente se podrán conceder permisos de salida hasta de siete días como preparación para la vida en libertad, previo informe del equipo técnico, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados de segundo y tercer grado, respectivamente, siempre que

⁷⁸ Cfr. MIR PUIG, Carlos, “Derecho Penitenciario: El cumplimiento de la pena privativa de libertad”, Barcelona, Atelier, 2018, p. 207.

⁷⁹ Cfr. MAPELLI CAFFARENA, Borja, “Principios fundamentales del sistema penitenciario español”, Bosch, Barcelona, 1983, pp. 200-201.

⁸⁰ Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, “Los permisos ordinarios de salida: régimen jurídico y realidad”, en *Colección Estudios Jurídicos*, Edisofer, Madrid, 2002, pp. 28-29.

⁸¹ Cfr. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, “Prisión perpetua y de larga duración ...”, *op. cit.*, p. 199.

⁸² El artículo 47 de la LOGP recoge en su apartado primero los permisos de salida extraordinarios, que quedan fuera de toda restricción debido a que tienen un fundamento estrictamente humanitario, y establece: «*En caso de fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuge, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos, alumbramiento de la esposa, así como por importantes y comprobados motivos, con las medidas de seguridad adecuadas, se concederán permisos de salida, salvo que concurren circunstancias excepcionales*». Sobre los permisos extraordinarios, vid., por ejemplo, CASTILLO FELIPE, Rafael, “Anotaciones procesales acerca de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable”, en *La ley penal: revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 115, 2015, p. 4; MATA y MARTÍN, Ricardo, “Ámbitos de la ejecución penitenciaria afectados por la reforma del Código Penal. A propósito de la LO 1/2015”, en *Diario la ley*, n.º 8713, 2016, p. 1669; o ROIG TORRES, Margarita, “La cadena perpetua en el Derecho alemán y británico. La prisión permanente revisable”, Iustel, Madrid, 2016, p. 153.

hayan extinguido la cuarta parte de la condena y no observen mala conducta».

En lo relativo al informe que menciona el artículo 47.2 de la LOGP, el artículo 156.1 del RP establece:

«El informe preceptivo que el equipo técnico del centro penitenciario tiene que hacer para valorar la concesión de los permisos podrá ser negativo, cuando, por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o por la existencia de variables cualitativas desfavorables, resulte probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o se prevea una repercusión negativa de la salida sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento».

Pues bien, estos conceptos condicionaron a la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (SGIIPP) para que dictara determinadas instrucciones y circulares con el fin de fijar una serie de variables que permitieran definir un índice de riesgo concreto con respecto al quebrantamiento de la condena o a la comisión de un nuevo delito. Así se crearon la tabla de variables de riesgo y la tabla de concurrencia de circunstancias peculiares, como una suerte de instrumentos de adivinación de las posibles conductas de los penados durante el transcurso de sus permisos de salida⁸³. Algunas de las razones más utilizadas por las juntas de tratamiento para denegar estos permisos son las siguientes: “necesidad de que el interno sienta el efecto intimidatorio de la pena”, “falta de consolidación de factores positivos”, “posible mal uso del permiso”, “gravedad del delito cometido”, “necesidad de reproche social por los delitos cometidos”, “riesgo de comisión del delito”, “marginación social”, “trayectoria penitenciaria irregular”, “alta prisionización”, “largo período de tiempo hasta su libertad”, “ser considerado perjudicial para su tratamiento” o “ausencia de vinculación familiar y/o acogida institucional”⁸⁴.

En virtud de estas variables, si pensamos en un individuo que está cumpliendo una pena de prisión permanente revisable por uno o varios delitos gravísimos y seguramente

⁸³ Cfr. FÉREZ-MANGAS, David y ANDRÉS-PUEYO, Antonio, *op. cit.*, p. 4. En este trabajo, los autores explican que la tabla de variables de riesgo y la tabla de concurrencia de circunstancias peculiares, se recogieron por vez primera en la Instrucción 1/1995, de 10 de enero, sobre el estudio y tramitación de los permisos de salida, aunque no fue hasta la Instrucción 22/1996, de 16 de diciembre, tras la aprobación del RP de 1996, cuando se concretaron verdaderamente las distintas variables que integraban estos instrumentos predictivos. Desde su creación hace ya casi treinta años, estos instrumentos continúan empleándose, sin que se haya llevado a cabo una actualización exhaustiva de los mismos. Si bien es cierto que en la tabla de concurrencia de circunstancias peculiares se han incluido nuevas circunstancias que aparecen recogidas en algunas instrucciones dictadas por la SGIIPP. Vid. GÓMEZ LÓPEZ, María del Rosario y RODRÍGUEZ MORO, Luis, “Los permisos ordinarios de salida: antecedentes, regulación vigente y reflexiones críticas”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 19, 2015, p. 403. En esta obra se explica que en España todos los centros penitenciarios gestionados por la SGIIPP utilizan sendas tablas como métodos predictivos para valorar el riesgo y que vienen referenciadas en la Instrucción 1/2012 como: «herramientas que aportan información esencial, que no debe ser nunca obviada, sino conocida y trabajada por los profesionales, para la toma de decisión de concesión del permiso».

⁸⁴ Cfr. RÍOS MARTÍN, Julián Carlos, “La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad”, 1.ª edición, Gakoa Liburuak, Donostia (San Sebastián), 2013, p. 45.

aberrantes, y que lleva muchos años de encierro en prisión y de aislamiento social, ¿de verdad podríamos aventurarnos a afirmar que en la práctica tiene alguna posibilidad real de salir de permiso? Es bastante fácil deducir que hay una imposibilidad *de facto* de obtener un permiso de salida, independientemente de los períodos de seguridad establecidos por el legislador. Reflexionemos sobre algunos los motivos esgrimidos por las juntas de tratamiento mencionados *supra*. Por ejemplo, si hay que estar a la circunstancia de la “gravedad del delito”; es evidente que todos los delitos que llevan aparejada una pena de prisión permanente revisable no son graves, sino que son extraordinariamente graves. En función de la “alarma social generada por el delito”, es obvio que todos los delitos castigados con esta pena perpetua la generan, pues debido a su gravedad, casi todos los delincuentes que cumplen esta pena son muy conocidos gracias a los medios de comunicación, que se encargan de polemizar con el morbo que suscitan estos sórdidos crímenes. En cuanto a la circunstancia de la “prisionización”, también es algo normal que un sujeto que lleve muchos años en una cárcel tenga unas pautas de comportamiento incompatibles con la vida en libertad, por haberse acostumbrado a sobrevivir en un entorno cerrado y con estrictas normas. Y por poner un ejemplo más, con respecto a la “ausencia de apoyo familiar y social”, cabe aclarar que, cuando una persona lleva muchos años encerrada en una prisión, sus vínculos sociales se han deteriorado vertiginosamente y más cuando todo su entorno social (familiares, amigos, compañeros de trabajo, conocidos) conoce en detalle sus brutales crímenes⁸⁵.

Por otro lado, al comparar las condiciones que han de darse para conseguir la progresión al tercer grado de tratamiento con las establecidas para disfrutar de permisos de salida, se constata un desequilibrio punitivo debido a los distintos criterios utilizados por el legislador. El artículo 36.1 del CP -cuyo contenido ya hemos explicado *supra*- establece que para acceder al tercer grado de tratamiento se han de cumplir quince años o, en su caso, veinte, si se trata de delitos perpetrados en el seno de organizaciones o grupos terroristas o delitos de terrorismo. Se han fijado tales períodos porque constituyen las respectivas mitades de treinta y cuarenta años -que son dos de los límites máximos fijados en el artículo 76.1 del CP-. Ahora bien, los plazos que deben transcurrir para que los condenados a la pena de prisión permanente revisable puedan disfrutar de permisos de salida, son de ocho y doce años en función del caso, y estas cifras constituyen la cuarta parte de treinta y dos años y de cuarenta y ocho años, respectivamente; lo que carece de sentido pues lo coherente habría sido tomar como referencia los mismos períodos de treinta años en los supuestos generales y de cuarenta años en los supuestos relacionados con el terrorismo⁸⁶. La previsión de estos plazos mínimos de cumplimiento como requisito de acceso a un instrumento penitenciario tan fundamental para la consecución

⁸⁵ Cfr. RÍOS MARTÍN, Julián Carlos, *op. cit.*, pp. 45-46. Llega a la misma conclusión, por ejemplo, DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, Eva María, *op. cit.*, p. 153, al sostener que la consideración de la gravedad de los hechos o el tiempo restante para obtener la libertad condicional significaría denegar los permisos prácticamente en todos los casos de prisión permanente revisable.

⁸⁶ Cfr. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, “Prisión perpetua y de larga duración ...”, *op. cit.*, pp. 199-200, e igualmente LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, “Más motivos para derogar...”, *op. cit.*, p. 25.

de la reinserción social, como es el de los permisos de salida, no hace sino poner en evidencia el mayor peso de la retribución sobre la prevención especial⁸⁷.

En lo relativo a los supuestos concursales de delitos, el legislador no previó períodos temporales específicos para la obtención de permisos de salida en estos casos, como sí que hizo para el acceso al tercer grado o para la obtención de la suspensión de la ejecución de la pena, de modo que se sobreentiende que se ha de estar a los plazos de ocho y doce años que acabamos de analizar, en función del tipo de delito cometido. Ahora bien, si tomamos como parámetros los toques máximos fijados para que pueda revisarse la pena de prisión permanente revisable (que son de treinta y de treinta y cinco años dependiendo de si se han cometido o no delitos relacionados con organizaciones o grupos terroristas, delitos de terrorismo o delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales), nos encontramos con que la cuarta parte del primer plazo es siete años y seis meses y la cuarta parte del segundo es ocho años y nueve meses; plazos inferiores a los de ocho y doce años que se deben aplicar conforme al criterio del legislador.

De modo que, una vez que el penado haya cumplido ocho años de su condena, o doce, en su caso, si está clasificado en segundo grado podrá obtener hasta un máximo de treinta y seis días de permisos de salida al año, y si está clasificado en tercer grado podrá obtener hasta cuarenta y ocho días al año, más las salidas de fin de semana propias del régimen abierto del artículo 87 del RP. Ahora bien, no olvidemos que, en los casos en los que hay al menos una pena de prisión permanente revisable, se tienen que cumplir unos períodos de seguridad mínimos para que el penado pueda ser clasificado en tercer grado y dichos períodos oscilan desde los quince años del artículo 36.1 a) del CP hasta los treinta y dos años que impone el apartado 3 del artículo 78 bis del CP (en función del tipo de delito cometido y del supuesto concursal concurrente). Por ello, aunque el penado haya cumplido el período temporal que le corresponda, ello no es suficiente, pues debe cumplir además los demás requisitos ya expuestos, lo que complica aún más su situación, sobre todo si analizamos cuáles son los criterios de concesión de los permisos de salida que se recogen. Así, para acceder a un permiso de salida, no es suficiente el transcurso del tiempo, sino que deberán cumplirse también los demás requisitos, algo muy difícil si tenemos en cuenta los criterios de concesión recogidos en la tabla de variables de riesgo y en la tabla de concurrencia de circunstancias peculiares, mencionadas anteriormente⁸⁸.

Por otra parte, es importante traer a colación la STC 112/1996, de 24 de junio, en la que se otorgó el amparo constitucional a un interno al que la Audiencia Provincial -en lo sucesivo, AP- de Vitoria le había denegado el disfrute de los permisos de salida sin fundamentación jurídica suficiente -vulnerando en consecuencia el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a la libertad- y ello a pesar de que reunía los requisitos de haber cumplido una cuarta parte de la condena, estar clasificado

⁸⁷ Cfr. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, Eva María, *op. cit.*, pp. 150-153.

⁸⁸ Vid., por ejemplo, ROVIRA SOPENA, Martí, LARRAURI, Elena y ALARCÓN PÉREZ, Pau, “La concesión de permisos penitenciarios”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.º 20, 2018, p. 4, quienes explican que estas tablas fueron la consecuencia del esfuerzo por unificar los criterios utilizados para valorar la concesión de los permisos de salida ordinarios en la zona gestionada por la Administración General del Estado.

en segundo grado y tener buen comportamiento, y tal denegación se basaba fundamentalmente en que estaba cumpliendo una pena de larga duración. Así, en la sentencia se fundamenta que, pese a que estas penas de larga duración suelen constituir los motivos por los que se deniegan los permisos de salida en los autos dictados por los jueces de vigilancia penitenciaria, no son lo suficientemente relevantes por sí mismos para motivar tal denegación, ya que deben ser reforzados con una justificación individualizada de los motivos por los que se ha tomado tal decisión.

Asimismo, el TC explicó la trascendencia constitucional de los permisos de salida para el tratamiento penitenciario, razonando 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 social (artículo 25.2 de la CE) o como ha señalado la STC 19/1988, la “corrección y readaptación del penado”, y se integra en el sistema progresivo formando parte del tratamiento. Este Tribunal ha reiterado en varias ocasiones que el artículo 25.2 de la CE no contiene un derecho fundamental, sino un mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria de la pena privativa de libertad se siga una orientación encaminada a esos objetivos, sin que estos sean su única finalidad [...]»*.

Para profundizar conceptualmente en la figura penitenciaria de los permisos de salida, hay que resaltar que el TC explicó en la referida sentencia para qué están ideados, arguyendo que: *«Todos los permisos cooperan potencialmente a la preparación de la vida en libertad del interno, pueden fortalecer los vínculos familiares, reducen las tensiones propias del internamiento y las consecuencias de la vida continuada en prisión que siempre conlleva el subsiguiente alejamiento de la realidad diaria. Constituyen un estímulo a la buena conducta, a la creación de un sentido de responsabilidad del interno, y con ello al desarrollo de su personalidad. Le proporcionan información sobre el medio social en el que han de integrarse e indican cuál es la evolución del penado. Pero al mismo tiempo, constituyen una vía fácil de eludir la custodia, y por ello su concesión no es automática [...]»*.

Sin embargo, un año después de esta sentencia, el TC, en su STC 2/1997, de 13 de febrero, reconsideró su anterior doctrina, dando por válido el argumento contenido en el auto de la AP de Vitoria, que entendió que el hecho de que al penado le faltara mucho tiempo -unos tres años- para poder acceder a la libertad condicional, era razón suficiente para que los permisos de salida no cumplieran su finalidad de preparación de su vida en libertad. El TC fundamentó que: *«la motivación en que se basa la denegación -no concurrencia de los requisitos reglamentarios para la concesión del permiso- debe entenderse razonablemente referida a la calificación de la conducta del interno; a lo que se agrega que “la facultad de otorgar permisos ordinarios de salida va unida a la finalidad de preparación para la vida en libertad, que razonablemente ha de entenderse eficaz cuando la posibilidad de alcanzar el beneficio de libertad condicional está más próximo en el tiempo»*.

5.2. Acceso al tercer grado de tratamiento penitenciario o régimen abierto

Primeramente, hay que señalar que el régimen de vida abierto correspondiente con el tercer grado de tratamiento, cuenta con diversas modalidades. La más flexible es la posibilidad de que al penado se le instale una pulsera telemática en la pierna y así no tenga que acudir apenas a la cárcel -que en este caso se denomina centro de inserción social o CIS-; y la más restringida consiste en que el preso viva en un módulo dentro de un centro penitenciario y únicamente pueda salir los fines de semana. En la práctica, la modalidad más frecuente consiste en que el condenado sea recluido en un CIS y pase unas cuantas horas al día trabajando en el exterior, pero, eso sí, con la obligación de pernoctar en la cárcel. Las circunstancias en las que se basa la Administración penitenciaria para clasificar o no a un penado en régimen abierto son las siguientes: la gravedad de los delitos, el tiempo de condena que falta hasta la libertad, los permisos de salida disfrutados, la conducta penitenciaria, disponer de una oferta laboral, contar con apoyo social y/o familiar y carecer de variables psicológicas que permitan hacer un juicio de no reincidencia. Además, se exige un pronóstico favorable de reinserción social, que ha de realizarse valorando las anteriores circunstancias y en función de los requisitos exigidos para la suspensión de la pena que se regulan en el artículo 92 del CP⁸⁹.

El artículo 36.1 del CP regula las condiciones que han de darse para que el condenado a prisión permanente revisable pueda ser clasificado en tercer grado de tratamiento penitenciario y estipula lo siguiente:

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

La clasificación del condenado en el tercer grado deberá ser autorizada por el tribunal previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, oídos el Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias⁹⁰, y no podrá efectuarse:

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

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

[...]».

De modo que, la progresión al tercer grado no podrá efectuarse hasta que el penado haya cumplido quince años de prisión efectiva, o veinte años, en el caso de que se trate de delitos relativos a organizaciones y grupos terroristas y delitos terrorismo, que es a los que se refiere el apartado a) del precepto transcrito.

⁸⁹ Cfr. RÍOS MARTÍN, Julián Carlos, *op. cit.*, pp. 48-49.

⁹⁰ Aunque no se especifique nada al respecto, se sobreentiende que ha de ser el tribunal sentenciador el que fundamente tal decisión, y lo lógico sería que lo hiciese basándose en un informe y propuesta realizados por la Administración penitenciaria competente. Así lo entienden, por ejemplo, TAMARIT SUMALLA, Josep Maria, *op. cit.*, p. 433; CASTILLO FELIPE, Rafael, *op. cit.*, p. 3; y CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, “Prisión permanente...”, *op. cit.*, p. 229.

Por otra parte, y en relación con las penas de prisión determinadas, la clasificación penitenciaria es competencia del centro penitenciario y, como regla general, no existe un plazo mínimo de cumplimiento para acceder al tercer grado⁹¹. No obstante, el artículo 36.2 del CP, en lo referente a la clasificación en el tercer grado de tratamiento penitenciario para aquellos casos en los que la pena impuesta sea superior a cinco años de prisión; dispone:

«La pena de prisión tendrá una duración mínima de tres meses y máxima de veinte años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente Código.

Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, el juez o tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.

En cualquier caso, cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años y se trate de los delitos enumerados a continuación, la clasificación en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma:

a) Delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XII del Libro II de este Código.

b) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.

c) Delitos del artículo 183⁹².

d) Delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II de este Código, cuando la víctima sea menor de trece años⁹³.

El juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento, salvo en los supuestos contenidos en el párrafo anterior».

En síntesis, para los casos en los que se haya impuesto una pena de prisión superior a los cinco años, la clasificación en el tercer grado de tratamiento puede hacerse antes de que se haya cumplido la mitad de la pena si el juez o tribunal así lo decide y lo fundamenta, pues tal decisión es facultativa. Sin embargo, el legislador estableció una

⁹¹ Cfr. LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, “Más motivos para derogar...”, *op. cit.*, p. 26.

⁹² El artículo 183 del CP contiene todos los tipos básicos y subtipos agravados de los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años y pertenece al Capítulo II bis de Título VIII del Libro II del CP.

⁹³ El Capítulo V del Título VIII del Libro II del CP versa sobre los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores -dentro de tal Capítulo se diferencia entre mayores de edad, menores de edad mayores de dieciséis años y menores de dieciséis años a lo largo de los distintos delitos- por lo que llama la atención que únicamente se aplique ese régimen especial agravado de acceso al tercer grado a los delincuentes condenados por estos delitos solo si la víctima es menor de trece años, en vez de menor de dieciséis años, que sería más lógico, pues hasta ese tope de edad se entiende que el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual y no la libertad sexual.

serie de excepciones en función del delito cometido, en las que necesariamente se debe cumplir como mínimo la mitad de la pena impuesta.

Si comparamos el apartado primero del artículo 36 del CP con el segundo, podemos advertir fácilmente que, en los casos de prisión permanente revisable, se otorga un tratamiento específico para poder acceder al tercer grado; de manera que se consolida así un régimen especial extremadamente rígido, que hace obligatoria la imposición de períodos de seguridad de muy larga duración; impropio de la flexibilidad que venía caracterizando a nuestro modelo penitenciario, basado en el método de individualización científica de las penas⁹⁴. También tienen un régimen especial los casos de concurso real de delitos en los que las limitaciones propias del artículo 76 del CP implican una pena de prisión inferior a la mitad de la suma de las penas impuestas por los distintos delitos y en los que se imponga el cumplimiento íntegro (artículo 78.2 del CP), en cuyo caso no se podrá acceder al tercer grado hasta que se haya cumplido la mitad de dicha suma⁹⁵.

Con base en lo expuesto con anterioridad, debemos señalar que, para que un condenado a la pena de prisión permanente revisable pueda acceder al tercer grado de tratamiento penitenciario o régimen abierto, ha de cumplir dos requisitos de distinta naturaleza; uno de ellos temporal y otro valorativo.

El primero de ellos exige que hayan transcurrido quince años de prisión; o veinte, en su caso, y es ciertamente susceptible de crítica si tenemos en cuenta que el período máximo de seguridad de la pena máxima general que permite el CP es de quince años de prisión, siendo esta pena máxima de treinta años; y para el caso de delitos relativos a grupos y organizaciones terroristas y delitos de terrorismo, el período máximo de seguridad que está fijado es de veinte años de prisión, siendo la pena máxima excepcional para estos casos de cuarenta años. Con la imposición de este requisito temporal tan rígido se evidencia la marginación del sistema de individualización científica de la pena en función de las circunstancias personales del recluso y de su particular evolución, para hacer una especial diferenciación entre el bloque de delitos considerados como excepciones a la regla general y el bloque en el que se encuentra el resto de los delitos; haciendo depender el régimen penitenciario aplicable fundamentalmente en función del ilícito penal perpetrado. Con respecto al sistema previsto para los delitos enumerados en este listado cerrado, cabe señalar que la fijación del período de seguridad se basa simplemente en la obligatoriedad de haber cumplido al menos la mitad de la pena impuesta; y en cuanto al sistema previsto para los condenados a la pena de prisión permanente revisable lo que se hace es añadir más tiempo de prisión efectiva alargando los plazos⁹⁶.

El segundo de los requisitos, que es valorativo, consiste en que el juez o tribunal, para poder acordar la progresión del penado al tercer grado de tratamiento, ha de corroborar que hay un «*pronóstico individualizado y favorable de reinserción social*»,

⁹⁴ Cfr. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, “Prisión perpetua y de larga duración ...”, *op. cit.*, p. 195.

⁹⁵ *Ibíd.*, p. 196.

⁹⁶ *Ibíd.*, pp. 195-196.

una vez oídos el Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias. El artículo 36 del CP se refiere a que sea el juez o el tribunal sentenciador el que acuerde el tercer grado, cuando antes de la última gran reforma penal, la regla general de concesión era que lo hiciera el Centro Directivo, previa propuesta de la Junta de Tratamiento, tal y como estipula el artículo 103.1 y 4 del RP⁹⁷. El citado artículo 36 también mantiene la alusión al pronóstico de reinserción social, que antes estaba limitado al levantamiento del período de seguridad por el juez de vigilancia penitenciaria (JVP). Ciertamente, la autorización de acceso al tercer grado es análoga al levantamiento del período de seguridad, si no fuera porque este último lo concede el JVP y el primero, el tribunal sentenciador; por este motivo no debemos olvidar que para levantar el período de seguridad, se sigue un procedimiento que inicia la Junta de Tratamiento, a propuesta del JVP, y para ello se debe valorar una serie de criterios positivos: asumir o no el delito, es decir, reconocer y valorar el significado de su conducta recogida en los hechos probados de la sentencia condenatoria; mostrar una actitud de respeto hacia la víctima o víctimas con un compromiso firmado de arrepentimiento y asunción o reparación de las consecuencias derivadas del delito; tener buena conducta en libertad (después de cometer el delito y antes de entrar en prisión) y pruebas que lo avalen; y participar en programas específicos de tratamiento que guarden relación con la actividad delictiva, así como la evolución demostrada en ellos, tal y como contempla la Instrucción 7/2010, de 14 de diciembre⁹⁸, de la SGIIPP, que modificó la Instrucción 2/2005 sobre el período de seguridad del artículo 36.2 del CP⁹⁹.

La LOGP en su artículo 72.5¹⁰⁰ exige, además de los requisitos previstos en el CP, que el interno haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito o de los delitos que haya cometido, y en el apartado 6 establece unos presupuestos específicos para supuestos de personas condenadas por delitos relacionados con el terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales.

En cuanto al apartado 3 del artículo 36 del CP, cabe mencionar que contiene una excepción general muy importante, que permite acordar la progresión al tercer grado de tratamiento de todos los penados -incluidos los que están cumpliendo penas de prisión

⁹⁷ El artículo 103 del RP, que recoge el procedimiento de clasificación inicial del reo, establece en su apartado primero: «*La propuesta de clasificación inicial penitenciaria se formulará por las Juntas de Tratamiento, previo estudio del interno*». Asimismo, el apartado 4 del mismo precepto estipula que: «*La resolución sobre la propuesta de clasificación penitenciaria se dictará, de forma escrita y motivada, por el Centro Directivo en el plazo de dos meses desde su recepción*».

⁹⁸ Disponible en: <https://www.acaip.es/areas/legislacion/circulares-instrucciones?start=80>

⁹⁹ Cfr. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, “Prisión perpetua y de larga duración ...”, *op. cit.*, pp. 196-197.

¹⁰⁰ Concretamente el artículo 72.5 de la LOGP impone: «*La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición*».

permanente revisable- independientemente de que no hayan cumplido los respectivos períodos de seguridad¹⁰¹. Reza así el artículo:

«En todo caso, el tribunal o el juez de vigilancia penitenciaria, según corresponda, podrá acordar, previo informe del Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la progresión a tercer grado de tratamiento por motivos humanitarios y de dignidad personal de penados enfermos muy graves con padecimientos incurables y de los septuagenarios valorando, especialmente su escasa peligrosidad».

En igual sentido, el artículo 104.4 del RP, sobre casos especiales, también recoge este supuesto excepcional:

«Los penados enfermos muy graves con padecimientos incurables, según informe médico, con independencia de las variables intervinientes en el proceso de clasificación, podrán ser clasificados en tercer grado por razones humanitarias y de dignidad personal, atendiendo a la dificultad para delinquir y a su escasa peligrosidad».

Tal diagnóstico, que ha de ser sobre el alcance y posible desenlace de enfermedades cuya evolución no se conoce con exactitud, es bastante complejo. Claramente entran en colisión motivos humanitarios con criterios de seguridad, lo que requiere ponderar el derecho del interno a vivir lo que le queda de vida en libertad -puesto que su reclusión en esas penosas circunstancias se convertiría en un acto de crueldad- con la convicción de que no se va a reintroducir en la sociedad a un delincuente potencialmente peligroso, capaz de causar graves estragos¹⁰².

En último lugar, debemos remitirnos al subepígrafe 4.2 del Capítulo II de este trabajo, que trata sobre los distintos concursos de delitos que pueden darse cuando uno de ellos está castigado con la pena de prisión permanente revisable, ya que en el mismo se exponen detalladamente los períodos de seguridad que deben cumplirse en cada caso para poder acceder al tercer grado de tratamiento. Tan solo recordar a grandes rasgos, para no parecer redundante, que, de acuerdo con el artículo 78 bis del CP -que es el precepto al que nos remite el artículo 76.1 e) del CP-, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable, la progresión al tercer grado requerirá del cumplimiento de dieciocho, veinte o veintidós años de prisión, según el caso (artículo 78 bis 1 del CP); o de veinticuatro o treinta y dos años, si se tratara de delitos relativos a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo, o delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales (artículo 78 bis 3 del CP). Es ilógico el hecho de que el legislador, en la regulación de los delitos referentes al terrorismo, no siga siempre el mismo criterio, pues si comparamos los plazos de los permisos de salida con los de acceso al tercer grado

¹⁰¹ En este sentido, no es necesario cumplir los períodos de seguridad, como ya aclaró la Instrucción 2/2005, de 15 de marzo, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, al afirmar que ello no es necesario debido a que el artículo 92 del CP exime de tales requisitos temporales para la obtención de la libertad condicional; y por ello debe aplicarse el mismo criterio, ya que ambos descansan sobre el principio de humanidad de las penas.

¹⁰² Cfr. LEGANÉS GÓMEZ, Santiago, *op. cit.* p. 160.

cuando se trata de un único delito, existe un plazo excepcional para estos casos, mientras que cuando se trata de concursos de delitos, el plazo excepcional es aplicable no solo en caso de terrorismo, sino también de organizaciones criminales¹⁰³. A este respecto, LANDA GOROSTIZA explica: «Esta aplicación de un régimen especial penitenciario en atención al tipo de delito (de terrorismo), y no a características personales e individuales de cada preso, constituye una política general, colectiva, que pugna directamente contra la necesidad de considerar la ejecución penitenciaria de forma individualizada»¹⁰⁴.

Como reflexión final, cabe remarcar que el acceso al tercer grado o régimen abierto para los condenados a prisión permanente revisable es una de las posibles salidas existentes en la ley que se torna frustrada en la práctica. Si conseguir permisos de salida es casi inviable, el régimen abierto es técnicamente inalcanzable, pues los requisitos y obstáculos impuestos son cumulativos. Lo mismo sucede con la revisión de la pena, como más adelante veremos. Consecuentemente, el hecho de que según las previsiones legales los condenados a esta grave pena de prisión puedan disfrutar del régimen abierto para evitar el encierro perpetuo, es una mera cuestión formal e irrealizable que simplemente está ideada para intentar cumplir con las exigencias de tratados europeos en materia de derechos humanos¹⁰⁵.

5.3. La revisión de la prisión permanente revisable como suspensión de la ejecución del resto de la pena. Comparativa con la libertad condicional para penas de prisión determinadas

La libertad condicional, de acuerdo con el artículo 72.1 de la LOGP, constituye el último grado del sistema de individualización científica y su finalidad última es facilitar el tránsito a la vida en libertad a aquellos penados que tienen un pronóstico favorable de reinserción social en la etapa final del cumplimiento de sus condenas mediante la excarcelación anticipada, pero sometida a diversos controles penitenciarios y judiciales. Se aplica a aquellos internos que normalmente proceden del régimen abierto para que disfruten el último período de su pena en libertad, prosiguiendo la relación de control con la Administración penitenciaria¹⁰⁶. El Consejo General del Poder Judicial (en lo que sigue, CGPJ), en el informe del Anteproyecto de la LO 7/2003¹⁰⁷, se pronunció al respecto: «Su fundamento, según pensamiento clásico, es el de servir de estímulo para la

¹⁰³ Cfr. LÓPEZ PEREGRÍN, CARMEN, “Más motivos para derogar...”, *op. cit.*, p. 29.

¹⁰⁴ Cfr. LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, “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 y criminología*, n.º 17, 2015, p. 29.

¹⁰⁵ Cfr. RÍOS MARTÍN, Julián Carlos, *op. cit.*, p. 49. En el mismo sentido, LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, “Más motivos para derogar...”, *op. cit.*, p. 6; 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: revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 110, 2014, p. 67; y CANCIO MELIÁ, Manuel, “La pena de cadena perpetua («prisión permanente revisable») en el Proyecto de reforma del Código Penal”, en *Diario la ley*, n.º 8175, 2013, p. 1554.

¹⁰⁶ Cfr. LEGANÉS GÓMEZ, Santiago, *op. cit.* p. 226.

¹⁰⁷ Vid. Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Medidas de Reforma para el Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas, de 4 de febrero de 2003, pp. 25-26.

buena conducta y enmienda del penado; y por otro, es el puente de tránsito entre la vida penitenciaria y la vida libre o momento en que el Estado pone a prueba la aptitud del penado para la vuelta a la sociedad. Por lo tanto, la libertad condicional es una institución que afecta a la forma de cumplimiento de la pena privativa de libertad, pero no puede confundirse con la pena misma ni afecta a su magnitud».

No obstante, conviene señalar que la libertad condicional perdió su identidad propia cuando fue absorbida por otra figura de posterior creación, cual es la suspensión de la ejecución; pasando así a ser una modalidad más de esta. Esta especie de fusión entre ambas figuras afectará en unos años a los reclusos que cumplan penas de prisión permanente revisable porque se diseñó con el fin de permitir la excarcelación definitiva de los mismos, pero no para dejarles cumplir el último tramo de su condena en libertad; como sí que sucede con el resto de los internos que cumplen penas privativas de libertad, tal y como estipula el artículo 90 del CP¹⁰⁸.

Actualmente en nuestro CP la suspensión de la ejecución de la pena es una figura que abarca también la sustitución de la pena y la libertad condicional, lo que puede llevar a confusión en los supuestos en los que se sustituye una pena de prisión de corta duración por otra menos gravosa y en los de excarcelación anticipada del penado en el tramo final de su condena, propia de todas las penas de prisión. En consonancia con esta caótica sistematización, el legislador optó por regular el proceso de revisión de la pena de prisión permanente revisable dentro de la suspensión de la ejecución, contribuyendo a complicar aún más las cosas. Concretamente, la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad es una institución bastante compleja y su prolija regulación se extiende desde el artículo 80 hasta el 87 incluido, en la sección 1.ª del Capítulo III: «*De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional*», correspondiente al Título III del Libro I del CP.

En el artículo 80 del CP se establecen los casos en los que se puede suspender la ejecución de las penas de prisión no superiores a dos años para evitar el ingreso en prisión, los requisitos que han de reunirse al efecto para ello, así como varias excepciones a la regla general. Evidentemente no es aplicable a los casos de prisión permanente revisable, sin embargo, nos sirve para ejemplificar una de las modalidades de suspensión de la ejecución. En su apartado primero dispone:

«Los jueces o tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos.

Para adoptar esta resolución el juez o tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y

¹⁰⁸ Cfr. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, “Prisión perpetua y de larga duración ...”, *op. cit.*, p. 202.

sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas».

En lo que a la libertad condicional se refiere, esta figura encuentra su regulación en el CP en los extensos artículos 90, 91 y 92. El artículo 90 del CP regula otra modalidad de suspensión de la ejecución, que está ideada para dejar en suspenso la ejecución del resto de la pena de prisión y que está íntimamente relacionada con la libertad condicional. La puede aplicar el JVP en la última fase de cumplimiento de la condena si el reo cumple una serie de condiciones: estar clasificado en tercer grado de tratamiento, haber cumplido las tres cuartas partes de la pena impuesta, haber mostrado una buena conducta, tener un pronóstico favorable de reinserción social y haber satisfecho la responsabilidad civil derivada de delito en los términos del artículo 72.5 y 6 de la LOGP. Lógicamente este precepto no es de aplicación para la pena de prisión permanente revisable, porque al ser esta una pena indeterminada, es imposible saber cuál sería su cuarta parte.

Es en el artículo 92 del CP donde se regula específicamente la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable. Si bien es cierto que contiene requisitos muy similares a los de la libertad condicional y que incluso se encuentra en la sección 3.^a titulada: «*De la libertad condicional*», del Capítulo III referido *supra*, esta concreta modalidad de suspensión de la ejecución es un medio para dar comienzo a la revisión de la pena de prisión permanente y, por consiguiente, al posible principio del fin de la misma; pero para nada constituye un adelantamiento de la excarcelación del reo, pues no es realmente una libertad condicional¹⁰⁹.

Pues bien, a continuación se transcribe el prolijo contenido del artículo 92, para posteriormente hacer una serie de precisiones sobre los aspectos más destacables del mismo. Establece así:

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

a) Que el penado haya cumplido veinticinco años de su condena¹¹⁰, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 78 bis para los casos regulados en el mismo¹¹¹.

¹⁰⁹ Cfr. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, “Prisión perpetua y de larga duración ...”, *op. cit.*, pp. 203-204.

¹¹⁰ Según LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, “Más motivos para derogar...”, *op. cit.*, p. 31, si un sujeto es condenado por un único delito a la pena de prisión permanente revisable, no podrá acceder a la libertad condicional hasta haber cumplido veinticinco años en prisión, plazo que no puede entenderse como “parte mínima de la condena”, como se aludía en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, pues tal período supera el máximo de veinte años de prisión que establece el artículo 36.2 del CP. Así lo entiende FUENTES OSORIO, Juan, “Períodos de cumplimiento mínimo para el disfrute de beneficios penitenciarios y permisos de salida”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *Comentario a la reforma penal del 2015*, 2015, p. 139.

¹¹¹ Recordemos que para los supuestos concursales previstos en el artículo 78 bis del CP, la suspensión de la ejecución de la pena requerirá un mínimo de veinticinco años de prisión para los casos previstos en el artículo 78 bis 1 a) y b) y de un mínimo de treinta años de prisión para el supuesto concursal del artículo 78 bis 1 c), según el artículo 78 bis 2 del CP. Asimismo, en el caso de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, se exigen

b) *Que se encuentre clasificado en tercer grado.*

c) *Que el tribunal, a la vista de la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas, pueda fundar, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario y por aquellos especialistas que el propio tribunal determine, la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social.*

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

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

2. *Si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, será además necesario que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.*

3. *La suspensión de la ejecución tendrá una duración de cinco a diez años. El plazo de suspensión y libertad condicional se computará desde la fecha de puesta en libertad del penado. Son aplicables las normas contenidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 80 y en los artículos 83, 86, 87 y 91¹¹².*

El juez o tribunal, a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas, podrá modificar la decisión que anteriormente hubiera adoptado conforme al artículo 83, y acordar la imposición de

veintiocho años en los supuestos concursales del artículo 78 bis 1 a) y b) y treinta y cinco años en el supuesto del artículo 78 bis 1 c), conforme al artículo 78 bis 3 del CP.

¹¹² En relación con la remisión que se hace a estos artículos del CP, resaltar la valoración del esfuerzo en la reparación del daño (artículo 80.1); la posibilidad de imponer prohibiciones y deberes (artículo 83); las causas de revocación de la suspensión de la ejecución (artículo 86); la remisión de la pena (artículo 87); y los supuestos especiales sobre penados septuagenarios y enfermos muy graves con padecimientos incurables (artículo 91). Todas estas materias son competencia del tribunal sentenciador, a excepción de la última, que es competencia del JVP.

nuevas prohibiciones, deberes o prestaciones, la modificación de las que ya hubieran sido acordadas, o el alzamiento de las mismas.

Asimismo, el juez de vigilancia penitenciaria revocará la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la libertad condicional concedida cuando se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada.

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

Llegados a este punto cabe efectuar una comparativa de este precepto con el artículo 90 del CP, resaltando las diferencias más relevantes entre los regímenes establecidos en los mismos con el fin de sintetizar sus diversas implicaciones.

Al comparar los requisitos exigidos en el artículo 90.1 del CP con los del artículo 92 transcrito *supra*, constatamos que, mientras que en los casos generales para obtener la libertad condicional se requiere haber cumplido las tres cuartas partes de la pena de prisión impuesta; para poder acceder a la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable -y consiguientemente a su revisión- tiene que haber transcurrido uno de los plazos de seguridad fijados al efecto. Esto es así por la indeterminación de esta gravísima pena, que además imposibilita que se pueda conceder la libertad condicional anticipada al cumplirse dos tercios de la condena¹¹³, lo que sería conveniente para adelantar la suspensión de la ejecución de esta pena a los internos que reunieran los requisitos, salvaguardando así el propósito del sistema de individualización científica¹¹⁴. En cualquier caso, los plazos que se prevén resultan a todas luces excesivos, incluso para los casos de delito único, que requiere haber cumplido ni más ni menos que veinticinco años de encierro en prisión¹¹⁵.

¹¹³ El artículo 90.2 del CP exige el cumplimiento de tres presupuestos: «También podrá acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y conceder la libertad condicional a los penados que cumplan los siguientes requisitos:

a) *Que hayan extinguido dos terceras partes de su condena.*

b) *Que durante el cumplimiento de su pena hayan desarrollado actividades laborales, culturales u ocupacionales, bien de forma continuada, bien con un aprovechamiento del que se haya derivado una modificación relevante y favorable de aquellas de sus circunstancias personales relacionadas con su actividad delictiva previa.*

c) *Que acredite el cumplimiento de los requisitos a que se refiere el apartado anterior, salvo el de haber extinguido tres cuartas partes de su condena».*

¹¹⁴ Cfr. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, “Prisión perpetua y de larga duración ...”, *op. cit.*, pp. 205-206, así como GARCÍA ALBERO, *op. cit.*, p. 626, que se cuestiona: «¿Qué son las 2/3 partes de una prisión permanente? Pues algo también permanente. Lo infinito no resulta divisible».

¹¹⁵ Cfr. CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 218; así como LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, “Más motivos para derogar...”, *op. cit.*, p. 32.

Sin embargo, del mismo modo que acontece con el acceso al tercer grado, en el artículo 91.1 del CP se establecen varias excepciones a la regla general, pues no será aplicable el requisito del cumplimiento mínimo de una parte proporcional de la condena cuando se trate de penados septuagenarios o de enfermos muy graves con padecimientos incurables. A pesar de que este precepto no hace referencia alguna a la pena de prisión permanente revisable ni a sus plazos específicos, se entiende que esta regla se extiende también a los condenados a ella, pues el artículo 92. 3 del CP hace una remisión expresa al artículo 91 del CP¹¹⁶. Concretamente este precepto establece en su apartado 1:

«No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, los penados que hubieran cumplido la edad de setenta años, o la cumplan durante la extinción de la condena, y reúnan los requisitos exigidos en el artículo anterior, excepto el de haber extinguido las tres cuartas partes de aquella, las dos terceras partes o, en su caso, la mitad de la condena, podrán obtener la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la concesión de la libertad condicional.

El mismo criterio se aplicará cuando se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables, y así quede acreditado tras la práctica de los informes médicos que, a criterio del juez de vigilancia penitenciaria se estimen necesarios».

Otra diferencia más entre los regímenes de los artículos 90 y 92 del CP es que, en el apartado 1 del artículo 90 del CP se impone el pago de la responsabilidad civil derivada de delito como requisito para que pueda suspenderse la ejecución de la última parte de la condena y para que pueda acordarse la libertad condicional, mientras que en la revisión de la prisión permanente revisable no existe esta imposición, lo cual tiene bastante sentido porque de no ser así, significaría que la liberación del condenado a prisión permanente revisable queda supeditada al pago de la responsabilidad civil, lo cual sería algo inhumano y aberrante, puesto que la pena se convertiría en perpetua y no tendría encaje en nuestro sistema jurídico. Además, al estar concebida la libertad condicional para adelantar la excarcelación del penado y no para posibilitar el inicio del fin de la pena, como acontece con la suspensión de la ejecución de la prisión permanente, es lógico y coherente que esto esté configurado así¹¹⁷.

Siguiendo con la comparación, es importante tener en cuenta que, para la concesión de la libertad condicional en los supuestos generales, el JVP tiene que valorar la existencia de buena conducta por parte del penado, sin que se exija además que haya un pronóstico favorable de reinserción social, presupuesto este último que sí se exige para la revisión de la pena de prisión permanente revisable, y que se determina con base a los criterios contenidos en la letra c) del artículo 92.2 del CP. El requisito del pronóstico favorable de reinserción social es el que genera una mayor desconfianza, pues en él hay un amplio margen de subjetividad a la hora de valorar los distintos extremos fijados para

¹¹⁶ Entienden que este precepto se ha de aplicar también a los casos de prisión permanente revisable en una interpretación sistemática y en beneficio del reo, GARCÍA ALBERO, *op. cit.*, p. 626, así como LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, “Más motivos para derogar...”, *op. cit.*, p. 33.

¹¹⁷ Cfr. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, “Prisión perpetua y de larga duración ...”, *op. cit.*, p. 206.

determinar la situación concreta del penado. Los niveles de preocupación van en aumento cuando nos cercioramos de que no son vinculantes los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario correspondiente, y elaborados por aquellos especialistas que han tratado al sujeto personalmente durante su privación de libertad; ni los presentados por los especialistas que el propio tribunal determine, siendo el tribunal el que en última instancia tiene que decidir sobre la suspensión de la ejecución, después de valorar los distintos extremos que tienen una gran complejidad técnica¹¹⁸.

Es alarmante el hecho de que el legislador incluyera en la letra c) del artículo 92.1 del CP, criterios de naturaleza estrictamente penal para la valoración del pronóstico de reinserción social, como son los antecedentes, las circunstancias del delito cometido y la relevancia de los bienes jurídicos afectados por el delito¹¹⁹, pues son criterios que ya fueron tenidos en cuenta para determinar la consecuencia jurídica aplicable -cual es, la prisión permanente revisable- y para proceder a la clasificación inicial en uno de los grados de cumplimiento de la condena, ya que además nada pueden informar sobre el pronóstico del recluso después de veinticinco años o más de cumplimiento¹²⁰. También es ilógico que se hayan impuesto criterios basados en factores que no dependen en absoluto del penado, como *sus* circunstancias familiares y sociales, por no hablar del criterio sobre «*los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas*», que si se impuso para tener en cuenta la alarma social que generaría la concesión de la libertad condicional del penado, podemos decir que este no podrá salir de la cárcel nunca¹²¹.

En síntesis, se trata de intentar determinar si queda o no un ápice de peligrosidad¹²² en el recluso después de que haya estado encerrado en prisión durante muchos años. Sin embargo, la peligrosidad del penado no trae como consecuencia la imposición de una medida de seguridad -lo cual sería totalmente lógico y adecuado-, sino el mantenimiento de una pena basada en la supuesta responsabilidad criminal por delitos que podrían cometerse o no en un futuro hipotético. Este desconcertante panorama se acentúa más en los supuestos de terrorismo, en los que la revisión de la pena de prisión permanente está supeditada al cumplimiento de unas condiciones que constituirían ya presupuestos para la adquisición de beneficios penitenciarios y para el acceso al régimen

¹¹⁸ Cfr. CÁMARA ARROYO, Sergio, “Crónica y crítica...”, *op. cit.*, p. 270.

¹¹⁹ En cuanto a los bienes jurídicos que pudieran verse afectados por una posible reincidencia delictiva del penado, si observamos los supuestos delictivos que tienen aparejada la pena de prisión permanente revisable, la valoración que se haga difícilmente estará exenta de conjeturas, prejuicios y previsiones acertadas o no, y tenderá a alejar al sujeto de cualquier individuo y de la sociedad en su conjunto.

¹²⁰ Cfr. DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto, *op. cit.*, pp. 80-81.

¹²¹ Cfr. LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, “Más motivos para derogar...”, *op. cit.*, pp. 33-34.

¹²² La fiabilidad del pronóstico de peligrosidad se ha puesto en duda muchas veces debido a la sobreestimación del riesgo en una multiplicidad de supuestos en los que, tras concluir que el sujeto era potencialmente peligroso, finalmente no volvió a delinquir. De hecho, llama la atención que los delitos que son más graves y que se cometen en baja medida, son casualmente los más proclives a la sobreestimación de peligrosidad. En este sentido, cfr. MARTÍNEZ GARAY, Lucía, “Predicción de peligrosidad y juicio de constitucionalidad de la prisión perpetua”, en ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto (ed. lit.), LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (ed. lit.), PÉREZ MANZANO, Mercedes (ed. lit.), y RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina (coord.), *Contra la cadena perpetua*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016, pp. 140-147 y 153.

abierto, sacando a la luz una inquietante contradicción: si un penado condenado por un delito de terrorismo consigue acceder al régimen abierto, es porque ha tenido que cumplir ya tales requisitos. Y la pregunta que surge es: ¿puede denegarse la suspensión de la ejecución tras la revisión de la pena de manera coherente?¹²³.

Seramente debemos preguntarnos si es posible cumplir en la práctica el tercero de los requisitos del artículo 92.1 del CP, porque es casi imposible que el tribunal determine que hay un pronóstico favorable de reinserción social si tiene que valorar todos los aspectos que se exigen. Una persona que lleva como mínimo veinticinco años ininterrumpidos de condena en un centro penitenciario, difícilmente va a encontrarse socialmente preparada para vivir en libertad. Y si además tenemos en cuenta las pésimas circunstancias familiares y sociales que con toda seguridad tendrá el penado una vez que salga de prisión con su historial delictivo de por medio, si es que su caso no se ha hecho mediático en la opinión pública y toda España conoce su rostro e identidad, por no hablar de si estará capacitado para desempeñar una ocupación laboral si es que no está en edad de jubilación para entonces. Todos estos aspectos evidencian la imposibilidad efectiva de suspender la ejecución de la pena de prisión permanente revisable en la práctica y nos suscita la duda de si el legislador quiso realmente garantizar una política penitenciaria orientada a la reeducación y reinserción de los penados o si es que únicamente estableció la posibilidad de revisar esta durísima pena para tratar de otorgar una apariencia de constitucionalidad a esta retrógrada institución¹²⁴. Pareciera que se parte de que el penado es irreparable, a no ser que demuestre lo contrario, lo cual es un criterio bastante alarmante si tenemos en cuenta los múltiples requisitos cumulativos que debe cumplir para poder conseguir la suspensión de la ejecución de su condena¹²⁵.

Continuando con la comparación de los artículos 90 y 92 del CP, también ha de mencionarse que la libertad condicional no contempla plazos predeterminados para volver a solicitarla, dejando a un lado los períodos de revisión de clasificación que prevé la legislación penitenciaria, que son cada seis meses, tal y como prevé el artículo 105.1 del RP¹²⁶. En cuanto a los plazos de revisión de la prisión permanente revisable, una vez extinguida la parte de la condena prefijada al efecto, el tribunal (se entiende que sentenciador) resolverá sobre si procede o no la suspensión de la ejecución de la pena¹²⁷ tras un procedimiento oral contradictorio en el que intervendrán el Ministerio Fiscal y el penado, asistido por su abogado (artículo 92.1 *in fine* del CP). Si finalmente se concede la suspensión, esta tendrá una duración de cinco a diez años, según el artículo 92.3 del CP, pero no se establece ningún criterio a la hora de establecer una u otra duración. En cambio, si en la primera revisión de la pena de prisión permanente se deniega la concesión

¹²³ Cfr. CÁMARA ARROYO, Sergio, “Crónica y crítica...”, *op. cit.*, p. 270.

¹²⁴ Cfr. RÍOS MARTÍN, Julián Carlos, *op. cit.*, pp. 50-51.

¹²⁵ Cfr. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, Eva María, *op. cit.*, p. 138.

¹²⁶ El artículo 105 del RP, sobre la revisión de la clasificación inicial, establece en su apartado 1: «Cada seis meses como máximo, los internos deberán ser estudiados individualmente para evaluar y reconsiderar, en su caso, todos los aspectos establecidos en el modelo individualizado de tratamiento al formular su propuesta de clasificación inicial».

¹²⁷ En cambio, para la pena de prisión determinada el órgano competente para decretar la suspensión de la ejecución de la pena o libertad condicional es el JVP, según el artículo 90.1 del CP.

de la suspensión, el tribunal deberá volver a constatar si se cumplen o no los requisitos establecidos al efecto al menos cada dos años. Y también podrá hacerlo a petición del penado, pudiendo fijar un plazo de hasta un año dentro del cual, tras haber rechazado una petición, no podrá dar curso a nuevas solicitudes. En este sentido, ROIG TORRES, concluye que, si tras el cumplimiento de veinticinco, veintiocho, treinta o treinta y cinco años de prisión (según el caso), el penado no obtiene la suspensión en la primera revisión, la posibilidad de que su situación cambie en uno o dos años, es ínfima¹²⁸.

Por otra parte, la suspensión de la ejecución (libertad condicional) de la pena de prisión la concede el JVP y la de la pena de prisión permanente revisable el tribunal sentenciador, tras la celebración del procedimiento oral contradictorio referido. Pero en realidad, en lo que a la prisión permanente revisable se refiere, el tribunal sentenciador solo mantiene la facultad de condicionar la suspensión de la ejecución al cumplimiento de ciertas prohibiciones y deberes conforme al artículo 83 del CP¹²⁹, que resulta aplicable por expresa dicción del artículo 92.3 del CP¹³⁰.

Para terminar con la comparación entre la libertad condicional propia de las penas de prisión convencionales y la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente, hay que destacar que para la revocación de ambas figuras se efectúa una remisión conjunta al artículo 86 del CP, en el que se establecen las causas específicas de revocación por el juez o tribunal y en ambos casos se establece que la revocación de la suspensión es competencia del juez o tribunal (según el apartado 1 del artículo 86 del CP), aunque hay discrepancias al respecto dentro de la doctrina¹³¹. Asimismo, mientras que en la libertad condicional la condena efectiva en prisión se termina -aunque con la posibilidad de que se pierda el tiempo transcurrido si se revoca la misma-, en la prisión permanente revisable la revocación de la suspensión de su ejecución conlleva el emplazamiento a un nuevo intento de solicitud de revisión de la pena, volviendo a la casilla de inicio¹³².

¹²⁸ Cfr. ROIG TORRES, Margarita, “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*, n.º 111, 2013, p. 136.

¹²⁹ Cfr. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, “Prisión perpetua y de larga duración ...”, *op. cit.* pp. 204-205.

¹³⁰ Cfr. ROIG TORRES, Margarita, “La cadena perpetua: los modelos...”, *op. cit.*, p. 136, que indica que no tiene mucho sentido que el artículo 92.3 del CP declare que son aplicables las normas contenidas en el párrafo segundo del artículo 80.1 del CP, porque tal precepto no recoge normas, sino circunstancias a valorar para conceder la suspensión de la pena en el régimen general de penas de prisión inferiores a dos años, circunstancias que se acumulan con las específicas previstas en el artículo 92.1 c) del CP.

¹³¹ En este sentido, autores como TÉLLEZ AGUILERA, Abel, *op. cit.*, p. 7 y CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, “Prisión permanente...”, *op. cit.*, p. 236, señalan que es curioso que la revocación la decrete el JVP en lugar de el tribunal sentenciador, que es el órgano que la concedió. Para ROIG TORRES, Margarita, “La cadena perpetua en el Derecho...”, *op. cit.*, pp. 167-168, el artículo 92.3 del CP solo menciona al JVP para el caso de cambio de las circunstancias que no permitan mantener el pronóstico de falta de peligrosidad, remitiéndose en lo demás al órgano sentenciador.

¹³² Cfr. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, “Prisión perpetua y de larga duración ...”, *op. cit.*, p. 207, que, en relación con la revocación de la libertad condicional, expone la desnaturalización que ha sufrido esta tradicional figura penitenciaria -concebida como una fase del cumplimiento de la condena y usada primeramente como penalización solo para los delitos de terrorismo-, que se ha convertido en un mecanismo de interrupción de la pena mediante la suspensión de la ejecución de la misma, pues si se

El artículo 86 del CP obliga al juez o tribunal a revocar la suspensión de la pena cuando el penado: sea condenado por un delito cometido durante la suspensión (siempre que ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede mantenerse); incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones y deberes que le hubieran sido impuestos, o se sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria; incumpla de forma grave o reiterada las condiciones que se le hubieran impuesto para la suspensión; facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos que le hubieran sido decomisados; no cumpla el compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado (salvo que careciera de capacidad económica para ello); o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio.

Por último, debo resaltar que el hecho de que el régimen de la revocación sea el mismo para el caso de penas de prisión permanente revisable y, por ejemplo, para casos de suspensión de la ejecución de condenas de prisión de menos de dos años es algo absolutamente incomprensible, porque la revocación de la suspensión en una pena que puede convertirse en vitalicia, es algo trascendental, y por ello lo mejor habría sido confeccionar un régimen específico con supuestos de revocación más acordes a su particular naturaleza¹³³. Además, el artículo 92.3 del CP, parece contener un supuesto específico de revocación en su párrafo tercero, pues establece que el JVP revocará la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la libertad condicional «*cuando se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada*»¹³⁴.

III. ASPECTOS MÁS PROBLEMÁTICOS DE LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PENAL SUSTANTIVO

A lo largo de este capítulo se hace una crítica en relación con los problemas derivados de la inclusión de la prisión permanente revisable en nuestro ordenamiento jurídico desde el punto de vista del Derecho penal sustantivo. Se lleva a cabo un análisis eminentemente teórico; y además se efectúa un estudio desde una perspectiva práctica, esto es, examinando algunas de las sentencias relativas a las cuestiones de nuestro interés (pues no se pueden analizar pormenorizadamente todas las existentes debido a las limitaciones de extensión de este trabajo); ya que los problemas se agravan con la multiplicidad de matices que hay en cada supuesto concreto, debido a que la realidad siempre pone en evidencia detalles que en una concepción teórica pueden pasar desapercibidos. Todo ello nos permitirá comprobar la multiplicidad de obstáculos que

produce un incumplimiento determinado durante el periodo de suspensión, se pierde el tiempo de condena transcurrido hasta entonces con la revocación.

¹³³ Cfr. LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, “Más motivos para derogar...”, *op. cit.*, p. 37.

¹³⁴ Cfr. CASALS FERNÁNDEZ, Ángela, “La prisión permanente...”, *op. cit.*, p. 250.

hay a la hora de aplicar las previsiones del CP en esta materia, algunos de ellos salvables y otros imposibles de esquivar.

Como veremos, la implementación de esta gravísima pena ha dado lugar a verdaderos problemas jurídicos a la hora de aplicarla, intentando los magistrados a través de la interpretación de las leyes, no conculcar los principios inspiradores de nuestro Derecho penal sustantivo. Pero ciertamente, esa tarea interpretativa ha sido y está siendo altamente dificultosa, puesto que la pésima sistematización llevada a cabo por el legislador a la hora de incluir esta nueva figura en nuestro CP nos permite advertir sin demasiada dificultad un elenco de situaciones incoherentes y controvertidas en las que se vulneran algunos principios básicos en los que se debería basar siempre nuestro Derecho penal.

Por otro lado, ya que en algunos epígrafes de este capítulo se realiza un estudio jurisprudencial relativo a la prisión permanente revisable, cabe hacer una serie de precisiones a ese respecto. Pues bien, desde que entró en vigor hace ya siete años la pena de prisión permanente revisable en España, han sido más de treinta las personas condenadas hasta la fecha en que se ha realizado este trabajo (casi todos ellos conocidos por la brutalidad y especial crueldad de sus crímenes a través de los medios de comunicación de masas). En la mayoría de las sentencias ha sido de aplicación el artículo 140.1.1.^a del CP, por tener las víctimas de estos asesinatos menos de dieciséis años en el momento en que se perpetraron los mismos, o por tratarse de personas especialmente vulnerables en función de su edad, enfermedad o discapacidad. También ha de resaltarse que se ha aplicado varias veces el artículo 140.1.2.^a del CP por haberse cometido el asesinato de forma subsiguiente a un delito contra la libertad sexual de la misma víctima, y en menor medida, se ha aplicado también en varias ocasiones el artículo 140.2 del CP, debido a la perpetración de dos o más asesinatos por parte del mismo sujeto¹³⁵.

En la actualidad nadie ha sido condenado a esta gravísima pena por la comisión de un asesinato y a su vez pertenecer a un grupo u organización criminal, que sería el supuesto previsto en el artículo 140.1.3.^a del CP, evidenciándose así las tendencias criminales que dan mayor protagonismo a las circunstancias 1.^a y 2.^a del artículo 140.1 del CP. Aunque la institución de la prisión permanente revisable lleve en vigor poco más de un lustro, con una alta probabilidad, dichas tendencias se mantendrán en el tiempo puesto que, estadísticamente, del grueso de condenados por delitos violentos, solo un bajo porcentaje pertenece a organizaciones o grupos criminales, ya que la amplia mayoría de los reos son delincuentes que actúan de forma individual, ajenos a actividades criminales estructuradas. Por otro lado, como es obvio, tampoco nadie ha sido condenado en nuestro país por haber asesinado al Rey, a la Reina o a la Princesa de Asturias (artículo 485 del CP); ni por un delito de genocidio, (artículo 607 del CP); o de lesa humanidad (artículo 607 bis 2.1 del CP).

¹³⁵ Cfr. CASALS FERNÁNDEZ, Ángela, “Algunos aspectos controvertidos de la pena de prisión permanente revisable”, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, volumen LXXIV, 2021, p. 585.

1. Incompatibilidad entre los artículos 139.1.1.^a y 140.1.1.^a del Código Penal por vulneración del principio *non bis in ídem* cuando concurre alevosía

El primer aspecto controvertido que hemos de señalar es el de la circunstancia cualificada de la alevosía, que transforma el delito de homicidio en asesinato (artículo 139.1.1.^a del CP) en relación con el tipo de asesinato hipercualificado del artículo 140.1.1.^a del CP. Recordemos que la alevosía es una circunstancia agravante genérica así como la primera circunstancia que cualifica el asesinato de las que prevé el artículo 139 del CP. Pues bien, el artículo 22 del CP recoge las circunstancias genéricas que agravan la responsabilidad criminal y establece la alevosía como la primera de ellas. Este precepto contiene asimismo la definición legal de la alevosía, circunstancia caracterizada por tener una naturaleza mixta y por afectar a dos de los elementos del delito; a la antijuridicidad y a la culpabilidad. Establece así:

«Son circunstancias agravantes: 1.^a Ejecutar el hecho con alevosía. Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder por la defensa por parte del ofendido».

Por otro lado, tenemos la definición jurisprudencial de alevosía que ha ido perfilándose por el TS a través de sus numerosas sentencias. La definición más amplia que ha dado el TS después de ir corrigiendo su propia doctrina es la siguiente: «[...] la esencia o núcleo de la alevosía se encuentra en el aniquilamiento de las posibilidades de defensa; o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión, cuyos orígenes son indiferentes»¹³⁶.

En este sentido, la jurisprudencia del TS ha indicado de forma reiterada que han de darse cuatro elementos para que pueda ser apreciada la alevosía¹³⁷. En primer lugar, un elemento normativo, que implica que únicamente puede haber alevosía en los delitos contra las personas, de manera que solo puede darse esta circunstancia agravante en los delitos que por su naturaleza lo permitan. En segundo lugar, un presupuesto objetivo consistente en que el autor utilice en la ejecución del delito medios, modos o formas objetivamente adecuados para asegurar la eliminación de las posibilidades de defensa de la víctima, sin que el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad sea por sí solo suficiente para poder apreciar la alevosía. En tercer lugar, como requisito subjetivo, el autor debe actuar con un dolo que se extienda no solo sobre el empleo de los referidos medios, modos o formas empleados, sino también sobre su voluntad de asegurar la ejecución, impidiendo la efectiva defensa del ofendido, y minimizando el potencial riesgo

¹³⁶ Vid. entre otras muchas sentencias: STS 7993/2011 de 25 de noviembre; STS 2039/2011, de 14 de abril; STS 5129/2011, de 28 de junio; STS 5344/2012, de 11 de julio; STS 4775/2013, de 8 de octubre; STS 1465/2014, de 16 de mayo; STS 5083/2014, de 12 de diciembre; STS 5442/2014, de 26 de diciembre; STS 677/2015, de 25 de febrero; STS 824/2015, de 12 de marzo; o STS 2446/2015, de 4 de mayo.

¹³⁷ Vid. a modo de ejemplo: STS 907/2008, de 18 de diciembre; STS 25/2009, de 22 de enero; STS 37/2009, de 22 de enero; STS 172/2009, de 24 de febrero; STS 371/2009, de 18 de marzo; STS 541/2012, de 26 de junio; STS 66/2013, de 25 de enero; STS 455/2014, de 10 de junio; STS 363/2016, de 27 de abril; STS 583/2016, de 1 de julio; y STS 700/2018, de 9 de enero.

que pudiera suponer para su persona la posible reacción defensiva de aquel. Y, en cuarto y último lugar, debe existir una mayor antijuridicidad en la conducta delictiva, debido al *modus operandi* escogido especialmente para conseguir tales objetivos. Este elemento es teleológico y se refiere a la comprobación por parte del autor del crimen de que efectivamente se ha conseguido poner a la víctima en una situación de absoluta indefensión¹³⁸.

Por otro lado, cabe mencionar que hay distintos tipos de alevosía según la doctrina y la reiterada jurisprudencia del TS, y aunque tradicionalmente se han distinguido tres modalidades, hay un total de cuatro. Primeramente, tenemos la alevosía proditoria o traicionera, referida a aquellos supuestos en los que se lleva a cabo una emboscada, insidia, trampa o celada, es decir, un acecho con ocultamiento del agente en un lugar propicio a la espera de que la víctima aparezca para atacarla sin que se lo espere. Asimismo, cabe destacar la alevosía sorpresiva, inopinada o súbita, en la que el sujeto activo ataca de manera totalmente imprevista o fulgurante, sin que pueda haber ningún tipo de prevención del ataque por parte del ofendido. En tercer lugar, existe la alevosía de desvalimiento¹³⁹, que consiste en el aprovechamiento por parte del sujeto activo de una situación de desamparo en la que se encuentra la víctima, por ser esta especialmente vulnerable por razón de su edad -por ser un bebé, un niño o un anciano frágil-, por padecer algún tipo de enfermedad o por encontrarse en unas condiciones que propician su indefensión, como estar dormido, embriagado o narcotizado. Por último, tenemos la alevosía doméstica o convivencial, que en los últimos tiempos se está consolidando en la jurisprudencia y que se basa en una relación previa de confianza entre el sujeto activo y la víctima, lo cual provoca una situación total de despreocupación por parte de esta que no es capaz siquiera de advertir la existencia de un potencial peligro y que debe diferenciarse de la circunstancia agravante genérica de abuso de confianza (artículo 22. 6.ª del CP)¹⁴⁰.

Después de hacer esta breve explicación sobre la figura de la alevosía, es importante señalar que, si bien sirve para cualificar el delito de homicidio y convertirlo en un tipo autónomo, como es el delito de asesinato; no tiene entidad por sí sola para calificar el delito de homicidio como asesinato hiperagravado del artículo 140.1.1.ª del CP. A este respecto debemos exponer las incongruencias existentes entre los artículos 139.1.1.ª y 140.1.1.ª del CP. El artículo 140.1 del CP establece:

«El asesinato será castigado con la pena de prisión permanente revisable cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

¹³⁸ Cfr. PINTO PALACIOS, Fernando, “Alevosía, *non bis in idem* y prisión permanente revisable. Un análisis jurisprudencial del Tribunal Supremo”, en *Diario la ley*, n.º 9799, febrero de 2021, p. 5.

¹³⁹ De estas modalidades, es evidente que la alevosía por desvalimiento nunca puede consistir en aniquilar las posibilidades de defensa, por la simple razón de que no se puede acabar con unas posibilidades de las que carece el desvalido, si bien es cierto, que existe igualmente indefensión, que es aprovechada útilmente por el sujeto activo del delito. Así, la indefensión de la víctima existe, bien provocada por el autor con su actuación o bien por ser esta la situación preexistente de la víctima -en la alevosía por desvalimiento-.

¹⁴⁰ Cfr. CASALS FERNÁNDEZ, Ángela, “Algunos aspectos controvertidos...”, *op. cit.*, p. 588.

1.^a *Que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad».*

De la literalidad de este precepto se pueden advertir multiplicidad de incongruencias. Lo primero que nos pasa por la mente es la conculcación del principio *non bis in ídem*, debido a que al recoger como circunstancia hipercualificada el hecho de que la víctima sea especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad, se está considerando doblemente un mismo hecho delictivo, que es el de ejecutar el homicidio de una persona que por razón de sus circunstancias personales está en una posición de indefensión. Pero es precisamente esa situación de indefensión por las condiciones individuales de la propia víctima, lo que permite apreciar la concurrencia de la alevosía de desvalimiento. Por tanto, si concurre este tipo de alevosía a la hora de dar muerte a un sujeto, esta circunstancia cualifica el delito de homicidio y lo convierte en un delito de asesinato, y a su vez, este asesinato debería de convertirse -según el parecer del legislador- en un delito de asesinato hiperagravado del artículo 140.1.1.^a, si la víctima es especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad.

Con respecto al delito de asesinato del artículo 140.1.1.^a deriva un gran problema de delimitación entre el asesinato con alevosía y el asesinato hipercualificado en virtud de las condiciones personales del sujeto pasivo. Todo ello evidencia una intolerable tendencia al *non bis in ídem*, puesto que la gran parte de los casos en los que la víctima es una persona menor de dieciséis años o especialmente vulnerable por su edad o discapacidad, terminan en la alevosía, de modo que si se castiga a alguien con la pena de prisión permanente revisable por haber asesinado a una persona de once años, por ejemplo, y que estaba totalmente indefensa por las circunstancias concretas del caso, se estaría castigando dos veces la misma situación, primero para aplicar la alevosía del artículo 139.1.1.^a del CP, y después para aplicar el asesinato hiperagravado. También podría darse el caso de que la víctima menor de dieciséis años en una situación concreta no estuviera indefensa y pudiese defenderse del ataque -de modo que no hubiese alevosía- pero sí que concurriese alguna otra circunstancia cualificante del referido artículo 139.1, como precio o recompensa, lo que determinaría la aplicación directa del artículo 140.1.1.^a con su correlativa pena de prisión permanente.

Algunos autores como LÓPEZ PEREGRÍN aseguran que, dar muerte a un bebé, por ejemplo, no podría entenderse ya como un asesinato alevoso, sino como un homicidio cualificado del artículo 138.2 a) del CP, quedando únicamente la posibilidad de calificar los hechos como asesinato si se da otra de las circunstancias previstas en el artículo 139.1 del CP, como en el hipotético caso en el que un menor de quince años con capacidad para defenderse de su homicida (lo que descartaría la alevosía de desvalimiento) fuese atacado súbitamente por este; concurriendo la alevosía sorpresiva, pero en este caso, tendríamos que volver al artículo 140.1.1.^a del CP, por ser la víctima menor de dieciséis años¹⁴¹.

¹⁴¹ Cfr. LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, “Más motivos para derogar...”, *op. cit.*, p. 10. En el mismo sentido, SIERRA LÓPEZ, María del Valle, “Los principales problemas que suscita el delito de asesinato en el

En cualquier caso, si en el marco normativo actual la tendencia jurisprudencial es la de seguir optando por la aplicación de la alevosía de desvalimiento, lo que no puede hacerse bajo ningún concepto es considerar este tipo de alevosía para calificar los hechos como asesinato del 139.1.1.^a y después considerar esa misma circunstancia cualificante para aplicar el artículo 140.1.1.^a del CP¹⁴².

A continuación, se exponen algunos casos hipotéticos para poder evidenciar de una forma más gráfica los problemas que estamos relatando. Supongamos pues que un sujeto da muerte a su hijo de dos años, asfixiándole mientras duerme en su habitación. Evidentemente hay un delito de asesinato por la concurrencia de la circunstancia cualificante de la alevosía, ya que, por la corta edad de la víctima, esta no tuvo oportunidad alguna de defenderse y su padre era plenamente consciente de que su hijo pequeño no podría oponer ningún tipo de resistencia. Entonces, esa misma circunstancia, cual es, la situación de indefensión de la víctima por razón de su corta edad sirve para convertir el delito de homicidio en asesinato con alevosía y a su vez para convertir este último en un delito de asesinato hiperagravado del artículo 140.1.^a del CP, castigado con pena de prisión permanente revisable, por ser la víctima especialmente vulnerable por razón de su edad y por tener menos de dieciséis años. Es evidente que de esta forma se está conculcando el principio *non bis in ídem*, porque se está castigando dos veces un mismo hecho, es decir, si la aplicación de la alevosía se basa en las condiciones personales de la víctima (por su edad, discapacidad o enfermedad), hay un grave e intolerable problema jurídico.

Sin embargo, si en el anterior supuesto hipotético, sustituimos la alevosía de desvalimiento por una alevosía sorpresiva, por ejemplo, las cosas cambian. Imaginemos una situación en la que un sujeto de mediana edad -treinta y cinco años- no sospecha absolutamente nada de las intenciones homicidas de su compañero de piso y según sale del baño, este le está esperando al lado de la puerta y le propina un brutal hachazo en la cabeza, acabando con su vida casi de forma instantánea. Evidentemente el delito se comete con alevosía, pero en este caso, no se aplicaría el artículo 140.1.1.^a, porque la víctima no se encuentra indefensa por razón de su edad, discapacidad o enfermedad (no es un niño ni un anciano octogenario, ni tiene ningún tipo de patología que le dificulte el movimiento). En este ejemplo, la alevosía no se basa en el estado de la víctima, sino en el modo de ejecución del delito, que en este caso sería un ataque súbito y totalmente imprevisible y es por ello por lo que no habría problema alguno.

Una vez terminada la explicación teórica anterior sobre la alevosía, vamos a adentrarnos, a través de un análisis jurisprudencial, en los problemas de aplicabilidad práctica relativos a esta cuestión que afecta de forma intolerable al principio de *non bis*

Proyecto de Reforma del Código Penal de 2013”, en MUÑOZ CONDE, Francisco (dir.), DEL CARPIO DELGADO, Juana (coord.), GALÁN MUÑOZ, Alfonso (coord.), *Análisis de las reformas penales. Presente y futuro*, 1.^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 60.

¹⁴² Cfr. LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, “Más motivos para derogar...”, *op. cit.*, pp. 10-11.

in ídem. Se analizarán diversas sentencias a modo de ejemplo, pero no todas las que hay hasta la fecha, ya que no es posible abarcarlo todo en este trabajo.

En primer lugar, vamos a traer a colación la STS 520/2018, de 31 de octubre, en la que se explica la dificultad de deslindar la alevosía en relación con el artículo 140.1.1.^a del CP, aunque ciertamente no se condenó al acusado a la pena de prisión permanente revisable, sino a la del asesinato con alevosía del artículo 139.1.1.^a del CP con la atenuante de confesión. En cuanto a los hechos probados, básicamente lo que aconteció es que el acusado, el día 5 de octubre de 2016, en el domicilio sito en Alicante en el que convivía junto con su tía abuela de avanzada edad, cogió un cable eléctrico de una lámpara con el propósito de acabar con la vida de esta, se aproximó a la mecedora en la que estaba sentada esperando a que le trajera el desayuno, le rodeó el cuello de un modo súbito y apretó fuertemente hasta que comprobó que había acabado con su vida, siendo la causa de la muerte anoxia anóxica. La víctima se encontraba deteriorada por la edad y por las dolencias propias de la misma y fue privada de toda posibilidad de impedir o repeler la agresión o de ponerse a cubierto de ella por lo rápido, inesperado y mortífero del ataque. El 10 de octubre de 2016, el acusado acudió a la Comisaría Provincial de Alicante y confesó haber matado a su tía abuela violentamente.

Se fundamenta así en la referida sentencia del TS que:

«Concorre un fundamento diferente para cada una de las dos cualificaciones (alevosía, vulnerabilidad) que, por tanto, resultan compatibles:

1. La alevosía se aprecia en virtud de la forma de comisión delictiva (sorpresiva e inopinada), un estrangulamiento inesperado con un cable, que no dejaba capacidad de reacción. Habría alevosía fuese cual fuese la edad y condición de la víctima.

2. La agravación de especial vulnerabilidad se basa en la ancianidad y situación de la víctima.

Son dos bases diferentes para dos agravaciones diferentes: no hay bis in ídem sino un legítimo bis in altera.

Ciertamente el apartado 1.1.^a del artículo 140 suscita problemas de deslinde con la alevosía (vid. STS 80/2017, de 10 de febrero), la solución no pasa inevitablemente por un reformateo del concepto actual de la alevosía o un replanteamiento de sus fronteras o perfiles, ni por el vaciado de contenido en la práctica del artículo 140.1. 1.^a del CP».

Sigamos con las explicaciones que el TS da para delimitar los casos en los que sí que se puede apreciar el asesinato hiperagravado del artículo 140.1.1.^a y los casos en los que no:

«Una buena parte de los casos en que la víctima es menor de edad o persona especialmente vulnerable serán supuestos de alevosía. Pero no todos necesariamente. De lo contrario carecería de sentido la previsión del homicidio agravado que recoge el vigente artículo 138.2 a) del CP. El homicidio agravado por razón de las condiciones de la víctima ha de tener su propio campo de acción: aquel en que no exista alevosía. Son

imaginables sin excesivo esfuerzo supuestos en que pese a ser la víctima menor de dieciséis años o vulnerable por su enfermedad o discapacidad no concurrirá alevosía. Sería entonces aplicable el homicidio agravado del artículo 138.2. a) del CP (homicidio sobre un adolescente de quince años capaz ya de desplegar su propia defensa, o en niños en compañía de personas que los protegen...).

En los supuestos en que la edad de la víctima (niños de escasa edad o ancianos) o la enfermedad o discapacidad física o mental, determinan por sí solas la alevosía, nos encontraremos, entonces sí, ante el tipo básico de asesinato (artículo 139.1.1.ª). No cabrá apreciar además el asesinato agravado del artículo 140.1.1.ª pues las condiciones de la víctima basan ya la alevosía. Lo impide la prohibición del bis in ídem.

Pero cuando a la alevosía, basada en otros elementos, se superpongan circunstancias del apartado 1.ª del artículo 140.1 no contempladas para calificar el ataque como alevoso será posible la compatibilidad. Así, el acometimiento por la espalda de un menor de quince años se calificará de asesinato alevoso del artículo 139.1 del CP (el ataque por la espalda integra la alevosía) y especialmente grave del artículo 140.1.1.ª (por ser la víctima un menor) (vid. STS 80/2017, de 10 de febrero)».

Puntualiza esta resolución que no todos los casos en los que se mata a un menor de edad o a una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad, concurre alevosía, puesto que de no ser así, ello implicaría inutilizar el artículo 138.2 a) del CP (argumento bastante razonable), y asimismo fundamenta que ha de concurrir el tipo básico de asesinato del artículo 139.1.1.ª del CP en aquellos supuestos en los que la alevosía que se ha apreciado es la de desvalimiento, es decir en los casos en los que la edad de la víctima o la enfermedad o discapacidad de la misma hayan sido determinantes para cualificar el homicidio y transformarlo en asesinato. De tal manera que solo se podrá aplicar el artículo 140.1.1.ª del CP cuando el delito de asesinato no se haya apreciado precisamente por la situación de desvalimiento de la víctima en función de sus circunstancias personales, sino por otro tipo de alevosía que pueda superponerse a las circunstancias relativas a que la víctima sea menor de dieciséis años o a que sea una persona especialmente vulnerable. Es decir, si se ha dado muerte a una persona de catorce años, por ejemplo, concurriendo ensañamiento, precio o cualquiera de las demás circunstancias cualificantes previstas en el artículo 139.1 del CP; es decir, todos los tipos de alevosía salvo la de desvalimiento (sorpresa, proditoria o convivencial)¹⁴³.

En este sentido, el TS recalca que la muerte de un ser desvalido que suponga por sí sola alevosía, habrá de resolverse mediante un concurso de normas, aplicando el asesinato alevoso con preferencia al homicidio agravado por las circunstancias de la víctima. Y ello con base en las reglas 1 y 4 del artículo 8 del CP de especialidad y alternatividad, respectivamente. Ahora bien «cuando, como sucede aquí, el ataque se concreta en una modalidad alevosa, totalmente independiente de la condición de la

¹⁴³ Cfr. PINTO PALACIOS, Fernando, *op. cit.*, p. 5.

víctima, su avanzada edad o su enfermedad o discapacidad pueden operar con nueva agravación a través del artículo 140.1.1.ª del CP».

A mi parecer, esta fundamentación que da el TS, aunque en ciertos aspectos es muy razonable, no es del todo acertada, porque independientemente del tipo de alevosía que haya concurrido en la comisión del delito, el fundamento último de esta circunstancia cualificante, sea del tipo que sea, es la situación de indefensión absoluta de la víctima. No importa qué tipo de circunstancia haya determinado esa indefensión, pues el desvalor jurídico de la acción reside en el hecho de que la víctima se encuentre en una situación en la que sus posibilidades de defensa sean prácticamente nulas. Aunque concurra una alevosía sorpresiva o inopinada y no la de desvalimiento, que es la que entra en total confrontación con la circunstancia de vulnerabilidad de la víctima recogida en el artículo 140.1.1.ª del CP, se produce igualmente una vulneración de la prohibición del *bis in ídem*, puesto que el estrangulamiento inesperado con un cable, lo que implicó es que la víctima estuviera indefensa y que no tuviese el más mínimo margen de maniobra para repeler el ataque y ello fue con independencia de su edad, pues aunque hubiese tenido cuarenta años, por ejemplo, no habría tenido posibilidad alguna de repeler el ataque por la forma en que este se produjo (y esto último lo considera correctamente el TS).

Sin embargo, si aplicamos esa interpretación del TS a otros casos en los que la víctima, es atacada de forma sorpresiva (por ejemplo), y además es vulnerable por su corta edad o por su ancianidad, no se vulneraría el principio del *non bis in ídem* y sí que debería aplicarse el asesinato hiperagravado del artículo 140.1.1.ª del CP según el criterio del TS. Sin embargo, aunque concurrieran dos tipos de alevosía (sorpresiva y de desvalimiento), estaríamos teniendo en cuenta dos veces la misma circunstancia; cuando se transforma el homicidio en asesinato por la concurrencia de alevosía (artículo 139.1.1.ª) y cuando, gracias a la previa calificación de los hechos como asesinato, se aplica el asesinato hiperagravado del artículo 140.1.1.ª del CP debido a la vulnerabilidad de la víctima por su ancianidad, porque no podemos olvidar, que la alevosía solo se tiene en cuenta una vez (aunque doctrinalmente se diferencien varios tipos). Y es más ilustrativo entender esto si pensamos en lo que se hacía antes de la última gran reforma del CP. Si en un supuesto concurrían varios tipos de alevosía, por ejemplo, de desvalimiento (por ser la víctima un niño de cinco años) y sorpresiva (por haber atacado a la víctima de forma súbita y repentina, por tirarlo por un precipicio de un empujón, por ejemplo), el resultado no habría variado; se habrían calificado los hechos como un asesinato con alevosía, independientemente de que los magistrados, dentro del marco punitivo que tienen para operar, hubiesen puesto una pena más elevada por la mayor reprochabilidad de la actuación, y esto es fácilmente demostrable si tenemos en cuenta el artículo 139.2 del CP, que básicamente agrava la pena del asesinato, cuando concurren dos o más circunstancias cualificantes (y la alevosía, no puede tenerse en cuenta doblemente, pues al final lo que se valora es la situación de indefensión que se da por sí sola con la única concurrencia de cualquiera de los tipos de alevosía).

Siguiendo con el análisis jurisprudencial, cabe citar la STS 700/2018, de 9 de enero, en la que se confirma la sentencia de la AP de Alicante que condenó al acusado

por tres delitos de asesinato en grado de tentativa, uno de ellos en su modalidad hiperagravada debido a que la víctima era menor de dieciséis años. La alevosía fue la circunstancia cualificante que determinó la calificación de los hechos como asesinatos y no como homicidios y en este caso se trataba de una alevosía de tipo convivencial, referida a los modos o formas de ejecución, pues todas las víctimas se encontraban en una situación de tranquilidad y, consecuentemente, de indefensión, puesto que confiaban en la seguridad de su hogar¹⁴⁴.

Concretamente lo que sucedió en relación con el extremo objeto de estudio, fue que el acusado, Francisco García Jiménez, que por aquel entonces era brigada de la Guardia Civil, entró el día 3 de junio de 2016 al domicilio en el que residían Eva María y su marido Florián -también agentes de la misma institución- y el hijo de ambos de tres años, en el cuartel de la Guardia Civil. El acceso a la vivienda se realizó mediante una copia de las llaves de la misma, que estaba guardada en el cuartel de la Guardia Civil por motivos de seguridad. El ahora condenado, con la intención de acabar con la vida de Eva María, Florián y su hijo, vertió un líquido sobre la comida que Florián había dejado preparada para la familia, concretamente sobre un arroz cocido. Dicho líquido tóxico, pericialmente analizado, resultó que contenía un insecticida de la familia de los organofosforados, que según se pudo determinar, con una exposición aguda o repetida durante el tiempo, puede causar inconsciencia, convulsiones y la muerte.

Según fundamenta la Sala de lo Penal del TS en este caso: «*La aplicación del tipo hiperagravado previsto en el artículo 140.1.1ª del CP respecto al hijo menor del matrimonio no constituye vulneración del principio non bis in ídem, ya que la edad del menor no ha sido tomada en consideración para calificar como alevosa la conducta del acusado. Las mismas circunstancias apreciadas para calificar alevosa la acción ejecutada frente a sus progenitores han sido utilizadas para calificar igualmente alevosa la acción ejecutada frente al mismo*». Cabe hacer la misma crítica que la efectuada en relación con la sentencia precedente a esta, y es que, independientemente del tipo de alevosía que se haya dado, ello no debería ser fundamento suficiente para aplicar el asesinato hiperagravado sin conculcar el principio de *non bis in ídem*, puesto que al final lo que se está haciendo es tomar en consideración dos veces un mismo hecho, cual es, la situación de indefensión de la víctima. No debería importar el hecho de que esa indefensión se proyecte de dos modos distintos: pues solo con que uno de ellos tenga lugar, debería ser suficiente, ya que la indefensión ha de ser absoluta para la concurrencia de la alevosía, si no, estaríamos hablando de la circunstancia agravante de abuso de superioridad.

Continúa explicando el TS que lo que se tiene en cuenta en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (a partir de ahora, TSJ), que confirma la sentencia de instancia, para apreciar la existencia de alevosía en el intento de arrebatar las vidas de los cónyuges y del hijo menor de ambos son las siguientes circunstancias: «*el hecho de que el acusado allanara de forma reiterada y subrepticia la*

¹⁴⁴ Cfr. CASALS FERNÁNDEZ, Ángela, “Algunos aspectos controvertidos...”, *op. cit.*, p. 589.

vivienda de sus víctimas vertiendo sustancias tóxicas que podían causar la muerte en los alimentos que aquellas iban a consumir confiadamente; la confianza de las víctimas en la normalidad y tranquilidad de su hogar; la traición por una sorpresiva e inopinada intromisión agresiva; la indefensión de los agredidos y la ausencia de riesgo para el agresor por su distancia y su disimulo abyecto». En este sentido, es totalmente certero el criterio del TS, pues parece bastante evidente que hubo alevosía por los medios empleados para tratar de asegurar la muerte de las víctimas.

No obstante, el TS hace referencia a un párrafo concreto de la STS 80/2017, de 10 de febrero, que ya hemos analizado *supra*, y básicamente viene a concluir que no hay conculcación del principio de *non bis in ídem* cuando a la circunstancia cualificante de la alevosía, se superpongan las circunstancias del artículo 140.1.1.^a del CP que no estén contempladas para calificar el ataque como alevoso, de manera que si concurren dos tipos de alevosía (como por ejemplo, la sorpresiva, que hace que se aplique el asesinato alevoso del artículo 139.1 del CP) y la vulnerabilidad de la víctima derivada de sus condiciones personales, sí que considera apropiado aplicar el asesinato hiperagravado, eso sí, en grado de tentativa. A este respecto ya se ha emitido una valoración *supra*.

Caso distinto es el de la sentencia de la AP de Santa Cruz de Tenerife 100/2018, de 21 de marzo, en el que Sergio Díaz Gutiérrez (mediáticamente conocido como el carnicero de Icod) fue condenado como autor penalmente responsable de un delito de asesinato hiperagravado del artículo 140.1.1.^a del CP, por haber acabado con la vida del abuelo de la chica que por aquel entonces era su pareja sentimental, de sesenta y seis años de edad. Se declaró probado que la mañana del 14 de enero de 2016, Sergio fue al domicilio de Salvador Valentín Luis González, situado en el barrio de El Mayorazgo (Icod de los Vinos) y una vez dentro de la casa, y con el propósito de acabar con su vida, de forma sorpresiva e inesperada se abalanzó sobre él portando un cuchillo y empujándolo hasta el final del pasillo, lo que hizo que cayera al suelo y quedara tumbado boca arriba, siendo plenamente consciente de que con todo ello se aseguraba de causarle la muerte sin el peligro que para su integridad física pudiera provenir de una defensa por parte del agredido. Así, le asestó más de treinta puñaladas con el cuchillo que llevaba y con otros más que cogió de la vivienda y le propinó numerosos golpes con distintos objetos contundentes que encontró en la casa, causándole graves heridas inciso-contusas en la cara, sabiendo que así le sometía a padecimientos innecesarios para causarle la muerte con el objetivo de aumentar deliberada e inhumanamente el su sufrimiento. Sergio no paró hasta causarle la muerte, que se produjo por la gran pérdida de sangre y lo hizo con pleno conocimiento de la situación de vulnerabilidad de su víctima, pues el hombre padecía una discapacidad como consecuencia de un ictus isquémico que había sufrido años atrás y que, entre otras cosas, le hacía tener mermada su capacidad de reacción a estímulos.

Tras la referida condena a prisión permanente revisable, la defensa presentó un recurso de apelación ante el TSJ de las Islas Canarias que fue desestimado. No obstante, con posterioridad se interpuso un recurso de casación ante el TS alegando que se había incurrido en un error *iuris nocet* (error de Derecho que perjudica), al considerar que no

se había respetado el sistema escalonado de hipercualificación previsto, porque el tribunal había considerado dos veces la circunstancia de alevosía en su modalidad de desvalimiento; primeramente por entender conceptualmente que había un delito de asesinato por la situación de vulnerabilidad de la víctima; y después por aplicar por ese mismo motivo el delito de asesinato hipagravado previsto en el artículo 140.1.1.^a del CP.

Finalmente, el TS estimó el recurso de casación planteado y revocó la pena de prisión permanente revisable en su STS 716/2018, de 16 de enero. La Sala de lo Penal del TS concluyó que: *«la situación de desvalimiento, o si se prefiere la especial vulnerabilidad e la víctima por razón de su enfermedad o discapacidad, tal como resulta del contenido de la resolución recurrida, integraba de modo inescindible junto al ataque sorpresivo, la situación de indefensión que posibilitó la estimación de la circunstancia de alevosía»*. Asimismo, establecieron los magistrados que: *«la consecuencia es que no es dable estimar la hipagravación del artículo 140.1.1.^a, la situación de vulnerabilidad, so pena de incurrir en proscrita doble valoración»*. Con base en lo anterior, se descartó la aplicación del artículo 140.1.1.^a del CP y el reo fue condenado a una pena de veinticuatro años de prisión, por aplicación del artículo 139.2 del CP, ya que concurrieron dos circunstancias cualificantes; la alevosía y el enseñamiento¹⁴⁵. Esto supuso que Sergio Díaz Gutiérrez fuese el segundo reo condenado a prisión permanente revisable y el primero al que se le revocó esta pena en última instancia.

Otro caso igualmente controvertido fue el que se trata en la STS 367/2019, de 18 de julio, que ahora analizaremos. El resumen de los hechos es el siguiente: en la noche del 24 al 25 de enero de 2016, la joven Vicenta pernoctaba con su hija de diecisiete meses de edad en el domicilio de Daniel Montaña González (al que había conocido poco tiempo antes a través de una web de citas), sito en Vitoria-Gasteiz, cuando, de madrugada, este entró en el dormitorio donde se encontraban durmiendo ambas, se sentó sobre la cama y puso su mano en el pecho de la menor. Esto hizo que Vicenta se despertara y se diera cuenta de lo que estaba sucediendo, de manera que apartó la mano de Daniel del cuerpo de su hija. En este momento, Daniel se subió sobre la cama y se puso encima de Vicenta y comenzó a propinarle múltiples puñetazos en la cara. La agarró del pelo y la tiró al suelo, donde continuó dándole golpes y amenazándola con que la iba a matar. Después, Daniel arrastró a Vicenta hacia la zona del balcón mirador del domicilio, la levantó del suelo y la empujó contra el cristal del balcón. A consecuencia de la agresión, se rompió uno de los cristales de un golpe y el sujeto intentó acabar con la vida de Vicenta tirándola por el balcón, sin conseguirlo. Después, cogió un pedazo de cristal y se lo clavó en el cuello. La hija de Vicenta se acercó hasta donde estaba su madre y Daniel, aprovechando que la pequeña pesaba solo unos pocos kilos y que medía 84 centímetros, la cogió y con intención de matarla, la lanzó por la ventana súbitamente a través del hueco del cristal que se había roto desde una altura de 4,96 metros. Desgraciadamente, la menor murió al

¹⁴⁵ Cfr. CASALS FERNÁNDEZ, Ángela, “Algunos aspectos controvertidos...”, *op. cit.*, pp. 589-590.

día siguiente como consecuencia del gravísimo traumatismo craneoencefálico que le ocasionó la caída.

En relación con el tema que nos ocupa y dejando de lado el delito de homicidio en grado de tentativa, el procesado fue condenado por un delito de asesinato hiperagravado del artículo 140.1.1.^a del CP, por tener la víctima diecisiete meses de edad. La Sala de lo Penal del TS contrarió las alegaciones de la defensa sobre la vulneración del principio *non bis in ídem* al establecer que: *«la indefensión proviene del desvalimiento que caracteriza a los ataques a un bebé de meses por la especial situación de vulnerabilidad de la víctima. Mientras que el fundamento de la prisión permanente revisable radica en la especial protección de los menores de dieciséis años (o resto de personas vulnerables) más que sancionar el mayor reproche derivado del aseguramiento buscado por el autor frente a posibles reacciones defensivas, que es el fundamento de la alevosía. De este modo la situación de desvalimiento, integraría la situación de indefensión que permitió la estimación de la circunstancia de alevosía y en todo caso la sorpresiva siempre podría cualificar el asesinato y la menor edad lo hipercualificaría»*. Es ciertamente peligrosa esta interpretación extensiva de la norma, que permite apreciar doblemente la circunstancia personal de la víctima -su indefensión natural debido a su cortísima edad- como alevosía del artículo 139.1.1.^a del CP; y como circunstancia hipercualificante del 140.1.1.^a del CP por ser la víctima menor de dieciséis años, puesto que está teniendo en cuenta la misma circunstancia para agravar dos veces la misma conducta.

El TS sostiene que existen distintos fundamentos detrás de cada concepto jurídico; el desvalimiento del artículo 139.1.1.^a del CP se refiere a la indefensión que deriva de todo ataque a un bebé de pocos meses, mientras que el desvalor jurídico del artículo 140.1.1.^a del CP se sustenta en todo ataque contra la vida de un menor de dieciséis años - y contra la de cualquier sujeto especialmente vulnerable-, pues el legislador quiso otorgar una mayor protección a las víctimas que están dentro de esa franja de edad. Pero es evidente que, en esencia, ambas situaciones se refieren a una misma situación de vulnerabilidad de la víctima en mayor o menor grado, que en el caso de que haya alevosía (del tipo que sea) el grado de vulnerabilidad es absoluto, mientras que si la vulnerabilidad se deriva de la corta edad de la víctima menor de dieciséis años este grado puede ser relativo o incluso, puede no haber vulnerabilidad como tal (pues no todas las personas menores de esa edad son vulnerables). Pero en el caso concreto, la propia edad de la víctima, que no era más que un bebé, es lo que da el desvalor jurídico suficiente para calificar los hechos como asesinato, lo cual no debería valorarse nuevamente.

Ahora bien, el TS puntualiza que como hay varios tipos de alevosía, podría basarse igualmente en la sorpresiva -tal y como se desarrollaron las circunstancias del caso- para aplicar el tipo de asesinato y luego basarse en la edad de la víctima para aplicar el asesinato hiperagravado. Pero ciertamente es indiferente que en un crimen concurren dos tipos distintos de alevosía, ya que eso nunca ha tenido relevancia a nivel penológico, como sí la tiene que concorra alevosía junto con ensañamiento o junto con precio o recompensa, pues estas circunstancias responden a realidades muy distintas. En esencia,

es indiferente a la hora de aplicar el delito de asesinato tipo básico, que concurren dos tipos de alevosía distintos, porque ambos responden a una misma realidad, cual es, la situación de indefensión absoluta en la que se encuentra la víctima y que es aprovechada por el sujeto activo del delito. Es decir, que si el ataque contra la bebé de diecisiete meses para acabar con su vida, no se hubiese producido de manera sorpresiva y esta hubiese podido esconderse o huir a otra habitación, habría dado lo mismo, porque igualmente habría estado indefensa y no habría podido evitar ser arrojada por la ventana. Es suficiente que concorra un tipo de alevosía para que la víctima no tenga forma alguna de defenderse, pues de no ser así, no estaríamos hablando de alevosía.

Otro caso muchísimo más truculento y horrible que el anterior fue el conocido crimen del descuartizador de Pioz (Guadalajara), François Patrick Nogueira Gouveia, un joven brasileño que por aquel entonces llevaba poco tiempo en España y que asesinó brutalmente a sus dos tíos y a los hijos de estos. El relato de los hechos probados es el siguiente: Entre los días 17 y 18 de agosto de 2016, Patrick mató a sus tíos Marcos Campos Nogueira y a Janaína Santos Américo (ambos de treinta y nueve años), y a los dos hijos de estos: Carolina de tres años y diez meses y David de año y medio. El día 17 de agosto, el condenado llegó sin previo aviso al domicilio de su tío, en donde Janaína se encontraba con sus hijos y llevaba una mochila que contenía una navaja muy afilada, guantes, bolsas de basura y cinta americana de precintar, que había adquirido días antes. De forma sorpresiva, después de haber comido tranquilamente con ellos unas pizzas, Patrick apuñaló en el cuello de forma sorpresiva a su tía política delante de sus hijos mientras estaban en la cocina, para atemorizarlos y aumentar su sufrimiento. Justo después, acabó con la vida de sus dos primos pequeños, también apuñalándolos en el cuello con el mismo cuchillo. Posteriormente, Patrick esperó hasta que su tío llegara al domicilio en la noche y también lo asesinó al propinarle catorce cortes en el cuello, después de hacerle ver los cadáveres de su familia. La causa de muerte de todas las víctimas fue shock hipovolémico. Con el fin de ocultar los cadáveres, Patrick descuartizó los cuerpos de sus tíos e introdujo sus partes en cuatro bolsas de plástico. Igualmente, introdujo los cuerpos de los niños en cuatro bolsas. Tras limpiar la casa para no dejar rastro y asearse, esperó a que se hiciera la hora para coger el primer autobús de vuelta y abandonó el lugar de los hechos. Los cuerpos fueron hallados un mes después, el 18 de septiembre, por aviso de los vecinos que percibieron el olor nauseabundo. Tras encontrarse los cuerpos, Santiago abandonó España y huyó a Brasil, aunque a los pocos meses regresó y fue capturado.

La AP de Guadalajara le condenó por un delito de asesinato con alevosía del artículo 139.1.1.^a del CP a la pena de veinticinco años de prisión; por dos delitos de asesinato con ensañamiento en relación con el artículo 140.1.1.^a del CP, por ser las víctimas especialmente vulnerables en razón de sus edades, a la pena de prisión permanente revisable por cada uno; y por un delito de asesinato con alevosía en relación con el artículo 140.2 del CP (por haber sido condenado por haber asesinado a más de dos personas), a la pena de prisión permanente revisable.

Ante esta durísima condena, la defensa interpuso un recurso de apelación que fue estimado por la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Castilla-La Mancha. En su STSJ 16/2019, de 13 de junio, este órgano estimó que las muertes de los dos adultos debían ser efectivamente calificadas como asesinatos con alevosía, puesto que ambos se cometieron de forma sorpresiva y sin posibilidad alguna de defensa; pero, sin embargo, en cuanto a los asesinatos de los menores, concluyó que la condena de prisión permanente revisable debía ser anulada, ya que consideró que la muerte de los dos menores fue alevosa, y tal hecho impedía apreciar el artículo 140.1.1.ª del CP por la misma circunstancia.

Finalmente, en la STS 814/2020, de 5 de mayo, la Sala de lo Penal del TS estimó los recursos de casación formulados por las acusaciones particulares y sentenció que sí debían imponerse dos penas de prisión permanente revisable por los asesinatos de los menores de edad. Se entendió que no había óbice alguno para dar un tratamiento agravado del asesinato de un menor cuya edad le inhabilita para cualquier defensa dada su mayor antijuridicidad. Así, la fundamentación del TS fue: *«[...] de lo que se trata es de responder a la cuestión de si la muerte alevosa de un menor cuya edad le inhabilita para cualquier defensa -hay menores que sí pueden defenderse-, impide un tratamiento agravado acorde con su mayor antijuridicidad- Y la respuesta ha de ser negativa. La consideración del asesinato de un niño como un presupuesto para sumar al desvalor inherente al medio ejecutivo la mayor reprochabilidad de la muerte a edad temprana, no suscita, a nuestro juicio, insuperables problemas de inherencia. De hecho, constituye una técnica legislativa -no exenta de crítica, es cierto- pero que está bien presente en otros pasajes del CP».*

El TS prosiguió relacionando el artículo 140.1.1.ª con el 188 del CP (sobre abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años), y manifestó que: *«El legislador ha considerado oportuno dar un tratamiento singularizado a aquellas ofensas contra menores de edad que se convierten en víctimas de abusos o agresiones sexuales por parte de otras personas. Su singularidad se justifica, entre otras razones, por la especificidad del bien jurídico protegido -la indemnidad sexual- y por el compromiso de toda sociedad democrática de favorecer una especial protección al menor de edad».*

Por último, la Sala Segunda del TS concluyó: *«[...] el artículo 140.1.1.ª del CP no agrava lo que ya ha sido objeto de agravación en el artículo 139.1, esto es, la muerte de un menor, ejecutada con alevosía por desvalimiento. El legislador ha seleccionado, entre las distintas modalidades de asesinato en las que el autor se aprovecha de la natural incapacidad de reacción defensiva de la víctima, un grupo social muy singular, a saber, el de las personas más vulnerables y, precisamente por ello, más necesitadas de especial protección. Conforme a la interpretación que ahora postulamos, la muerte alevosa de un niño siempre será más grave que la muerte alevosa de un mayor de edad que es asesinado mientras duerme o se encuentra bajo los efectos de sustancias que le obnubilan. Y siempre será más grave porque el desvalor de la conducta es también mucho más intenso, sin que lo impida la regla prohibitiva de inherencia que proclama el artículo 67 del CP».*

La propia sentencia de la Sala Segunda es contradictoria en sí misma, pues establece que no se conculca la prohibición contenida en el artículo 67 del CP, a la vez que hace referencia a la natural incapacidad de reacción defensiva de la víctima perteneciente a un grupo social muy singular, el de las personas más vulnerables. De modo que deja más que claro que se está teniendo en cuenta dos veces la misma circunstancia personal de desvalimiento de la víctima, una para cualificar el homicidio como asesinato por la concurrencia de alevosía, y otra para transformarlo en un asesinato hipercualificado.

Otro caso igualmente destacable por la trascendencia mediática que tuvo es el del niño Gabriel Cruz Ramírez de ocho años, que fue asesinado por la pareja sentimental de su padre, Ana Julia Quezada Cruz, primera mujer en España condenada a esta pena (si bien es cierto que más mujeres lo han sido con el paso del tiempo). Los hechos probados de nuestro interés son los siguientes: Ana Julia entabló una relación sentimental con Ángel David Cruz Sicilia (el padre del menor asesinado) en septiembre de 2017, ambos vivían juntos y también con el niño, cuando a este le correspondía estar con su padre. La tarde del 27 de febrero, el pequeño Gabriel le dijo a su abuela y a Ana Julia que se marchaba a jugar a casa de sus primos que vivían cerca. La ahora condenada, inmediatamente después de marcharse el niño de la vivienda, se subió a su vehículo y lo interceptó, instándole a que le acompañara a la finca familiar de Rodalquilar para realizar labores de pintura. El niño, ante la confianza que tenía en esta mujer, accedió a marcharse a la citada finca con ella, la cual se encontraba en un lugar alejado y deshabitado, a diversos kilómetros del núcleo urbano. Ana Julia era consciente de su superioridad respecto de Gabriel, por la diferencia de edad y complejión, ya que este solo medía 1.30 metros y pesaba veinticuatro kilos. Una vez en la finca de Rodalquilar, Ana Julia, de forma intencionada, súbita y repentina, cogió al pequeño y lo lanzó contra el suelo o pared de la habitación. Tras el impacto, la ahora condena procedió con sus manos a taponarle la boca y la nariz con fuerza, hasta vencer su resistencia y provocar su fallecimiento. Gabriel falleció como consecuencia de la oclusión de los orificios respiratorios, por asfixia mecánica por sofocación.

La AP de Almería condenó a Ana Julia a la pena de prisión permanente revisable por un delito de asesinato hiperagravado por ser la víctima menor de dieciséis años, así como por otros delitos que aquí no se van a tratar. La defensa recurrió la sentencia de la AP ante la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Andalucía, Ceuta y Melilla, que en su STSJ 26/2020, de 5 de febrero, estimó parcialmente el recurso de la defensa, pero en lo que a la pena que a nosotros nos ocupa, no cambió nada. En esta misma línea, tanto la defensa como las acusaciones particulares presentaron recurso de casación ante la Sala Segunda del TS que ratificó la condena de la acusada en su STS 701/2020, de 16 de diciembre, fundamentando por un lado, que sí concurrió alevosía, debido a que en los hechos probados se hace referencia a que la acusada atacó súbita y repentinamente al menor, antes de asfixiarle con sus propias manos hasta causar su muerte; y por otro lado, que la prisión permanente revisable tiene un fundamento distinto al de las agravaciones que

dieron lugar al delito de asesinato, no conculcándose así el principio *non bis in ídem*. En la referida sentencia del TS se establece lo siguiente:

«El distinto fundamento de la punición que caracteriza esta línea, procede de la STS 367/2019, de 18 de julio, en donde se proclama que la pena de prisión permanente revisable, que resulta de aplicación del art. 140.1 del CP tiene un fundamento distinto de las agravaciones que dan lugar al delito de asesinato. Por decisión del legislador, al incorporar tal pena a nuestro catálogo delictivo, como consecuencia de una decisión de política criminal, ha establecido que cuando en un delito de asesinato concurre alguna de las circunstancias detalladas en tal precepto, corresponderá la imposición de la pena de prisión permanente revisable, y ello ocurrirá en tres clases de supuestos: 1º) por razón de la especial vulnerabilidad de la víctima, que se predica con carácter general para los menores de 16 años; 2º) por razón de que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima; y 3º) cuando el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal.

Se trata de un diverso fundamento para la aplicación de tal precepto que agrava el delito de asesinato; por un lado, un hecho cualificado como tal delito de asesinato, y de otro, una mayor protección a un tipo de víctimas, como ocurre en el caso enjuiciado.

Son dos bases diferentes para dos agravaciones diferentes: no hay bis in ídem sino un legítimo bis in altera».

Esto realmente no obedece a un fundamento distinto, porque una circunstancia va incluida en la otra forzosamente. Si lo que se busca en el artículo 140.1.1.^a del CP es proteger a los menores de dieciséis años porque se considera que conforman un sector poblacional más vulnerable, esa mayor vulnerabilidad es algo que la alevosía tiene en cuenta por sí misma debido a su propia naturaleza. Es decir, no todos los menores de dieciséis años tienen que ser necesariamente seres indefensos, pero todo aquel ataque contra la vida que se comete de manera alevosa, implica necesariamente la indefensión absoluta de la víctima a la que se da muerte, independientemente de su edad.

Otro caso de especial interés es el que se trata en la STS 1406/2021, de 21 de abril, en la que se confirma íntegramente la condena impuesta en la STSJ 55/2020, de 17 de julio, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Canarias, contra la que la defensa interpuso recurso de casación. La síntesis de los hechos probados es la siguiente: Gonzalo S. Concepción, de cincuenta y siete años en el momento del crimen, causó la muerte de su tía -y supuestamente también pareja sentimental- Rosa María Concepción Hernández de sesenta años -que padecía una discapacidad global del 62%- en la noche del 2 al 3 de febrero de 2019, en el domicilio en el que ambos vivían en el barrio de Ofra de Santa Cruz de Tenerife. Poco antes de la fatídica madrugada, el acusado sometió a su tía de forma continua a violentas agresiones mediante golpes con sus puños y manos y con objetos en todas las partes de su cuerpo, aumentando la frecuencia y la gravedad de dichas agresiones, hasta que consiguió su objetivo de acabar con la vida de esta. Como consecuencia de lo anterior, la víctima, que no pudo oponer ningún tipo de defensa eficaz ante la brutal actuación de su sobrino, presentaba incontables lesiones por todo su cuerpo,

sobre todo en la región facial, del tórax y el abdomen, así como numerosas hemorragias y roturas de huesos. Todo ello, llevó a su agónico fallecimiento por un shock hipovolémico-hemorrágico masivo, que además se produjo de manera lenta y muy dolorosa, ya que estuvo deglutiendo durante horas en su estómago su propia sangre.

Por todo ello, se impuso la pena de prisión permanente revisable al condenado en concepto de autor por un delito de asesinato con alevosía y ensañamiento del artículo 139.1.1.^a y 3.^a y 2 del CP, hiperagravado por ser la víctima especialmente vulnerable en atención a su discapacidad, en virtud del artículo 140.1.1.^a del CP.

En la referida STSJ de Canarias, la Sala de lo Civil y Penal explicó en esencia que los artículos 139.1.^a y 140.1.1.^a del CP obedecían a fundamentos distintos y que por tanto no había incompatibilidad alguna entre ellos. Se transcribe a este respecto parte de la fundamentación empleada por este órgano judicial:

«[...] en aplicación de la jurisprudencia citada, en las presentes actuaciones no se ha producido una doble carga o imposición de la pena. Por un lado, la pena de prisión permanente revisable, que resulta de aplicación del artículo 140.1 del CP, tiene un fundamento distinto de las agravaciones que dan lugar al delito de asesinato. Por decisión del legislador, quedó establecido que cuando en un delito de asesinato concurra alguna de las circunstancias detalladas en tal precepto, corresponderá la imposición de la pena de prisión permanente revisable, y ello ocurre en el presente caso al haber sido declarado probado que [Rosa María] padecía una minusvalía y, por tanto, se encuentra dentro del primer apartado relativo a personas especialmente vulnerables.

En segundo lugar, en nuestro caso, el hecho ha sido calificado de asesinato, por cuanto que también el Tribunal Popular declaró probada la existencia del ensañamiento, recogida en el artículo 139. 3.º del CP. Luego, ya de por sí y sin necesidad de la existencia de la alevosía, queda amparada la decisión del Tribunal del Jurado, ratificada por el magistrado-presidente que, a la vista de los hechos probados, impuso la pena de prisión permanente, de manera que queda justificada la imposición de la prisión permanente revisable, que aquí debe mantenerse, pues se traduce en una agravación por la mayor antijuridicidad de la acción.

Y, además, dado lo imprevisible del suceso, el ataque fue sorpresivo e inopinado, ya que la víctima no esperaba tal ataque y no pudo tampoco defenderse de él, no hubo prolegómenos o actos previos de los que deducir tal reacción inesperada de golpes brutales.

En consecuencia, no nos hallamos en el caso de que una única circunstancia sea valorada dos veces para agravar doblemente la punición de la conducta del acusado. Existe una fundamentación diferente para la agravación que determina la prisión permanente revisable y que resultan compatibles: a) la alevosía se aprecia en virtud de la forma de comisión delictiva (sorpresiva e inopinada) cantidad de golpes inferidos que no dejaba capacidad de reacción a la víctima. Es decir, habría alevosía fuese cual fuese la edad y condición de la víctima. Y, b) la agravación de especial vulnerabilidad se basa en la ancianidad y

situación de minusvalía de la víctima. Son dos bases diferentes para dos agravaciones diferentes: no hay bis in ídem sino un legítimo bis in altera. No aplicar la prisión permanente revisable, dejaría vacío de contenido en la práctica el artículo 140.1. 1.ª del CP».

Por su parte, el TS, en su STS 1406/2021, de 21 de abril, se adhiere a todos los fundamentos dados por el TSJ de Canarias, pero además añade:

«Pero más allá del debate acerca de la naturaleza objetiva o subjetiva de la alevosía y de la ineludible presencia de un elemento intencional, la Sala estima que la redacción del tipo hipercualificado del artículo 140.1.1.ª del CP es el resultado de una política criminal orientada a la protección de los menores de edad y de las personas más vulnerables por padecer alguna discapacidad física o mental.

Y ese enunciado -pese a las deficiencias técnicas- es algo más que un mecanismo de protección de las personas a las que el autor mata prevaleciendo de su imposibilidad de defensa.

Como ya hemos dicho en la STS 367/2019, de 18 de julio, la condición de la víctima menor de dieciséis años de edad supone un fundamento jurídico que justifica la decisión del legislador, y que no implica un mecanismo duplicativo (bis in ídem), sino un bis in altera, por lo que no impide la calificación en el artículo 140.1.1.ª del CP de los hechos referidos».

Sobre toda la fundamentación jurídica expuesta *supra* cabe puntualizar que, si bien concurre la circunstancia cualificante de ensañamiento, lo que en un principio conllevaría la no conculcación del principio de *non bis in ídem*, puesto que la situación de especial vulnerabilidad de la víctima basada en su ancianidad y minusvalía se tendría en cuenta una única vez; ello no implica que aplicar el artículo 140.1.1.ª del CP sea adecuado, porque recordemos que la alevosía propia del artículo 139.1 del CP, incluye el tipo de alevosía de desvalimiento, que coincide de lleno con el supuesto de la especial vulnerabilidad de la víctima por razón de su edad, enfermedad o discapacidad del asesinato hiperagravado. Directamente debería haberse optado por aplicar el artículo 139.2 del CP, por concurrir dos circunstancias cualificantes, lo que aumentaría el marco punitivo en su mitad superior, ya que el propio artículo 140.1.1.ª no debería de existir, pues en sí mismo es una aberración jurídica y empuja a los magistrados a tener en cuenta dos veces la circunstancia de la alevosía.

En este caso, si bien el tipo de alevosía que concurre es la inopinada o sorpresiva -junto con la de desvalimiento-, lo que lleva al TSJ de Canarias y al TS a establecer que no se ha tenido en cuenta dos veces la alevosía de desvalimiento, pues la ancianidad y discapacidad de la víctima solo se valoran para hiperagravar el asesinato, quiero incidir nuevamente en lo ya explicado según mi criterio y es que, no importa qué tipo de alevosía se dé, pues el fundamento último de todas las tipologías de alevosía es la indefensión absoluta de la víctima. Si alguien está indefenso, ya sea porque se encuentra durmiendo, drogado, es un niño pequeño o un anciano débil, o porque el ataque se ha producido de una forma totalmente súbita e inesperada, no puede estar indefenso doblemente. Con que concurra una única modalidad de alevosía, el resto deja de tener sentido. Si alguien está

bajo los efectos de un fuerte somnífero y es atacado sigilosamente, no importa si es un bebé o un octogenario enfermo, aunque hubiese sido un robusto y atlético adulto, no podría haberse defendido tampoco.

2. Controversia entre los artículos 139.1.4.^a y 140.1.2.^a del Código Penal: vulneración del *non bis in ídem* cuando se perpetra un delito contra la libertad sexual de la víctima a la que se asesina para evitar que se descubra el delito previo. Problemática para probar esa específica finalidad en la muerte

Con la reforma de 2015 también se introdujo una circunstancia cualificante más de las ya previstas en el artículo 139.1 del CP, que convierte en asesinato, por un lado, el matar a otro para facilitar la comisión de otro delito (que es un supuesto de concurso medial de delitos que se ha querido castigar unitariamente), y por otro, para evitar que este se descubra. Hay por tanto dos modalidades, y la segunda, como veremos a continuación, plantea serios problemas¹⁴⁶. La principal diferencia entre matar con el ánimo de facilitar la comisión de un delito ulterior y hacerlo para encubrir un delito que se ha cometido previamente, es que cuando el autor mata para intentar evitar el descubrimiento de un delito, lo hace debido a un conflicto interno que permite tener en cuenta la motivación auto-encubridora. No obstante, es cierto que en ambos supuestos el autor arrebató la vida de la víctima de un modo instrumental; para lograr sus propios fines.

En este sentido, en el homicidio para facilitar la comisión de otro delito, la vida de la víctima es un obstáculo que se interpone entre el autor y su meta de lesionar otros bienes jurídicos, lo cual es totalmente intolerable para nuestro ordenamiento jurídico penal. No obstante, una vez que el sujeto ya ha cometido el delito o ha participado en él, acabar con la vida de la víctima es necesario para intentar sustraerse de la acción de la justicia y proteger así su propia libertad. Esta situación de conflicto, que en ningún momento justifica la despreciable conducta del autor, sí que puede motivar una atenuación de la culpabilidad. En este punto, hay dos posibilidades doctrinales contrapuestas; por un lado, considerar que causar la muerte de otro para evitar que se descubra el delito es penalmente más reprochable y por tanto debe calificarse de asesinato; y por otro lado entender que, dentro del *iter* criminal interno del autor, es algo natural el pretender evitar ser descubierto, y que por ello la calificación jurídica que debería hacerse sería la de considerar el hecho típico como homicidio, de conformidad con el criterio de PANTALEÓN DÍAZ y SOBEJANO NIETO¹⁴⁷, que yo suscribo.

Entrando ya en lo relativo a la prohibición del *non bis in ídem*, la circunstancia cualificante de matar a otro para evitar que se descubra el delito cometido, podría ser perfectamente incompatible con la circunstancia 2.^a del artículo 140.1 del CP, que impone la pena de prisión permanente revisable cuando el asesinato sea subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima; y esta

¹⁴⁶ Cfr. CASALS FERNÁNDEZ, Ángela, “Algunos aspectos controvertidos...”, *op. cit.*, pp. 592-593.

¹⁴⁷ Cfr. PANTALEÓN DÍAZ, Marta y SOBEJANO NIETO, Diego, “El asesinato para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra: la propuesta de dos nuevas modalidades de asesinato en el Código Penal español”, en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 29, 2014, pp. 213-237.

incompatibilidad se evidencia cuando se da muerte a la víctima para ocultar el delito previamente cometido contra su libertad sexual. En tal caso, estamos hablando de un delito de asesinato del artículo 139.1.4.^a del CP, en relación con el artículo 140.1.2.^a del CP, castigado con la pena de prisión permanente revisable, de modo que, de conformidad con lo establecido en el CP, un mismo hecho puede ser tenido en cuenta en dos circunstancias cualificantes distintas, que agravan cumulativamente la pena al autor, lo cual es totalmente intolerable, ya que de hacerlo, se incurriría en una vulneración del principio *non bis in ídem*.

Cabe evidenciar asimismo que, la circunstancia 4.^a del artículo 139.1 del CP sirve para cualquier tipo de delito que pretenda ocultarse. Es indiferente que se mate a un sujeto para evitar que se descubra un delito de hurto, que uno de detención ilegal, de extorsión, etc., todos los supuestos son viables para convertir el delito de homicidio en uno de asesinato. De modo que lo único que tiene en cuenta el legislador en este sentido es el móvil del homicida, el porqué mata a otro, que en este caso ha de ser para evitar que se descubra otro delito anteriormente cometido. Con respecto a este último extremo es importante evidenciar la problemática que puede surgir en la práctica con la última circunstancia prevista en el artículo 139.1 del CP. Así las cosas, cuando la muerte subsiguiente se lleva a cabo para tratar de impedir el descubrimiento del delito contra la libertad sexual cometido previamente y es este extremo el que da lugar a la calificación de la muerte como asesinato del artículo 139.1.4.^a del CP, para evitar el *bis in ídem* no debería aplicarse esta cualificación¹⁴⁸.

En este sentido, cabe mencionar la SAP de Sevilla 23/2019, de 22 de abril (que fue la primera pena de prisión permanente revisable impuesta en la provincia de Sevilla) sobre el caso de Enrique Romay Reina, quien, según los hechos probados, el 12 de marzo de 2017, a primera hora de la mañana, en la localidad de Pilas (Sevilla), abordó de manera sorpresiva a su víctima, Ana María, M. M., con la intención de mantener relaciones sexuales en contra de su voluntad, empleando para ello la fuerza y un arma blanca. Aunque no logró finalmente su propósito de mantener relaciones sexuales en contra de la voluntad de Ana María, sí que llegó a despojarla del sujetador y la camiseta que vestía y consiguió también bajarle hasta las rodillas las mallas y bragas. Debido a la fuerte resistencia ejercida por la víctima y para evitar que le denunciara por haber intentado agredirla sexualmente, decidió acabar con su vida y lo hizo sin que ella pudiera defenderse, al atacarla súbitamente con un arma blanca, mientras se encontraba desarmada y desprevenida. Para matarla, la golpeó repetidamente en la cara y cabeza y le realizó pinchazos con el arma blanca que portaba en el abdomen y un muslo. En sus intentos por defenderse, Ana María sufrió diversos cortes también en sus manos y en el antebrazo izquierdo. Finalmente, este sujeto le asestó también varios pinchazos con el arma blanca en el cuello, uno de los cuales le seccionó la tráquea y varios vasos sanguíneos y lo hizo sabiendo que con todo ello le ocasionaba un sufrimiento innecesario

¹⁴⁸ Cfr. LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, “Más motivos para derogar...”, *op. cit.*, pp. 12-13. En este mismo sentido se pronuncia SIERRA LÓPEZ, María del Valle, *op. cit.*, pp. 61-62. Sin embargo, MUÑOZ RUIZ, Josefa, *op. cit.*, p. 357, sí que admite la posibilidad de calificar como asesinato hiperagravado en este supuesto.

para matarla. Asimismo, se declaró probado que, en el momento en que ejecutó a Ana María, Enrique tenía su capacidad para controlar los impulsos levemente disminuida como consecuencia del retraso mental ligero que padece y de la ingesta de alcohol y cocaína que había realizado antes de cometer tales delitos.

Estos hechos se calificaron como un asesinato con alevosía y ensañamiento y surgió la duda acerca de si cabía aplicar el artículo 139.1.4.^a o el artículo 140.1.2.^a del CP, ya que el acusado mató a Ana María después de haberla agredido sexualmente para evitar que lo denunciara, pero finalmente la AP de Sevilla se decantó por el asesinato hiperagravado, y condenó al acusado a la pena de prisión permanente revisable y a ocho años de prisión por el delito de agresión sexual en grado de tentativa (ambos con concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante analógica de actuar con su capacidad para controlar sus impulsos levemente mermada)¹⁴⁹.

La AP fundamentó que al haberse ya apreciado las circunstancias 1.^a y 3.^a del artículo 139 del CP, de alevosía y ensañamiento respectivamente, la muerte dolosa de la víctima queda ya cualificada con cualquiera de esas dos circunstancias como asesinato. Por ello, al haber dado muerte a la mujer después de haber perpetrado el delito contra su libertad sexual y además como medio para evitar el descubrimiento por ese delito, según la AP, ello debe ser motivo suficiente para aplicar el artículo 140.1.2.^a del CP, con base en el artículo 8.4.^a del CP, que recoge el principio de alternatividad, que determina la aplicación del precepto penal que tenga una pena más alta¹⁵⁰. Y ciertamente, en este caso el planteamiento de la AP es correcto; ahora bien, ¿qué habría sucedido si no hubiesen concurrido las circunstancias de alevosía ni de ensañamiento? En ese caso hipotético, habría que haber aplicado la circunstancia 4.^a del artículo 139.1 del CP, y se habría producido una vulneración del principio *non bis in ídem*, por tener en cuenta la misma circunstancia para agravar dos veces la pena.

Esta sentencia fue confirmada por la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Andalucía, Ceuta y Melilla, y posteriormente en recurso de casación (aunque parcialmente) ante la Sala de lo Penal del TS, en su STS 418/2020, de 21 de julio, quien confirmó las penas impuestas. El TS consideró compatible aplicar el artículo 139.1.4.^a del CP junto con el artículo 140.1.2.^a del CP y estableció que el legislador ha querido, aún «*con deficiente técnica y bordeando los límites impuestos por la proscripción del non bis in ídem*», que

¹⁴⁹ Cfr. CASALS FERNÁNDEZ, Ángela, “Algunos aspectos controvertidos...”, *op. cit.*, pp. 593-594.

¹⁵⁰ Recordemos que el artículo 8 del CP establece que: «*Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas:*

1.^a *El precepto especial se aplicará con preferencia al general.*

2.^a *El precepto subsidiario se aplicará solo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea esta tácitamente deducible.*

3.^a *El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquel.*

4.^a *En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor».*

el delito de asesinato cometido con vocación de impunidad, cuando es subsiguiente a un delito contra la libertad sexual, sea castigado con la máxima pena prevista en el CP.

Continúa explicando la Sala Segunda que el legislador: *«Ha asociado la pena de prisión permanente revisable a la mayor reprochabilidad que representa la convergencia de un ataque prácticamente simultáneo a bienes jurídicos del máximo rango axiológico, la libertad sexual y la vida. De todos aquellos asesinatos cualificados por haber servido como instrumento para facilitar u ocultar un delito precedente, el legislador ha estimado que, si el delito inicial es un delito contra la libertad sexual, la respuesta penal sea la más severa»*.

El TS mantiene las penas impuestas por el TSJ de Andalucía, Ceuta y Melilla, y ello a pesar de que estima parcialmente el recurso interpuesto por la defensa, y revoca la concurrencia de alevosía, calificando igualmente los hechos como asesinato por tratarse de un homicidio perpetrado para facilitar la comisión de otro delito o para impedir que se descubra (artículo 139.1.4 del CP), apreciando además la circunstancia agravante de abuso de superioridad.

Por último, cabe transcribir algunos párrafos de la STS 418/2020, de 21 de julio, en los que se recoge una crítica sobre la caótica regulación existente en el CP, en relación con la prohibición del *bis in ídem*:

«En el presente caso, de lo que se trata es de dar respuesta al interrogante acerca de si la intencionalidad reduplicada que anima al autor puede justificar la imposición de la más grave de las penas previstas en nuestro sistema. Y hacerlo sin erosionar los principios que informan la aplicación del Derecho penal.

El legislador convierte el homicidio en asesinato y castiga este con la pena de prisión de quince a veinticinco años cuando la muerte se ejecuta para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra (artículos 138.1 y 139.1.4 del CP). Pero impone la pena de prisión permanente revisable cuando la muerte fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima (artículo 140.1.2 del CP).

La controversia, desde luego, está presente en el análisis de una reforma que aborda con trazo grueso la regulación de uno de los delitos más graves de nuestro sistema penal. El tono crítico frente a las carencias técnicas de la reforma campea en buena parte de las aportaciones dogmáticas sobre la materia. Voces autorizadas han llamado la atención acerca de la desproporción que late en el juego combinado de esos preceptos. La agravación no obedecería a un mayor contenido de injusto, ni a un juicio de reproche formulado en estrictos términos jurídicos. Se trataría, por el contrario, de abrir la puerta al Derecho penal de autor que convierte el reproche moral en el débil sostén de una injustificada agravación. Estaríamos en presencia, además, de una defectuosa técnica legislativa que manosea la prohibición del bis in ídem, con una errónea delimitación de los tipos penales, en la medida en que, si la muerte es subsiguiente a la agresión sexual, lo normal será que busque evitar su

descubrimiento, circunstancia que, por sí sola, ya convierte el homicidio en asesinato del artículo 139.1.4 del CP.

Tampoco falta razón a quienes han puesto el acento en el contrasentido que representa el hecho de que la conversión del delito de homicidio en asesinato -por la vía del artículo 139.1.4 del CP- ni siquiera matice la exasperación punitiva a la vista de la gravedad del delito que quiere cometerse o cuyo descubrimiento pretende evitarse. Y está cargada de lógica la queja derivada del hecho de que la prisión permanente revisable a que obliga el artículo 140.1.2 del CP sea imponible, siempre y en todo caso, cuando la muerte fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual, sin discriminar la distinta gravedad de los delitos acogibles bajo esa rúbrica»¹⁵¹.

Otro caso mediático en el que se pudo observar esta controversia jurídica es el de la joven madrileña Diana Quer López. Los hechos probados relatan que José Enrique Abuín Gey, alias “el chicle” la madrugada del 22 de agosto de 2016 abordó a Diana, de dieciocho años, cuando regresaba caminando sola a su casa en A Pobra do Caramiñal. La aturdió, la inmovilizó, la introdujo en el maletero de su coche y, después, se dirigió a una nave industrial abandonada en Asados (Rianxo), con la intención de atacarla sexualmente. Durante el trayecto, José Enrique arrojó al mar el teléfono de Diana cuando cruzaba el puente de Taragoña (Rianxo). Ya en la nave, teniendo sometida a la víctima mediante el uso de la fuerza física, la desnudó y realizó con ella actos de contenido sexual que no se pudieron determinar. Con la finalidad de acabar con su vida o al menos asumiendo que con ello podía causarle la muerte, le puso una brida plástica en el cuello y la apretó fuertemente, lo que le produjo la muerte por estrangulamiento. Tras ello arrojó el cuerpo desnudo de Diana a un pozo lleno de agua que había en la nave, donde también tiró el bolso con sus efectos personales. Después de cerrar el pozo con su tapa, se marchó, limpió el vehículo y se deshizo de la ropa de la joven. Días más tarde, José Enrique regresó al lugar y lastró el cuerpo con bloques de abobe unidos por cables para que no emergiera.

La Sala de lo Penal del TS confirmó la pena de prisión permanente revisable impuesta a José Enrique en su STS 636/2020, de 26 de noviembre, por el asesinato de Diana con la finalidad de ocultar un delito previo contra la libertad sexual de la víctima. También confirmó la pena impuesta por el delito de detención ilegal y por el delito de agresión sexual, en concurso medial. En los ambos delitos apreció la circunstancia atenuante analógica de confesión. La Sala desestimó íntegramente el recurso de casación planteado por la defensa contra la sentencia del TSJ de Galicia que confirmó a su vez la dictada por un Tribunal del Jurado de la AP de A Coruña.

De este fallo lo que nos interesa es el delito de asesinato, ya que se aplicó el artículo 140.1.2.^a del CP y no el artículo 139.2 del CP (por la concurrencia de más de una de las circunstancias cualificantes que recoge el apartado primero; la 1.^a y la 4.^a). El TS

¹⁵¹ En este sentido, supone también un grave problema, el hecho de que el legislador castigue indistintamente con la pena de prisión permanente revisable el asesinato cometido con posterioridad a un delito contra la libertad sexual de la víctima, ya que, dentro de esa rúbrica, encontramos un amplio abanico de delitos, que van desde los abusos sexuales sin penetración, a la agresión sexual con penetración (violación), con diversos tramos punitivos que deberían ser tenidos en cuenta.

explicó que escogió el asesinato hiperagravado por aplicación del principio de especialidad previsto en el artículo 8.1.^a del CP (que básicamente consiste en que el precepto especial se aplica con preferencia al general) y concluyó además que hubo alevosía puesto que cuando el acusado acabó con la vida de Diana, esta no tuvo posibilidad alguna de defensa, ya que se encontraba en un lugar totalmente desconocido para ella, abandonado y alejado del núcleo urbano, donde nadie podría prestarle ayuda; y además el acusado tenía mucha más fuerza física que ella y se había encargado de inmovilizarla previamente con al menos una brida. Y el ánimo de matar a la víctima para ocultar el previo delito contra su libertad sexual se infirió con base en los actos posteriores del autor de ocultar el cuerpo de la víctima en un pozo situado en el edificio abandonado (que fue hallado a más de ocho metros de profundidad lastrado con dos bloques de adobe unidos por cables)¹⁵².

Por otra parte, el TS argumentó razonadamente que, aunque no hay prueba concreta de que José Enrique violara a la joven, sí que llevó a cabo actos de naturaleza sexual. Además, recuerda que hasta tocamientos fugaces son constitutivos de un delito contra la libertad sexual, por lo que no se exigen actos más graves atentatorios contra la misma para constituir el delito contra la libertad sexual al que se refiere el artículo 140.1.2.^a del CP para acudir a la pena de prisión permanente revisable, con lo que la convicción del TS *«cumple la ratio mínima exigida para concluir que por mínimo que fuera ese ataque a la libertad sexual el hecho estaría incluido en el citado precepto que conlleva la punibilidad agravada que se le ha impuesto»*.

Así las cosas, el TS validó la aplicación del artículo 140.1.2.^a del CP en vez del artículo 139.1.4.^a, arguyendo que al haber alevosía, no es necesario siquiera apreciar la circunstancia 4.^a de dicho precepto, ya que la alevosía basta por sí sola para poder calificar los hechos como asesinato. Entiende así que se puede aplicar el asesinato hiperagravado del artículo 140.1.2.^a del CP sin que se conculque el principio *non bis in ídem*.

Ahora bien, en el caso de que no hubiese concurrido alevosía, y para calificar los hechos como asesinato en vez de como homicidio se hubiese tenido que recurrir a la aplicación de la circunstancia 4.^a del artículo 139.1 del CP, el TS explica en la sentencia anteriormente mencionada, que en ningún caso se hubiera considerado la circunstancia como vulneradora del principio *non bis in ídem*, puesto que se habría tenido en cuenta el criterio de especialidad del artículo 8.1 del CP, en la idea de que las circunstancias cualificantes previstas en el asesinato hiperagravado ostentan un mayor desvalor jurídico que las recogidas en el artículo 139 del CP. Pero esto no es realmente así, no hay ningún fundamento lógico para poder afirmar que no se vulnera el principio *non bis in ídem*, puesto que está claro que unos mismos hechos servirían para transformar el homicidio en asesinato y para transformar dicho asesinato básico en uno hiperagravado.

El principio de especialidad, que se utiliza como primer mecanismo para afrontar un concurso de normas o de leyes, ha sido desarrollado jurisprudencialmente y básicamente se reduce a la máxima: *lex specialis derogat legi generale*, según la cual se

¹⁵² Cfr. CASALS FERNÁNDEZ, Ángela, “Algunos aspectos controvertidos...”, *op. cit.*, pp. 594-595.

debe aplicar la norma especial con preferencia a la general e independientemente de que ello suponga una imposición de una pena mayor, cuando los requisitos del tipo están contenidos en el precepto general y en el especial, añadiendo este último elementos no contenidos en aquel¹⁵³.

Pero en el caso que nos ocupa, no es que el artículo 140.1.2.^a del CP sea más complejo que el artículo 139.1.4.^a, sencillamente regulan situaciones distintas, el primero recoge el supuesto hipercualificante de asesinar de manera subsiguiente a haber perpetrado un delito contra la libertad sexual de la víctima, y el segundo, el hecho de matar con el ánimo de encubrir el delito previamente cometido. Si la única circunstancia existente para transformar el delito de homicidio en el de asesinato, es la de haber matado a la víctima para evitar el descubrimiento de otro delito, y casualmente ese delito es contra la libertad sexual de la víctima, y se aplica posteriormente y de forma cumulativa el artículo 140.1.2.^a del CP, no es que se esté escogiendo ese precepto por ser más complejo en función del principio de especialidad, es que ello implica que se ha tenido en cuenta el otro artículo, pues sin él, no habría asesinato, y no podría aplicarse el artículo 140 del CP.

Y todo esto deja relucir un contexto penológico brutal, en el que es posible que se condene a un sujeto a la pena de prisión permanente revisable por un delito de asesinato cometido de manera subsiguiente a la perpetración de un delito contra la libertad sexual de la víctima; así como a la pena propia del delito de abuso sexual o agresión sexual de que se trate, en función del concurso real de delitos¹⁵⁴, de modo que la actuación libidinosa del reo podría ser tomada en cuenta dos veces para determinar la pena final a imponer; ya que la ocurrencia previa del delito contra la libertad sexual permite transformar el delito de asesinato básico en un delito de asesinato hiperagravado, con las consecuencias penológicas que ello conlleva; así como castigar al reo con la pena aparejada al delito contra la libertad sexual.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el ánimo de matar para evitar el descubrimiento de un delito previsto en la circunstancia 4.^a del artículo 139.1 del CP, es un extremo ciertamente dificultoso de probar y, dado que agrava considerablemente la calificación jurídica, ya que permite convertir un homicidio en un asesinato, aumentando así la pena, debería poder probarse esta circunstancia de una manera inequívoca. Y si tenemos en cuenta que en la gran parte de supuestos reales no existe prueba directa de

¹⁵³ A este respecto, cabe mencionar la STS 728/2008, de 18 de noviembre, en la que prevalece el delito de realización arbitraria del propio derecho frente al delito de coacciones con base a la siguiente fundamentación: «[...]establecido que se trata de un delito de coacciones, la finalidad con la que se ejecutan, conduce a la aplicación del principio de especialidad dentro del concurso aparente de normas del artículo 8 del CP por lo que la condena únicamente se producirá por un delito del artículo 455 del CP por cuanto cuando los requisitos del tipo están contenidos en el precepto general y en el especial, añadiendo este elemento que contiene aquel, se aplica el principio, constantemente proclamado por la jurisprudencia *lex specialis derogat legi generale*, lo que puede ocurrir entre preceptos de una misma ley o de distintas leyes, considerándose la prevalencia de la ley especial y ello con independencia de que la especialidad suponga la imposición de una pena mayor o menor».

¹⁵⁴ Artículo 73 del CP: «Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas».

esta intencionalidad concreta sino una mera prueba indiciaria, esto dificulta aún más la tarea interpretativa a la hora de fijar la calificación jurídica. En este sentido, la introducción de esta nueva figura no hace sino alterar el cuerpo jurisprudencial con respecto al *animus necandi*, que ha venido estableciendo que para averiguar el dolo de matar ha de estarse a los actos anteriores, simultáneos y posteriores a la perpetración del delito. Pero en la actualidad, nos enfrentamos a un ánimo específico para encubrir, de modo que parece adquirir mayor relevancia el hecho de matar con la intención de evitar que el delito cometido se descubra, que el dolo de arrebatarse a alguien la vida¹⁵⁵.

3. Incongruencias penológicas entre el delito de homicidio agravado, el delito de asesinato y el delito de asesinato hiperagravado en función de si la víctima es menor de dieciséis años o no

En primer lugar, quiero hacer énfasis en la circunstancia primera del artículo 140.1 del CP que hiperagrava el delito de asesinato cuando la víctima es menor de dieciséis años y que conlleva un escenario penológico bastante incoherente si hacemos una comparativa entre los diversos marcos punitivos existentes que de forma escalonada se van agravando, desde el homicidio tipo básico del artículo 138.1 del CP hasta el asesinato hiperagravado del artículo 140.1 del CP. La siguiente tabla simplifica dicha comparativa.

Calificación jurídica de los hechos	Penas de prisión para el delito consumado	Si la víctima es menor de 16 años	Si la víctima es mayor de 16 años
Homicidio tipo básico (art. 138.1 CP)	Prisión de 10 a 15 años	No aplicable Se aplica art. 138.2 CP	Aplicable
Homicidio agravado; alguna cualificante del art. 140.1 CP (art. 138.2 CP)	Prisión de 15 años y 1 día a 22 años y 6 meses	Aplicable	Aplicable si se da alguna de las cualificantes del art. 140.1 CP que no sea la de víctima menor de 16 años
Asesinato tipo básico (art. 139.1 CP)	Prisión de 15 a 25 años	No aplicable -a no ser que se haya aplicado por alevosía de desvalimiento- Se aplica art. 140.1.1. ^a CP	Aplicable

¹⁵⁵ Cfr. VIDAL MARTÍNEZ, Mercè, “El ánimo de matar para evitar el descubrimiento de un delito y el principio *non bis in idem*: análisis jurisprudencial”, artículo publicado en noviembre de 2020 y disponible en: <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/el-animo-de-matar-para-evitar-el-descubrimiento-de-un-delito-y-el-principio-non-bis-in-idem-analisis-jurisprudencial/> [visitada el 23 de noviembre de 2021].

Asesinato agravado; 2 o más cualificantes (art. 139.2 CP)	Prisión de 20 a 25 años	No aplicable Se aplica art. 140.1.1. ^a CP	Aplicable
Asesinato hiperagravado (art. 140.1 CP)	Prisión permanente revisable	Aplicable (art. 140.1.1. ^a CP)	Aplicable si se da alguna de las cualificantes del art. 140.1 CP que no sea la de víctima menor de 16 años

Imaginemos que un sujeto de diecinueve años da muerte a un chico de quince y este último tiene una complexión física muy similar a la de su agresor, o incluso, por su genética, es mucho más alto y corpulento que aquel. Pensemos que en este supuesto hipotético el sujeto activo del delito ataca a su víctima sin que concurra ninguno de los tipos de alevosía; descartamos de antemano la alevosía de desvalimiento, pues hemos dicho que en este caso no se cumplen los requisitos por la condición física de ambos. El atacante, armado con una barra de hierro, se acerca de frente a su víctima que está sola paseando en un parque -con conocimiento y voluntad de producir su muerte- y esta lo ve venir y se enfrenta a él para intentar quitarle el arma; hay un forcejeo y lucha previa entre ambos sujetos que dura varios minutos, pero finalmente, a base de repetidos golpes en el torso y cabeza, la víctima pierde el equilibrio y cae al suelo, y ya no consigue levantarse más porque pierde su vida. Los anteriores hechos habrían de ser calificados como un delito de homicidio del tipo básico, previsto y penado en el artículo 138 del CP, y más concretamente, sería de aplicación su apartado 2, por ser la víctima menor de dieciséis años, como consecuencia de la remisión especial que se hace al artículo 140.1 del CP.

En este sentido el artículo 138 del CP dispone:

«1. El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años.

2. Los hechos serán castigados con la pena superior en grado en los siguientes casos: a) cuando concurra en su comisión alguna de las circunstancias del apartado 1 del artículo 140, o b) cuando los hechos sean además constitutivos de un delito de atentado del artículo 550».

De esta forma advertimos cómo el legislador previó especialmente esta posibilidad a la hora de proceder con la última reforma del CP, de manera que hay casos en los que se puede castigar por un delito de homicidio -eso sí, de manera agravada- a un sujeto que da muerte a otro de edad inferior a dieciséis años. Pero si el anterior delito de homicidio pasara a ser calificado como asesinato porque concurriese ensañamiento, otro tipo de alevosía distinta a la de desvalimiento o precio, por ejemplo, ya tendríamos que condenar al sujeto activo a la pena de prisión permanente revisable, sin que cupiese la posibilidad de condenarlo por un delito de asesinato del artículo 139.1 del CP -que tiene

una pena ligeramente superior a la del homicidio agravado- pues se tendría en cuenta la edad de la víctima, independientemente de que hubiese podido defenderse del ataque.

Penológicamente el escenario sería el siguiente: en el caso del homicidio agravado del artículo 138.2 del CP, se tendría que aplicar la pena superior en grado a la del tipo básico -que es de diez a quince años de prisión-; y de conformidad con la regla que contiene el artículo 70.1.1.^a del CP, quedaría una pena de quince años y un día a veintidós años y seis meses de prisión. En el caso del delito de asesinato del artículo 139.1 del CP, si concurriese una sola circunstancia cualificante (como el ensañamiento del ejemplo), la pena iría de los quince a los veinticinco años de prisión. Y en el caso de que se tuviese que aplicar el artículo 140.1.1.^a del CP, por tener la víctima menos de dieciséis años y concurrir alguna de las circunstancias cualificantes del artículo 139.1 del CP, la pena sería la de prisión permanente revisable.

Pues bien, en relación con las incongruencias penológicas que pueden surgir, en primer lugar cabe mencionar que el delito de homicidio agravado tiene una pena con un límite mínimo igual a la del delito de asesinato, llegando casi al límite máximo del mismo, que recordemos va desde los quince hasta los veinticinco años, lo cual es de por sí bastante ilógico, porque el desvalor jurídico de un delito de homicidio siempre va a ser menor que el de un asesinato; es como si el legislador, al remitirse a las circunstancias hipercualificantes del artículo 140.1 del CP, estuviese creando un delito de asesinato autónomo encubierto dentro del tipo del homicidio, pues las circunstancias a las que alude se comportan como las cualificantes del 139.1 del CP. Habría sido mejor entonces incluir más circunstancias cualificantes en el listado del delito de asesinato, en lugar de crear un homicidio agravado, puesto que -si no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes genéricas en ninguno de los delitos- cabe la posibilidad de que un reo de un delito de homicidio agravado sea castigado con una pena más alta que un reo de asesinato.

En segundo lugar y en cuanto al asesinato del tipo básico, si la víctima no es especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad ni es menor de dieciséis años, no hay ningún problema, se aplicaría el artículo 139 del CP, apartado 1 o 2, en función de si solo concurre una circunstancia cualificante o de si concurren dos o más. Sin embargo, si la víctima sí que es especialmente vulnerable por las razones antedichas y los hechos se califican como asesinato por la concurrencia de alevosía de desvalimiento, es decir, de una alevosía basada en las condiciones personales de la víctima, no podemos aplicar el artículo 140.1.1.^a del CP, porque se estaría penando dos veces el mismo hecho¹⁵⁶.

Ahora bien, si la víctima menor de dieciséis años no estaba desvalida -pensemos en un chaval de quince años alto y corpulento- y los hechos se califican como asesinato por la concurrencia, por ejemplo, de otro tipo de alevosía, o cualquier otra de las

¹⁵⁶ Recordemos que si el hecho delictivo se ha calificado como asesinato previamente por haber concurrido la circunstancia cualificante de alevosía, y en particular, de tipo de desvalimiento, no se puede aplicar el 140.1.1.^a del CP, puesto que se conculcaría en principio *non bis in ídem*, como se ha explicado anteriormente en este trabajo.

circunstancias del apartado 1 del artículo 139 del CP, se tendría que aplicar forzosamente el artículo 140.1.1.^a del CP. Es decir, imaginemos que se lleva a cabo un asesinato con ensañamiento; en vez de aplicar el artículo 139.1.3.^a del CP (que tiene una pena de quince a veinticinco años de prisión), se tendría que imponer la prisión permanente revisable si la víctima tenía menos de dieciséis años en el momento del crimen (aunque no estuviera desvalida), lo cual es un castigo desproporcionado porque si los mismos hechos se cometen contra una persona mayor de dieciséis años (de dieciséis años y dos meses o de diecisiete años, por ejemplo, siendo igualmente menor de edad) y que sí estaba indefensa, porque el ataque fue súbito (alevosía sorpresiva), se aplicaría el apartado 2 del artículo 139 del CP y se impondría una pena inferior a la de prisión permanente revisable, que sería la mitad superior de la pena de quince a veinticinco años, es decir de veinte a veinticinco años, algo cuanto menos paradójico.

4. Problemas penológicos por la inexistencia de un límite máximo en la pena de prisión permanente revisable

La característica más notoria de la pena de prisión permanente revisable tiene que ver con la indeterminación de su límite máximo, lo cual es, a mí parecer jurídico, totalmente inconstitucional (independientemente de lo que haya declarado nuestro TC, que analizaremos posteriormente en este trabajo), pues conculca los principios de seguridad jurídica y de legalidad, así como los de igualdad, humanidad y proporcionalidad de las penas. Además, la indeterminación de la pena, que implica un desconocimiento total por parte del reo acerca de cuándo será puesto en libertad -si es que alguna vez la excarcelación se llega a producir-, también provoca diversos problemas en la práctica¹⁵⁷. Asimismo, el hecho de que la pena de prisión permanente revisable sea de obligatoria imposición para todo el abanico de supuestos delictivos para los que se prevé, disminuye considerablemente el margen de maniobra de los magistrados a la hora de fijar las penas en las sentencias¹⁵⁸.

Por otra parte, en el caso de que se tuviese que imponer la pena superior en grado a la de prisión permanente revisable, es imposible saber cómo proceder, pues hay una laguna penológica. No consta en ningún artículo del CP cómo se debería calcular dicha pena, lo cual es algo intolerable pues se transgreden los principios de legalidad, de seguridad jurídica, de igualdad y el de proporcionalidad de las penas¹⁵⁹.

Otro problema que puede surgir en la práctica es que se tenga que aplicar la pena inferior en grado a la de prisión permanente revisable, ya sea porque concorra alguna circunstancia atenuante o porque el procesado sea cómplice del delito¹⁶⁰, pero para ello se creó el artículo 70.4 del CP, que estipula que esa pena es de veinte a treinta años de prisión. Una vez que se ha aplicado la pena inferior en grado, si además concurre alguna circunstancia agravante que determine subir la pena en un grado conforme a la regla del

¹⁵⁷ Cfr. CASALS FERNÁNDEZ, Ángela, “Algunos aspectos controvertidos...”, *op. cit.*, pp. 595-596.

¹⁵⁸ Cfr. DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto, *op. cit.*, p. 70.

¹⁵⁹ Cfr. CASALS FERNÁNDEZ, Ángela, “Algunos aspectos controvertidos...”, *op. cit.*, p. 596.

¹⁶⁰ Artículo 63 del CP: «A los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito».

artículo 66.1.5.º del CP, surgen serios problemas a la hora de hacer el cálculo, ya que no se puede olvidar el artículo 70.3.1.º del CP, que fija un límite máximo de treinta años, dejando entrever así la existencia de un vacío legal, que cercena todo margen de maniobra para subir la pena¹⁶¹. El referido artículo 70.3 establece en su párrafo 1.º que:

«Cuando, en la aplicación de la regla 1.ª del apartado 1 de este artículo, la pena superior en grado exceda de los límites máximos fijados a cada pena en este Código, se considerarán como inmediatamente superiores:

1.º Si la pena determinada fuera la de prisión, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de treinta años».

Otro de los problemas que hay que tener en cuenta es el de la imposibilidad de aplicar la pena de prisión permanente en su mitad superior, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66.1.3.ª del CP, que ordena a los jueces y tribunales aplicar la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito cuando concorra solo una o dos circunstancias agravantes. Ya ha habido varias sentencias en las que se ha tenido que pasar por alto forzosamente esta regla, debido a que es imposible aplicar la mitad superior de la pena de prisión permanente revisable, precisamente por carecer esta particular pena de un límite máximo prefijado. Como consecuencia de ello, queda en bochornosa evidencia el problema de no poder graduar adecuadamente las penas con respecto a los hechos delictivos acontecidos, quedando el principio de proporcionalidad de las penas, el de seguridad jurídica y el de igualdad en el aire¹⁶².

Como ejemplo de lo anterior, cabe traer a colación la primera sentencia en la que se condenó en España a la pena de prisión permanente revisable a alguien tras la reforma del CP del año 2015, esto es, la SAP de Pontevedra 42/2017, de 14 de julio, en la que David Oubel Renedo (mediáticamente conocido como el asesino de Moraña) es condenado a la pena de prisión permanente revisable por haber asesinado de forma alevosa a sus dos hijas de cuatro y nueve años de edad (artículo 139.1.1.ª del CP en relación con el artículo 1401.1.ª del CP). La particularidad de este caso es que la sentencia de la AP no fue recurrida por decisión de las partes y devino firme. Los hechos que se declararon probados se desarrollaron en la casa del ahora condenado, sita en la localidad pontevedresa de Moraña, la mañana del 31 de julio del 2015, cuando David, con el propósito de acabar con la vida de Amaia, la más pequeña de sus hijas, se introdujo en su habitación y le provocó heridas en el cuello con una amoladora eléctrica, rematando la incisión con un cuchillo. La degolló ocasionándole la muerte inmediata por hemorragia masiva. En cuanto al ataque, este se produjo aprovechando la natural indefensión de la niña, que presentaba además un bajo nivel de consciencia tras haberla hecho ingerir su padre diversos fármacos. De este modo, consiguió evitar cualquier posible resistencia por parte de su hija. Consumado este primer asesinato, este individuo se dirigió al dormitorio donde se encontraba su otra hija, Candela, la cual presentaba mayor nivel de consciencia

¹⁶¹ Cfr. CASALS FERNÁNDEZ, Ángela, “Algunos aspectos controvertidos...”, *op. cit.*, p. 596.

¹⁶² *Ibidem*, últ. *op. y loc. cit.*

que su hermana, ya que los fármacos no habían producido los efectos deseados, por lo que, para vencer su resistencia tras un forcejeo con ella, la ató con cinta americana y acto seguido le hizo varios cortes profundos en el cuello con la rebarbadora y el cuchillo hasta que murió por un *shock* hemorrágico.

A este respecto, es de interés saber que, aunque en el fallo se estipula que es de aplicación la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 del CP en su modalidad agravatoria, por haber asesinado el condenado a sus dos hijas, no se aplica en realidad este precepto, porque debido a la imposibilidad de calcular la pena de prisión permanente revisable en su mitad superior (precisamente por ser esta una pena indeterminada), los magistrados no hicieron siquiera mención al artículo 66.1.3.^a del CP que establece esta regla penológica cuando concurra solo una o dos circunstancias agravantes.

Otro ejemplo similar al anterior es el que podemos apreciar en la SAP de A Coruña 484/2018, de 16 de diciembre¹⁶³ cuyos hechos probados son los siguientes: Marcos Javier Mirás Montáñez recogió el 5 de mayo de 2017 a su hijo de once años en el punto de encuentro familiar, donde lo había dejado su exmujer, para pasar el fin de semana con él. El día 7, que además era el día de la madre, con la intención de causar el mayor sufrimiento psíquico posible a su exmujer, decidió acabar con la vida del menor. Por la tarde se dirigió con el niño en su vehículo a un lugar boscoso y apartado del término municipal de Oza-Cesuras, y en una pista forestal alejada de las casas le asestó con una pala de obra varios golpes en la cabeza que le provocaron heridas mortales. El ahora condenado intentó ocultar el cadáver de su propio hijo, arrastrándolo hacia un lugar aún más apartado donde empezó a excavar un hoyo para depositarlo allí, aunque finalmente desistió y lo dejó a la intemperie. Después se fue a dormir al hotel donde previamente había reservado una habitación. Tras su detención el lunes día 8 de mayo, llevó a los agentes de policía hasta una pista forestal muy próxima al lugar donde había dejado el cadáver de su hijo.

Por estos hechos se condena a Marcos Javier a la pena de prisión permanente revisable como autor responsable de un delito de asesinato con alevosía agravado por el hecho de que la víctima era menor de dieciséis años, en concurso medial con un delito de lesiones psíquicas a su exmujer. En este supuesto concurrieron dos circunstancias agravantes en el delito de asesinato hipercualificado, la mixta de parentesco del artículo 23 del CP debido a que le arrebató la vida a su propio hijo, y la de género, prevista en el artículo 22.4.^a del CP, porque en los hechos probados figura que el acusado ejecutó la muerte de su hijo por razones de dominación y desprecio sobre la que había sido su mujer. De acuerdo con la regla contenida en el artículo 66.3 del CP, debería aplicarse la pena en su mitad superior, pero como el delito perpetrado tiene asociada la pena de prisión permanente revisable, esto no se hizo, no dando el órgano judicial ninguna explicación al respecto.

¹⁶³ Esta sentencia constituye la cuarta condena de prisión permanente revisable dictada en España, pero tiene la particularidad de ser la primera confirmada por el TS.

Otro ejemplo en la misma línea que los anteriores es el que se recoge en la SAP de Toledo 83/2019, de 25 de abril, en la que se relata que el día 5 de febrero de 2017, José Rafael García Santana, molesto con su mujer por entrar en la habitación donde este se encontraba, la insultó y la amenazó de muerte. Media hora después de este incidente, cogió un cuchillo y fue al salón donde su mujer se encontraba, la tiró al suelo y la acuchilló asestándole dos puñaladas mortales. La víctima padecía de la enfermedad de Menier, que le impedía moverse con normalidad y valerse por sí misma. Ambos mantenían una relación convivencial de once años.

La AP condenó a este sujeto a la pena de prisión permanente revisable como autor de un delito de asesinato con alevosía del artículo 139.1.1.^a del CP en relación con el artículo 140.1.1.º del CP debido a que se trataba de una víctima especialmente vulnerable por su enfermedad y discapacidad. Concurrieron además las mismas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal del caso anterior, la circunstancia mixta de parentesco y la de género; circunstancias que tampoco se tuvieron en cuenta para agravar la pena.

5. La desproporción de la pena a imponer al cómplice de un delito castigado con la pena de prisión permanente revisable

Primero de todo, recordemos que un delito puede ser cometido por una persona únicamente o por varias, lo que da lugar a las distintas formas de autoría y de participación. El CP recoge la definición legal de complicidad de forma negativa, es decir, estableciendo que cómplices son aquellos que, sin ser autores, cooperan (de manera no necesaria) en la ejecución del hecho delictivo. Así, el artículo 29 del CP indica:

«Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos». Por su parte, el artículo 28 del CP establece: «Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente, o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

También serán considerados autores:

- a) Los que inducen directamente a otro u otros para ejecutarlo.*
- b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado».*

De la presente regulación legal se puede advertir que del concepto de autor derivan diversas tipologías: el directo, el coautor y el mediato. En cambio, dentro de la participación se reconocen tres formas: la inducción, la cooperación necesaria (con pena igual a la del autor) y la complicidad. Para diferenciar correctamente la complicidad del resto de figuras de participación delictiva debemos entender dos máximas. En primer lugar, el cómplice actúa de acuerdo con el autor, de manera que es esencial que exista un conocimiento entre al autor material de los hechos y el cómplice. En segundo lugar, la participación del cómplice tiene que ser anterior a la consumación del delito, porque de lo contrario, si el delito se encuentra ya consumado, estaríamos ante un tipo delictivo

autónomo; el encubrimiento (artículo 451 del CP y siguientes); que no forma siquiera parte de las formas de participación criminal¹⁶⁴.

Después de esta sucinta explicación, debemos centrarnos en la cuestión de la desproporción que existe en la pena de prisión permanente revisable con respecto a la figura del cómplice. Pues bien, antes de nada, hay que saber que de acuerdo con el artículo 61 del CP, cuando la ley fija una pena «*se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada*». De esta forma, la consumación y la autoría se convierten en las bases de las que parten las penas previstas en los tipos delictivos de la parte especial del CP, que son las denominadas penas tipo. Por tanto, es totalmente viable que quepa la posibilidad de que alguien sea cómplice de un delito hiperagravado de asesinato del artículo 140 del CP, pues no hay nada que lo impida; y como de acuerdo con el artículo 63 del CP, a los cómplices de un delito se les ha de imponer la pena inferior en grado a la fijada por la ley para los autores del mismo delito (ya sea consumado o intentado), debemos acudir al artículo 70.4 del CP, que como ya se ha explicado, establece que la pena inferior en grado a la de prisión permanente revisable es la de prisión de veinte a treinta años.

Así, al autor del delito castigado con la pena de prisión permanente revisable se le impondría una pena de duración indeterminada y al cómplice una pena determinada de hasta treinta años, y ambos estarían regidos por situaciones penitenciarias muy distintas. Llama poderosamente la atención la suma gravedad de la pena que le correspondería a un cómplice en este caso, pues teniendo en cuenta la participación meramente accesoria del mismo, una pena de prisión de veinte a treinta años es demasiado severa a nuestro juicio, sobre todo si se hace un análisis comparado con los artículos 138, 139 y 140 del CP¹⁶⁵.

Por un lado, la pena prevista para el autor de un delito de homicidio del tipo básico del artículo 138 del CP es de diez a quince años de prisión, y la que correspondería a un cómplice sería la pena de prisión de cinco a diez años menos un día. Por otro lado, la pena prevista para el delito de asesinato del artículo 139 del CP sería la de prisión de quince a veinticinco años, y la pena a imponer a un cómplice sería la de siete años y seis meses a quince años menos un día. Evidentemente, el delito de asesinato tiene una pena mayor que el delito de homicidio, pero la pena asignada para el cómplice de un delito de asesinato nunca es mayor a la del autor del tipo básico del delito de homicidio¹⁶⁶. Por ello no se entiende que la pena para el cómplice de un delito de asesinato hipercualificado sea de veinte a treinta años de prisión, superando en cinco años a la pena prevista para el autor de un delito de asesinato, y superando incluso a la pena de un delito de asesinato agravado del artículo 139.2 del CP, cuando concurren dos o más circunstancias cualificantes, que sería concretamente de veinte a veinticinco años de prisión.

¹⁶⁴ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, “Autoría y participación”, en ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (dir.), MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa (coord.), *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 5.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 229.

¹⁶⁵ Cfr. CASALS FERNÁNDEZ, Ángela, “Algunos aspectos controvertidos...”, *op. cit.*, pp. 599-600.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 600.

6. Dificultad en la apreciación de la tentativa en los delitos castigados con prisión permanente revisable

En primer lugar, hemos de traer a colación el artículo 16.1 CP; que recoge la definición legal de tentativa y establece:

«Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo este no se produce por causas independientes a la voluntad del autor».

En la tentativa, el autor comienza a realizar el tipo, directamente y por hechos exteriores, pero sin llegar a la consumación, por causas ajenas a su voluntad. Nuestro CP contiene la regla de incriminación general de la tentativa, pero en algunos delitos no están permitidas formas de ejecución imperfectas. La tentativa implica pasar de la fase preparatoria a la fase de ejecución. Objetivamente se requiere la ejecución parcial o total de los hechos descritos en el tipo penal; subjetivamente, el sujeto activo debe querer la consumación del delito. Por último, debe darse la ausencia de desistimiento voluntario, es decir, que el sujeto activo no haya evitado voluntariamente la consumación del delito. De ser así no tendría exigencia penal conforme al artículo 16 del CP, tal y como se afirma en la STS 671/2017, de 11 de octubre¹⁶⁷.

En cuanto a la pena que debe imponerse para los autores de tentativa de delito, el artículo 62 del CP dispone que:

«A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado».

El grado de ejecución alcanzado está directamente relacionado con lo que dispone el artículo 16.1 del CP al referirse a: *«practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado»*, y en función de lo anterior y del *«peligro inherente al intento»* podemos hablar de tentativa acabada o inacabada; la primera implica normalmente la reducción de la pena para el delito consumado en un grado y la segunda en dos grados. No obstante, la doctrina ha establecido que el verdadero criterio punitivo de la tentativa reside en el peligro generado por la conducta. Así, la Sala de lo Penal del TS, en la STS 480/2018, de 18 de octubre, establece: *«Por ello no siempre que la tentativa sea inacabada debe imponerse la pena inferior en dos grados, pues puede perfectamente suceder que la tentativa sea inacabada pero el grado de ejecución sea avanzado y el peligro ocasionado sea especialmente relevante, en cuyo caso lo razonable es reducir la pena en un solo grado».*

¹⁶⁷ Vid. “Tipos de tentativa y diferencia con los actos preparatorios”, artículo de Iberley, publicado el 6 de marzo de 2020. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/tipos-tentativa-diferencia-actos-preparatorios-48091> [visitada el 16 de marzo de 2022].

Para establecer una distinción entre la tentativa acabada y la inacabada, la doctrina se basa en dos teorías diferentes: una subjetiva, que pone énfasis en el plan del autor y conforme a la cual, si lo que el sujeto buscaba era la total consumación del hecho, estaremos en presencia de una tentativa acabada; y otra objetiva, que pone el foco en la secuencia de actos verificada antes de la interrupción forzada del hecho, de modo que si se han practicado todos aquellos actos que debieran dar como resultado el delito, y este no se produce en todas sus consecuencias por causas ajenas a la voluntad del autor, es cuando estamos en presencia de la tentativa acabada. A pesar de ello, la doctrina emplea una teoría mixta. Tanto el plan de actuación del autor como la objetivación de la actividad son necesarios para llegar a determinar el grado de ejecución (vid. STS 703/2013, de 8 de octubre; STS 332/2014, de 24 de abril; STS 820/2015, de 15 de diciembre; STS 66/2016, de 8 de febrero; STS 526/2016, de 16 de junio; STS 139/2018, de 22 de marzo; STS 92/2019, de 20 febrero).

Dejando a un lado la breve introducción acerca de la figura de la tentativa, debemos tener en cuenta que, al igual que la misma es aplicable a los delitos de resultado del Título I del Libro II del CP (del homicidio y sus formas), parece evidente que también pueda aplicarse al delito de asesinato hiperagravado del artículo 140 del CP¹⁶⁸, así como al resto de delitos que tienen aparejada la pena de prisión permanente revisable. En este sentido, es destacable el hecho de que, a pesar de que el artículo 62 del CP da la posibilidad de bajar la pena en uno o dos grados en función de las circunstancias concretas de cada caso, el artículo 485 del CP, que también tiene aparejada la pena de prisión permanente revisable, contradice tajantemente este precepto al disponer en su apartado tercero que en caso de tentativa de homicidio del Rey, Reina, Príncipe o Princesa de Asturias, «*podrá imponerse la pena inferior en un grado*», sin dejar margen de maniobra alguno al órgano sentenciador, en función de la peligrosidad del intento y del grado de ejecución alcanzado¹⁶⁹.

Otro problema relativo a la tentativa es la dificultad de probar en los tipos delictivos contemplados en el artículo 140 del CP, las circunstancias específicas que han de concurrir para poder castigar a alguien por un delito de asesinato hipercualificado en grado de tentativa. Pues, en primer lugar, se tendría que demostrar el dolo de cometer un asesinato (con la concurrencia de una o varias de las circunstancias cualificantes del artículo 139 del CP); y en segundo lugar, se tendría que corroborar la existencia de un dolo específico que abarcara las circunstancias específicas del artículo 140 del CP. En este sentido, surge un grave problema, ya que la pena a imponer por el órgano sentenciador en este caso oscilaría entre los veinte y los treinta años de prisión si la tentativa es acabada (ya que se tendría que bajar únicamente un grado), y esa condena para alguien que efectivamente no ha llegado a provocar la muerte de otra persona es excesivamente grave, debido a que la pena sería mayor a la que se impondría al autor de un delito de asesinato consumado¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Así se hace, por ejemplo, en la STS 700/2018, de 9 de enero, que hemos analizado anteriormente.

¹⁶⁹ Cfr. CÁMARA ARROYO, Sergio y FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel, *op. cit.*, p. 77.

¹⁷⁰ Cfr. CASALS FERNÁNDEZ, Ángela, “Algunos aspectos controvertidos...”, *op. cit.*, p. 601.

IV. EL CONTROVERTIDO ENCAJE CONSTITUCIONAL DE LA PENA DE PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE

A pesar de la reciente STC 169/2021, de 6 de octubre, en la que se valida la figura de la prisión permanente revisable, el título de este apartado incluye el adjetivo “controvertido” porque ciertamente la interpretación efectuada por la mayoría de los magistrados de este órgano encargado de velar por el cumplimiento de nuestra CE fue un tanto torticera.

A lo largo de este apartado, se realiza en primer lugar, una síntesis de las ideas clave de la citada sentencia, en relación con los principios con los que entra en conflicto de un modo más evidente la polémica pena, para después adentrarnos brevemente en los razonamientos realizados por los magistrados discrepantes de la mayoría del Pleno del TC, así como en el contenido del voto particular adicional, para finalmente explicar los motivos por los cuales, a mi juicio, esta institución propia de tiempos pretéritos no debería formar parte de nuestro catálogo de penas, por colisionar frontalmente con el principio de reinserción social consagrado en el inciso primero del artículo 25.2 de la CE.

1. ¿Qué ha proclamado nuestro Tribunal Constitucional?

Primeramente, a modo de contextualización, hay que recordar que varios partidos políticos¹⁷¹ (excepto el Partido Popular, que fue el que promovió y aprobó en el Congreso de los Diputados la gran reforma penal que entró en vigor en julio del 2015) plantearon el recurso de inconstitucionalidad n.º 3866-2015¹⁷², con fecha de entrada de 30 de junio de 2015, y que fue resuelto por el Pleno en STC 169/2021, de 6 de octubre. Pues bien, siete de los diez magistrados integrantes del citado órgano, entendieron que la reforma es constitucional, si bien introdujeron la obligación de interpretar en un determinado sentido -lo que se conoce como sentencia interpretativa- la revocación de la libertad condicional, lo que no afecta verdaderamente a la cuestión esencial que se debatía. Los otros tres magistrados discrepantes consideraron que la nueva pena de prisión permanente revisable es inconstitucional; y uno de ellos emitió además un voto particular adicional.

Con el fin de hacer más comprensible la prolija sentencia, así como el voto particular formulado por los tres magistrados disidentes¹⁷³ y el voto particular adicional (que suman en total ochenta y nueve páginas), se han estructurado en tres epígrafes distintos, los principios sobre los que versa en líneas generales la extensa fundamentación jurídica a la que se adhirieron la mayoría de los magistrados del TC que consideran que

¹⁷¹ Los Grupos Parlamentarios que lo promovieron fueron: Partido Socialista Obrero Español (PSOE); Grupo Catalán de Convergencia i de Unió; Grupo de Izquierda Unida (IU), ya extinto; ICV-EUTA, CHA; La Izquierda Plural; Unión Progreso y Democracia (UPYD) que actualmente está disuelto; Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV); y Grupo Mixto.

¹⁷² Recurso de inconstitucionalidad n.º 3866-2015, promovido por más de cincuenta diputados contra los apartados 24, 25, 26, 38, 51, 78, 234, 255, 256 y 257 del artículo único de la Ley Orgánica 1/2015, de 15 de marzo, por la que se modifica el CP, que dan nueva redacción a los artículos 33.2 a), 35, 36, 76.1 e), 78 bis, 92, 140, 485.1, 605.1, 607.1.1.º y 2. y 607 bis 2.1.º del CP.

¹⁷³ Los tres magistrados que emitieron un voto particular son: Juan Antonio Xiol Ríos, Cándido Conde-Pumpido Tourón y María Luisa Balaguer Callejón. Asimismo, el voto particular adicional fue formulado por Cándido Conde-Pumpido Tourón.

la institución de la prisión permanente revisable no vulnera nuestra CE; y en un cuarto epígrafe se exponen los argumentos contrarios a la decisión dominante.

1.1. Principio de prohibición de penas inhumanas y degradantes

En lo que respecta al principio de prohibición de penas inhumanas o degradantes contenido en el artículo 15 de la CE y en el artículo 3 del CEDH, el TC considera en el fundamento jurídico 4 que la prisión permanente revisable no lo viola, fundamentalmente por dos razones. La primera de ellas es que la pena no puede considerarse perpetua como tal, precisamente porque es revisable, de manera que no puede entenderse que sea contraria a tal principio, adhiriéndose así a la doctrina del TEDH. A este respecto el TC afirma: *«Adaptada esta doctrina a nuestra realidad jurídica, el test de humanidad exige comprobar los siguientes puntos: (i) la pena debe ser objetivamente revisable, esto es, no debe abarcar en su configuración normativa ni en su imposición judicial toda la vida del reo; (ii) debe ofrecer al interno una expectativa o esperanza realista, no meramente teórica, de alcanzar algún día la libertad; (iii) el procedimiento para recuperar la libertad debe ser predeterminado, claro y cognoscible desde el mismo momento de su imposición; (iv) la decisión liberatoria debe tener en cuenta la evolución individual experimentada por el reo durante la ejecución de la condena; y (v) el reo debe recibir, de manera voluntaria, no forzada, el tratamiento adecuado a sus circunstancias y necesidades para favorecer dicha evolución».*

La segunda razón en la que se basa el TC es que el grado de aflicción que supone la pena de prisión permanente revisable no es inconstitucional. Ciertamente, el TC sí que reconoce que *«una privación de libertad de duración superior a quince o veinte años puede representar una forma de tratamiento inhumano o degradante si se atiende a su negativo impacto en el bienestar psíquico y en el equilibrio mental del interno, manifestado en forma de institucionalización, pasividad, pérdida de autoestima y depresión».* Sin embargo, matiza que: *«Se trata, en cualquier caso, de una objeción aplicable por igual a las penas perpetuas y a las penas de prisión de duración determinada en el caso de que por sí solas, o refundidas con otras, superen ese marco temporal [...]».*

Asimismo, el TC manifiesta que el juicio abstracto de inconstitucionalidad no puede hacerlo basándose únicamente *«en los efectos desocializadores que la prolongación en el tiempo del cumplimiento de la pena privativa de libertad puede generar»* y añade que *«la calificación como inhumana o degradante de una pena no puede derivarse exclusivamente de su duración, sino que exige un contenido material que asociamos a su forma de ejecución y a sus modalidades».*

Explica que la duración de la pena en sí misma no es suficiente para considerar que el grado de aflicción es constitucionalmente inadmisibles y matiza que *«solo en el caso de que el modo y las circunstancias de ejecución de la pena fueran susceptibles de generar un efecto multiplicador de su aflicción originaria sería posible emitir un juicio ex ante de que la ley ha rebasado el límite de lo constitucionalmente admisible».* Después de este argumento, el TC hace referencia a nuestro sistema de individualización científica,

como la esencia del sistema penitenciario español, y considera que el mismo «*representa una garantía suficiente*» para encajar la pena de prisión permanente revisable en nuestro marco constitucional.

Por último, el TC cita la STC 114/2012, de 24 de mayo, en la que manifestó que «*a través del sistema de individualización científica, la previsión de clasificación en diversos grados, los permisos ordinarios y extraordinarios de salida, las comunicaciones personales, los regímenes de cumplimiento en semilibertad y la posibilidad de obtener la libertad condicional, incluso de forma anticipada, constituyen un elenco de medidas que favorecen y posibilitan la reeducación y reinserción social [...]*». De manera que el TC, siguiendo la línea del Abogado del Estado, acaba por admitir con su decisión que, aunque la pena de prisión permanente revisable pudiera devenir en perpetua en algunos casos, como el tratamiento penitenciario, los permisos de salida, la progresión al tercer grado y el disfrute de otros beneficios previstos en la normativa penitenciaria son también aplicables a los condenados a esta pena, ello respalda suficientemente la humanidad del castigo, a pesar de la existencia de restricciones de carácter temporales específicos para el acceso a los permisos de salida, al tercer grado y a la libertad condicional. Adscribiéndose así al fundamento retributivo y al de prevención general para proteger a la sociedad.

1.2. Principio de proporcionalidad de las penas

Por lo que se refiere al segundo de los principios, el de proporcionalidad de las penas, el Tribunal examina cuatro posibles factores de inconstitucionalidad a lo largo de los fundamentos jurídicos 6, 7, 8 y 9. Procedemos a examinar a continuación cada uno de ellos por separado.

El primero de los factores es el de la irrelevancia criminológica de la medida, dado que, en los años anteriores a la promulgación de la ley, no había tenido lugar un incremento de la criminalidad que pudiese justificar ese nuevo tipo de prisión. El TC no trata de discutir la cuestionable utilidad social de la medida, pero subraya el margen de maniobra de que goza el legislador a la hora de confeccionar la política criminal, y para ello referencia la STC 55/1996, de 28 de marzo, en la que se afirma que «*el legislador goza dentro de los límites establecidos en la CE, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática*» y continúa explicando que «*corresponde en exclusiva al legislador el diseño de la política criminal [...] y dispone para ello de plena libertad*». Además, el TC considera apropiadas las razones aducidas en el Preámbulo de la LO 1/2015 para justificar la introducción de la prisión permanente revisable, apelando a la extraordinaria gravedad de los hechos a los que se aplica esta pena, a exigencias retributivas especiales y a su homologación con los sistemas penales de otros países democráticos de nuestro entorno. De esta forma, el TC considera que «*no resultan axiológicamente incompatibles con la CE, pues tratan de hacer patente el extraordinario contenido del injusto y de la culpabilidad que representa la vulneración de bienes jurídicos del más alto rango - singularmente la vida humana- y a la necesidad de compensarlo mediante una respuesta*

penal más intensa que permita mantener en la población la conciencia del Derecho y el sentimiento de justicia».

El segundo factor es el de la falta de proporcionalidad estricta de la medida. En este sentido, el TC sigue el clásico instrumento de ponderación basado en cuatro criterios que se corresponden con el fin justificado, la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Tras el análisis que efectúa, llega a la conclusión de que la justificación del fin de la pena -que se traduce básicamente en la protección de la vida humana- no resulta cuestionable, como tampoco lo es la idoneidad de la medida para alcanzar dicho fin. Parece tener alguna duda en cuanto a su necesidad, pero el incremento que la pena de prisión permanente revisable supone en cuanto a «*reforzar la finalidad disuasoria del sistema de justicia penal*» y la imposibilidad por razones institucionales de entrar en la existencia de «*consideraciones políticas, económicas y de oportunidad*» le llevan en último término a «*descartar la existencia de medidas alternativas menos gravosas*» pero de una funcionalidad similar¹⁷⁴. Exactamente, el TC establece con respecto a esto último -basándose en su STC 136/1999, de 20 de julio- que el control que puede ejercer «*sobre la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia [...] tiene un alcance y una intensidad muy limitadas, so pena de arrogarse un papel de legislador imaginario que no le corresponde y de verse abocado a realizar las correspondientes consideraciones políticas, económicas y de oportunidad que le son institucionalmente ajenas y para las que no está constitucionalmente concebido*».

Siguiendo con el análisis de la proporcionalidad en sentido estricto, no entiende el TC que pueda hablarse de «*un desequilibrio manifiesto*» entre la gravedad del delito y la de la pena, debido a que los plazos para acceder al tercer grado de clasificación penitenciaria (a los quince años) y a la suspensión condicional (a los veinticinco años) «*no exceden el marco de la pena de prisión de duración determinada en su expresión máxima*», que recordemos que es de treinta años según el artículo 70.3.1.º del CP. En cuanto a las restricciones temporales agravadas para el acceso al tercer grado de clasificación penitenciaria para el caso de delitos terroristas (veinte años) y para los distintos supuestos concursales (que oscilan desde los dieciocho años hasta los treinta y dos), así como para el acceso a la libertad condicional para supuestos concursales (que van desde los veintiocho a los treinta y cinco años), si bien reconoce el TC que son ciertamente severas, afirma que «*no llegan a desbordar el nivel de retribución fijado en casos de acumulación jurídica de penas en el artículo 76 del CP*», que recordemos que desde su reforma por la LO 7/2003, contempla límites de cumplimiento de hasta cuarenta años de duración. Además, el panorama que ofrece el Derecho comparado, según el TC, «*proporciona asimismo un criterio que permite descartar la idea de que estemos en presencia de una reacción punitiva arbitraria o extravagante*»¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Cfr. ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel y JUANATEY DORADO, Carmen, “Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la prisión permanente revisable”, en *Diario la ley*, n.º 10017, febrero de 2022, p. 5.

¹⁷⁵ *Ibidem*, últ. op. y loc. cit.

En cuanto al tercer factor relativo a la rigidez de la pena de prisión permanente revisable, al TC le parece algo evidente que *«la imposición facultativa de la pena dotaría de mayor flexibilidad a su aplicación judicial»*, pero no considera que haya razones para entender que *«represente una tacha insalvable de inconstitucionalidad la decisión de nuestro legislador de exigir esta pena en hechos que presentan por sí mismos una extrema gravedad»*, como son los ataques a la vida humana independiente y a la libertad sexual, puesto que no existe riesgo de una reacción penal desmesurada, en tanto que no se puede afirmar que exista la posibilidad real de que *«en su descripción típica puedan cobijarse conductas de gravedad menor susceptibles de quebrar la correlación debida entre la gravedad de la pena y gravedad del ilícito»*.

Asimismo, el TC indica que: *«Tampoco se observa falta de previsión en la norma de elementos que permitan atemperar la sanción penal a la entidad de los actos, pues aunque la pena de prisión permanente revisable no tiene un tiempo máximo de duración predeterminado en la ley y no dispone de un marco penal que posibilite el juego completo de las reglas del artículo 66 del CP -que determinan la imposición de la pena en su mitad inferior, superior, o en toda su extensión según concurran o no, y en qué número e intensidad, las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal previstas en los artículos 21, 22 y 23 del CP [...] - ello no significa que el tribunal sentenciador se vea forzado a ignorar las circunstancias objetivas y subjetivas susceptibles de atenuar la responsabilidad criminal del acusado»*.

A pesar de esta relativa rigidez de la controvertida pena en ciertos casos, el TC afirma que, dada la existencia de dos vías mediante las cuales las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal contribuyen de manera eficiente a la individualización de la pena, no puede aceptarse que haya un problema de constitucionalidad. Estas vías permiten individualizar la pena de dos formas: la primera mediante la fijación de la pena inferior en grado a la de la prisión permanente revisable (que es la de prisión de veinte a treinta años según el artículo 70.4 del CP); y la segunda mediante la toma en consideración, en la fase de ejecución de la condena, de *«las circunstancias del delito cometido»* -en referencia inequívoca a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal- como factor para *«considerar la existencia del pronóstico favorable de reinserción social habilitante de la suspensión condicional de la pena»*, tal y como establece el artículo 92.1 c) del CP¹⁷⁶.

El cuarto y último factor, tiene que ver con la indeterminación de la pena, y plantea básicamente dos cuestiones: por un lado, la supuesta falta de taxatividad de la pena y por otro, el riesgo de arbitrariedad judicial en las decisiones relacionadas con la revocación de la libertad condicional.

La primera la resuelve el TC apelando de nuevo a la doctrina del TEDH y señalando que *«la pena de prisión permanente revisable no es una pena indeterminada [...] sino una pena determinable con arreglo a criterios legales preestablecidos cuya individualización judicial se completa en fase de ejecución mediante la aplicación de*

¹⁷⁶ Cfr. ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel y JUANATEY DORADO, Carmen, *op. cit.*, p. 5.

parámetros, los del artículo 92.1 del CP, claros y accesibles al reo desde el momento de la imposición de la condena, y cuya finalidad no es asegurar su encierro perpetuo, sino supeditarlos, tras la realización de un contenido mínimo retributivo, a su evolución personal. Entre estos parámetros adquieren singular relieve aquellas variables que son directamente dependientes de su voluntad, como su conducta penitenciaria y la evolución personal que experimente a lo largo del cumplimiento de la condena [...]».

En relación con la segunda cuestión, acerca de que las condiciones de revocación de la suspensión condicional previamente concedida resultan en gran medida ajenas a la voluntad del penado, el TC considera que en este punto sí que debe dársele la razón a los recurrentes puesto que *«la ley otorga al juez de vigilancia penitenciaria, como órgano competente para el control de la libertad condicional, una facultad casi omnímoda para ordenar el reingreso en prisión del liberado en virtud de una valoración de sus circunstancias personales exenta de pautas legales»*. Reconoce abiertamente el TC que el artículo 92.3 párrafo tercero del CP puede generar en el preso que está en la fase de cumplimiento de la libertad condicional, la sensación de incertidumbre absoluta sobre el modo de aplicación efectiva puesto que *«podrían integrar el fundamento de la decisión revocatoria, circunstancias personales del liberado condicional completamente desconectadas con el fundamento de su condena y de su ulterior liberación -un determinado modo de conducirse por la vida- e incluso ajenas a su voluntad -la pérdida de su puesto de trabajo, o de un apoyo familiar o institucional-. La consecuencia asociada a estos supuestos, el retorno a prisión, resulta manifiestamente desproporcionado»*.

Ahora bien, después de criticar duramente este escenario, el TC matiza lo anterior, y considera que el mismo no puede justificar una declaración de inconstitucionalidad, afirmando lo siguiente: *«Ello no significa que este precepto no sea susceptible de sanación mediante la reducción teleológica resultante de una interpretación sistemática que lo conectara con las causas generales de revocación de la suspensión condicional a las que remite expresamente el artículo 92.3, párrafo primero del CP»*. Consecuentemente, el TC se limita a declarar que la revocación de la suspensión condicional solo podrá tomarla el juez cuando se haya producido alguno de los incumplimientos tipificados en el artículo 86.1 del CP (condena por un delito cometido durante el período de suspensión, incumplimiento de forma grave de las condiciones que se le hayan impuesto para la suspensión o facilite información inexacta sobre el paradero de bienes u objetos que hubieran sido decomisados), puesto que termina su explicación ordenando que se ha de restringir *«la eficacia revocatoria del aludido cambio de circunstancias a los casos en que se produjera en el contexto del incumplimiento de alguno de los deberes jurídicos con eficacia revocatoria a los que se refiere el artículo 86.1 del CP»*.

Por otro lado, el TC tiene en cuenta que el artículo 92.4 del CP no contempla *«la situación del penado que haya reingresado en prisión tras la revocación de una libertad condicional previamente concedida, lo que deja abierta la posibilidad de interpretar que la revocación puede constituir un obstáculo para obtener una nueva revisión de la pena»*

y ante ello afirma que esta indeterminación legislativa *«implicaría la virtual novación de la pena de prisión permanente revisable en pena irredimible de iure y de facto, lo que la haría incompatible con los artículos 15, 17.1 y 25.1 de la CE. También vulneraría el artículo 25.2 de la CE, pues eliminaría las posibilidades del penado de reincorporarse a la sociedad al verse sujeto a una reclusión de por vida, con independencia de su evolución personal futura»*. Así las cosas, reconoce el TC que como no se concreta el régimen de revisión que habría de aplicarse después del acto revocatorio, se produce un grado de incertidumbre excesivo que vulnera los derechos citados *supra*. Por todo lo anterior, concluye el TC que *«el régimen jurídico de la revocación de la libertad condicional resulta constitucionalmente insatisfactorio por incompleto, aunque de ello no se ha de seguir una declaración de inconstitucionalidad por omisión [...] siendo suficiente con fijar como única interpretación constitucionalmente conforme con los valores y derechos fundamentales en juego, la de que, tras la revocación de la libertad condicional, habrán de estimarse subsistentes las exigencias impuestas al tribunal sentenciador en el artículo 92.4 del CP de verificar, con una periodicidad bianual, el cumplimiento de los requisitos para el acceso a la libertad condicional y de resolver las peticiones que el penado le dirija con los condicionamientos temporales establecidos en dicha norma»*.

1.3. Principio de resocialización

El principio de resocialización que se analiza en el fundamento jurídico 10 de la sentencia, está consagrado en el artículo 25.2 de nuestra CE y reza lo siguiente: *«Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social»*. Según considera el TC, no es cierto que la pena de prisión permanente revisable anule toda expectativa de realización de los fines constitucionalmente previstos en el citado artículo, *«pues se constata que esa expectativa es inherente a uno de sus rasgos estructurales, su revisibilidad en fase ejecutiva: por medio de la suspensión condicional de la pena, el interno tiene una posibilidad real de reinsertarse plenamente en la sociedad y de extinguir definitivamente su condena una vez cumplido con éxito el plazo de cinco a diez años de suspensión»*. También alude a la doctrina del TEDH, que *«ha residenciado en la esperanza de liberación el factor decisivo de humanización de las penas perpetuas o indeterminadas»*.

En la misma línea argumentativa, el TC hace referencia a otra de sus sentencias, concretamente al fundamento jurídico 4 de su STC 160/2012, de 20 de septiembre, en el que se establece que *«la finalidad de reinserción social se proyecta esencialmente sobre la fase de ejecución, en la que se materializa la afcción al derecho a la libertad (artículo 17.1 de la CE) de quien resulta penalmente sancionado, pero ha de armonizarse con otros fines legítimos de la pena, que adquieren mayor protagonismo en otros momentos de intervención del ius puniendi. En particular, la finalidad de prevención general, tanto en su vertiente de disuasión de potenciales delincuentes mediante la amenaza de la pena, como de reafirmación de la confianza de los ciudadanos en el respeto de las normas penales, constituye igualmente un mecanismo irrenunciable para el contenido de protección de bienes jurídicos»*.

Tras analizar determinados extractos de la citada sentencia, el TC afirma que: *«De esta doctrina se desprende que el principio de resocialización ha de cohonestarse con otros fines legítimos de la pena»*, de modo que a la hora de proceder al enjuiciamiento de las disposiciones legales restrictivas se han de verificar dos aspectos importantes: por un lado, la existencia de un fin legítimo, *«que en este caso se corresponde con la finalidad de protección de los bienes jurídicos tutelados por los tipos penales en relación con los cuales se contempla la imposición obligatoria de la pena»*; y por otro, la intensidad de la restricción, *«que deviene desproporcionada y por lo tanto constitucionalmente ilegítima si llega al grado de representar un obstáculo insalvable para la realización de las expectativas de reinserción social del interno»*.

Así, de conformidad con el criterio del TC, una vez que se ha contrastado la legitimidad del fin perseguido, lo que debe hacerse después es *«examinar si el constreñimiento al que se somete el principio de resocialización» puede resultar desmesurado, lo que exige examinar el contenido de las medidas en un doble aspecto, temporal y cualitativo»*. En cuanto a la dimensión temporal, las medidas restrictivas relativas a los períodos de seguridad impuestos por los artículos 36.1, 92.1 c) y 78 bis 2 y 3 del CP, para poder acceder al tercer grado de clasificación y a la suspensión de la ejecución, constituyen -según afirma el TC- *«magnitudes homologables en el Derecho comparado y no conllevan la anulación de la expectativa del penado de reincorporarse a la sociedad, pues el artículo 92.4 del CP habilita tras el vencimiento de los plazos un procedimiento de revisión con vistas a la liberación condicional del interno que exige la evolución periódica de su evolución personal»*. Con respecto a la dimensión cualitativa, han de analizarse las medidas *«en el contexto del sistema penitenciario en el que se inserta el condenado a pena de prisión permanente revisable, que no es distinto del que se aplica en la ejecución de las penas privativas de libertad de duración determinada»*.

Así las cosas, el TC concluye que la polémica pena no comporta la anulación del principio de resocialización, ya que considera que las restricciones impuestas para poder acceder a determinadas figuras penitenciarias encaminadas a la consecución de la reinserción social, *«no abarcan en su ámbito de constrictión otras medidas e intervenciones características del sistema de individualización científica desarrollado en la LOGP y en su RP, de indudable relevancia, como permisos de salida, salidas programadas, actividades terapéuticas, educativas, formativas y laborales, ni la elaboración y aplicación de un plan individualizado de tratamiento»*.

Finalmente, en una muestra de lo que podríamos llamar la “mala conciencia” a la hora de redactar la sentencia al final, el TC pone de relieve la necesidad de reforzar la función moderadora que el principio de reinserción social consagrado en la CE debe ejercer sobre la pena de prisión permanente revisable. Y establece a modo de conclusión que: *«En definitiva, las tensiones que el nuevo modelo de pena genera en el artículo 25.2 de la CE precisan ser compensadas reforzando institucionalmente por medios apropiados la posibilidad de realización de las legítimas expectativas que pueda albergar el interno de alcanzar algún día su libertad»*. Pero ese piadoso deseo no se

traduce verdaderamente en el fallo, pues ya sabemos cuáles son los argumentos que emplea para dar cabida en nuestro marco constitucional a la pena perpetua¹⁷⁷.

1.4. Argumentos de los magistrados disidentes del Tribunal Constitucional y del voto particular adicional

Los magistrados discrepantes consideran que la pena de prisión permanente revisable es contraria a nuestra CE, fundamentalmente por su carácter de pena indeterminada en su extensión y porque se trata de una pena potencialmente perpetua. Esto lo articulan en el voto particular conjunto, mediante tres argumentos que están relacionados con cuatro principios jurídicos muy importantes: el de dignidad humana; el de prohibición de penas inhumanas o degradantes (en que se concreta ese principio de dignidad); el de reinserción social del que se derivaría la prohibición de penas que pudieran ser perpetuas en determinados supuestos; y el de seguridad jurídica, que está íntimamente relacionado con los derechos a la libertad y a la legalidad sancionadora, de los que se derivaría la prohibición de penas indeterminadas¹⁷⁸.

a) Primeramente, bajo el título de: «*La evolución de la cultura jurídica democrática basada en los derechos humanos y el principio de no regresión en el sentido humanizador de la pena (artículos 10.1 y 15 de la CE)*», y en lo que al principio de dignidad humana se refiere, que los magistrados de la minoría interpretan en términos kantianos (como prohibición de instrumentalización, de cosificación del ser humano), enfatizan mucho en lo que llaman «*principios de no limitación, de no regresión y de progresividad*», que si se interpretan en su conjunto, llevarían a la declaración de inconstitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable. En esencia, lo que vienen a determinar estos magistrados es que los parámetros establecidos por el TEDH deben considerarse simplemente como un límite que constituye una condición necesaria pero no suficiente para justificar que una determinada pena es conforme con la CE. Esto es así porque nuestra CE ha establecido criterios más exigentes que los recogidos en el CEDH (ciertamente en esta norma no se hace referencia alguna ni a la dignidad humana ni al mandato de que las penas privativas de libertad deban estar orientadas hacia la reeducación y reinserción social)¹⁷⁹.

La pena de prisión permanente revisable implica una clarísima regresión en el proceso de humanización de las penas, de disminución de la crueldad y de desarrollo y protección de los derechos fundamentales que inspiraron nuestra CE, de manera que esta particular pena supone «*un retroceso objetivo en el devenir del diseño legislativo de la progresiva humanización de las penas en el ordenamiento penal español*». Durante casi cien años, «*con diferentes regímenes políticos democráticos -monárquicos o republicanos- y dictatoriales, España se constituyó como un país abolicionista de las penas privativas de libertad a perpetuidad o indeterminadas no indefectibles de por vida*», lo que supone que el legislador habría infringido, al establecer esa nueva pena, ese

¹⁷⁷ Cfr. ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel y JUANATEY DORADO, Carmen, *op. cit.*, pp. 6-7.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 7.

¹⁷⁹ *Ibidem*, últ. *op. y loc. cit.*

principio de no regresión. Esto último explica la conclusión a la que llegó la Sala de lo Penal del TS en una reciente sentencia, en la que se señala que «*el legislador no invoca precedentes históricos, sino Derecho comparado*», en referencia a la forma en la que el legislador intentó justificar la pena de prisión permanente revisable. Además, afirman que: «*La reincorporación de esta pena en el ordenamiento jurídico español «se ha producido en ausencia de razones de extraordinaria e imperiosa necesidad para el vigente sistema constitucional. Esa circunstancia impide excepcionar el principio de no regresión respecto de una situación de humanización del sistema de penas»*¹⁸⁰.

b) En segundo lugar, bajo el título de: «*La aplicación de una interpretación progresiva del mandato hacia la reinserción social de las penas privativas de libertad (artículo 25.2 de la CE) a la pena de prisión permanente revisable, como potencialmente indefectible de por vida*», y en relación con la interpretación del mandato constitucional de reinserción social, los magistrados de la minoría insisten nuevamente en la necesidad de considerar que la doctrina del TEDH únicamente fija un mero contenido mínimo o genérico. Por su parte, el principio de progresividad obligaría a hacer una interpretación restrictiva del artículo 25.2 de la CE en el sentido de que implica la prohibición de cualquier tipo de pena que pueda por sí misma frustrar el objetivo de reinserción del penado «*que es lo que sucede con las penas diseñadas legislativamente como potencialmente perpetuas*». Dicha interpretación la refuerzan con cuatro razonamientos: la incipiente vinculación que creen encontrar en el Derecho constitucional comparado a conectar ese principio con la prohibición de ese tipo de penas; el contexto histórico en el que se originó el referido mandato constitucional, que explica que no se prohibieran expresamente las penas de tales características; la interpretación subjetiva de la voluntad del constituyente, que demostraría que va en contra de la reinstauración de penas perpetuas; y la propia percepción del legislador orgánico, previa a la regulación de la pena de prisión permanente revisable, de que este mandato constitucional impedía la vigencia de penas de estas características¹⁸¹.

c) Y por lo que hace al tercero de los argumentos, que se extiende a lo largo del último apartado del voto particular titulado: «*La aplicación de los derechos a la libertad (artículo 17.1 CE) y a la legalidad sancionadora (artículo 25.1CE) y del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la CE) a la pena de prisión permanente revisable, como pena temporalmente indeterminada*», los magistrados de la minoría apoyan su tesis de la inconstitucionalidad de las penas temporalmente indeterminadas haciendo referencia a numerosas sentencias del TC. De este modo concluyen que: «*la jurisprudencia constitucional en interpretación y aplicación del derecho a la legalidad sancionadora (artículo 25.1 CE), desde la perspectiva de la taxatividad de las consecuencias jurídicas del delito, que está en conexión tanto con la protección del derecho a la libertad (artículo 17.1 CE) como con el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE), ha concluido que las sanciones que resultan indeterminadas en su límite máximo vulneran esta garantía material por hacer inaccesible e imprevisible el*

¹⁸⁰ Cfr. ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel y JUANATEY DORADO, Carmen, *op. cit.*, pp. 7-8.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 8.

alcance de la pena. Esta jurisprudencia, aplicada a la pena de prisión permanente revisable, determina que esta pena debe considerarse contraria a las citadas previsiones constitucionales, ya que, si bien establece un límite mínimo para poder acordar la suspensión de su ejecución a través de la institución de la libertad condicional, sin embargo, resulta indeterminada en cuanto a su extensión temporal máxima pudiendo llegar a ser indefectible de por vida»¹⁸².

Por último, sobre el voto particular adicional formulado por uno de los tres magistrados de la minoría, hay que destacar que pone el énfasis en la circunstancia de que *«la concreta regulación legal de las posibilidades de suspensión de la ejecución de la referida pena [...] determina que dicha suspensión sea prácticamente inalcanzable», al menos en algunos casos»*. Reprocha por ello a los magistrados de la mayoría el que hayan obviado *«las peores hipótesis»*: *«el enjuiciamiento constitucional de la restricción de la libertad que impone la norma recurrida no puede ser resuelto, como de alguna forma se propone, por referencia al mejor de los supuestos de aplicación posibles, es decir, a aquel en el que la suspensión de la ejecución se produce transcurridos 25 años de cumplimiento»*. Por otro lado, indica que la forma de cumplimiento de la pena *«veda durante muchos años -de 15 a 22 años- el acceso al tercer grado de clasificación penitenciaria con una intensa restricción de los beneficios penitenciarios, así como con criterios de revisión intensamente anclados en el pasado, en realidades sobre las que la evolución personal del interno no puede incidir»*.

Este magistrado apoya su tesis jurídica de que la regulación legal de la pena de prisión permanente contraviene el principio de resocialización en dos argumentos muy interesantes. Uno es que esa regulación supone, incluso en las situaciones más favorables y benignas, *«una traslación legislativa de los fines retributivos de la condena a su ejecución, desplazando así a los que, constitucionalmente, deben orientar el cumplimiento de la pena»*. En este sentido, también manifiesta que: *«Simplemente, la finalidad retribucionista desplaza de hecho a cualquier otra consideración en muchos supuestos»*. El otro argumento que emplea se refiere a la manera en la que habría que interpretar el mandato del artículo 25.2 de la CE: *«No se trata de analizar si la posibilidad de reinserción queda anulada, sino si la regulación la favorece o la posibilita»*. Continúa expresando que, la tarea moderadora y consistente en la definición del contenido de los distintos derechos que corresponde al TC *«pudiera haber tenido mucho más recorrido y hubiera podido reducir los previsibles efectos desocializadores»¹⁸³*.

2. El inciso primero del artículo 25.2 de nuestra Constitución: el mandato clave que pone en jaque la constitucionalidad de esta polémica pena perpetua

De no estar expresamente contemplado en el texto constitucional el inciso primero del artículo 25.2, sería perfectamente factible que las penas no tuvieran que servir para facilitar la reintegración social de los penados y que se basasen únicamente en el

¹⁸² Cfr. ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel y JUANATEY DORADO, Carmen, *op. cit.*, p. 8.

¹⁸³ *Ibidem*, pp. 8-9.

cumplimiento de fines retributivos y de prevención general¹⁸⁴. Sin embargo, se optó por la persecución de este fin, que, aunque no es necesariamente inherente a las penas, y mucho menos a las privativas de libertad, ha sido y es la esencia de nuestro Derecho penitenciario, que desde hace muchos años ha venido contribuyendo a que exista una esperanza para que los internos puedan ir avanzando adecuadamente hacia su reinserción. No obstante, debido precisamente a la inclusión de la figura de la prisión permanente revisable -entre otras muchas cuestiones- dicho fin ha ido dejando de influenciar cada vez más en nuestras normas penales.

En este sentido, es justo mencionar que el referido precepto no recoge un derecho fundamental, sino un simple mandato o principio programático del constituyente al legislador a la hora de orientar las políticas penal y penitenciaria hacia la reeducación y reinserción social de los penados, tal y como ha afirmado nuestro TC en numerosos autos y sentencias (ATC 15/1984, de 11 de enero, ATC 739/1986, de 24 de septiembre, ATC 1112/1988, de 10 de octubre, ATC 360/1990, de 5 de octubre, STC 2/1987, de 21 de enero, STC 75/1998, de 31 de marzo, STC 204/1999, de 8 de noviembre, STC 91/2000, de 30 de marzo, entre otras). Ello viene a significar que su contenido no puede ser entendido como un derecho susceptible de amparo que permita valorar la posible inconstitucionalidad de una pena en función de los resultados obtenidos en la reinserción social del condenado, sino más bien como un instrumento que ayude a determinar la adecuación de las penas con la CE, en función de que las mismas no sean en sí mismas un impedimento para conseguir la finalidad constitucional mencionada¹⁸⁵. De hecho, para justificar que la pena de prisión permanente revisable no vulnera el mandato de reinserción social, se suele argumentar que la misma es necesaria por razones de retribución y de prevención general, haciendo hincapié en que el mandato constitucional es un mero principio programático, o entendiéndolo como un principio basado en la enmienda moral, como pena-redención, que debe ser expiada mediante un castigo. Pero lo cierto es que el principio de reinserción social no presenta esa naturaleza moral, sino que se refiere a una recuperación social del penado, que es precisamente el objetivo marcado en nuestra CE¹⁸⁶.

Tanto el TC, como el TS y la doctrina, han emitido pronunciamientos dispares sobre la interpretación que consideran más apropiada acerca del citado artículo 25.2 CE. Así, el TC, en su ATC 15/1984, de 11 de enero, consideró que lo que se prevé en tal precepto es un «*mandato al legislador para orientar la política penitenciaria*», y en su STC 209/1993, de 28 de junio, describió tal mandato como «*norte para la política penitenciaria en el marco normativo y en la fase de ejecución*». Por su parte, el TS, en su STS 497/1995, de 6 de abril, concluyó que tal mandato «*alcanza a todos los poderes*

¹⁸⁴ Debe quedar claro que la reinserción social no es el único de los propósitos por los que se imponen las penas privativas de libertad, de manera que, ni la finalidad resocializadora puede ni debe excluir otros fines, tales como el retributivo o el de prevención general, ni estos últimos pueden ni deben excluirla a ella. Así queda plasmado, por ejemplo, en las siguientes resoluciones: ATC 19/1988, de 16 de febrero, ATC 1112/1988, de 10 de octubre, OATC 360/1990, de 5 de octubre, ATC 196/2006, de 3 de julio o STC 19/1988, de 10 de octubre.

¹⁸⁵ Cfr. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, “Prisión perpetua y de larga duración...”, *op. cit.*, pp. 130-131.

¹⁸⁶ *Ibidem*, pp. 132-133.

públicos». Además, en su STS 151/1996, de 15 de febrero, señaló que el artículo 25.2 de la CE tiene un alcance genérico que ha de tenerse en cuenta por el legislador al fijar las penas aplicables a cada delito por los juzgados y tribunales en aplicación de las normas penales y penitenciarias. De modo que, todo cuanto contradiga o se enfrente a la resocialización del individuo, empañando o adulterando el fin último de la pena, comportará una tacha constitucional y exigirá la rectificación del acuerdo judicial correspondiente, tal y como se afirma en la STS 101/1998, de 30 de enero.

Independientemente de los diversos pronunciamientos existentes, considero más acertado entender que dicho mandato alcanza tanto a la regulación de las penas como a su imposición y a su ejecución, debido a que en el artículo 25.2 de la CE se expresa de modo genérico que las penas deberán estar orientadas a la reeducación y reinserción social, sin hacer mención alguna al momento concreto en que ha de ser tenida en cuenta esta directriz. Además, sería ilógico que en el momento de regular las penas y de imponerlas no se tuviera en cuenta este mandato, y en la fase de su cumplimiento sí, pues ello implicaría una incoherencia entre el sistema penal y el penitenciario, que imposibilitaría la coordinación efectiva entre ambos.

Por otra parte, puede haber sanciones que *per se* no sean un obstáculo a la reinserción, pero que sí lo sean por su forma de cumplimiento; y pueden existir otras que únicamente por su regulación ya impiden la eventual reinserción social, independientemente de su forma de cumplimiento. Esto último sucede con la pena de prisión perpetua revisable, que tal y como está configurada hace inefectiva la reinserción social de los condenados a ella, ya que, al posibilitar encierros de por vida, convierte en un sinsentido la aplicación de cualquier tipo de tratamiento a los penados, y ello a pesar del procedimiento de revisión previsto que no garantiza ni mucho menos la excarcelación, que pudiera no darse nunca si no se cumplen los numerosos y rígidos requisitos existentes¹⁸⁷.

Por lo tanto, la figura de la prisión permanente revisable, a la hora de ser concebida y regulada por el legislador, evidencia una clara dejación del principio constitucional de reinserción social, debido a la excesiva prolongación de los plazos para su revisión, a la dependencia de los pronósticos de reinserción social a tales plazos, a la incertidumbre acerca de la duración máxima que habrá de cumplir el penado y a la posibilidad de que la no superación de las revisiones previstas dé lugar a un encarcelamiento a perpetuidad. Para que la pena de prisión permanente revisable se ajustase al modelo de reinserción social recogido en la Constitución, debería ser bajo las siguientes condiciones: que en la sentencia se fijara un período de duración determinado y que el período de seguridad no superase los quince o veinte años recomendados por los organismos internacionales¹⁸⁸.

A este respecto, PÉREZ ROYO, en respuesta a una propuesta popular de referéndum para implantar la cadena perpetua en España, efectuó importantes reflexiones hace ya más de diez años, pero que siguen teniendo sentido actualmente: «*La cadena*

¹⁸⁷ Cfr. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, “Prisión perpetua y de larga duración...”, *op. cit.*, pp. 131-132.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 135.

perpetua no tiene cabida en la Constitución. La redacción del artículo 25 de la misma no deja la más mínima duda. No se podría introducir, en consecuencia, en nuestro ordenamiento jurídico sin una previa reforma constitucional, reforma que, además, por afectar a un artículo que está incluido en la sección primera del capítulo segundo del Título primero del texto constitucional, tendría que hacerse por el procedimiento previsto en el artículo 168 de la Constitución, que exige mayoría de dos tercios en ambas Cámaras en dos legislaturas consecutivas y la ratificación en referéndum». Por último, termina expresando que: «la finalidad que se tiene que perseguir es la rehabilitación de los jóvenes que han cometido un delito tan espantoso. No se trata de que se pudran en la cárcel, sino de que la experiencia carcelaria les ayude a entender la monstruosidad de su conducta y a rehabilitarse como personas y como ciudadanos. Esto es lo que prevé el artículo 25 de la Constitución y en que esa previsión se hiciera realidad consistiría el triunfo del Estado social y democrático de Derecho, que nuestra Constitución proclama en su primer artículo»¹⁸⁹.

A mayor abundamiento, es importante destacar que el TC proclamó en su STC 65/1986, de 22 de mayo, que una configuración razonable de la ejecución de las penas privativas de larga duración requiere que el condenado pueda albergar la posibilidad de un reintegro a la sociedad en libertad, dado que lo contrario supondría, además de la conculcación de los principios de humanidad y de reinserción social, un «trato inhumano y degradante», al conllevar el *quantum* de la pena a cumplir una humillación o una sensación de envilecimiento superior a la que suele acompañar a la simple imposición de la condena, lo cual está proscrito en el artículo 15 de la Constitución.

Si bien la figura de la prisión permanente revisable presenta problemas de encaje con la Constitución española, lo cierto es que en el ámbito de la Unión Europea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), ha admitido en su jurisprudencia esta figura, afirmando que no contraviene el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (a partir de ahora, CEDH), ya que este no impide la existencia de una pena de este tipo, siempre que se contemplen mecanismos de revisión claros y con plazos razonables. La argumentación empleada por el TEDH es básicamente que la prisión perpetua no es una pena inhumana en sí misma, aunque puede llegar a serlo por su forma de ejecución. Además, fundamenta que no toda pena ha de servir al principio de reinserción social, pues incluso haciéndolo, también puede servir a otros fines igualmente legítimos, como son los de prevención general y de retribución anteriormente citados. Esto ha promovido que la prisión perpetua revisable sea un modelo muy extendido entre los Estados de nuestro entorno, precisamente por estar amparada por la normativa europea¹⁹⁰.

No obstante, esta controvertida figura sí que contradice los convenios internacionales y las recomendaciones del Consejo de Europa ratificados y/o suscritos

¹⁸⁹ Vid. artículo de PÉREZ ROYO, Javier, “Cadena perpetua”, en *El País*, de 20 de febrero de 2009. Disponible en: https://elpais.com/diario/2009/02/20/andalucia/1235085727_850215.html [visitada el 12 de marzo de 2022].

¹⁹⁰ Cfr. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, “Prisión perpetua y de larga duración...”, *op. cit.*, pp. 135-136.

por España, en los que se aboga por un acortamiento de las penas privativas de libertad, y se hace énfasis en la importancia de la reinserción de los penados frente a la retribución propia de todas las penas¹⁹¹. Pero lo cierto es que la imposición de la pena de prisión permanente revisable conlleva un sufrimiento o envilecimiento mucho mayor que el resto de las penas privativas de libertad, por la incertidumbre que genera al penado el desconocimiento de una fecha de excarcelación (si es que llega a acontecer).

Por último, es interesante traer a colación la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la CPI en cuyo texto se consideró necesario impedir, como salvaguardia del artículo 25.2, que las penas impuestas por la CPI excedieran del límite máximo admitido por nuestra legislación penal, a efectos del cumplimiento de dichas penas en España. Ello no hace sino evidenciar la inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable, pues según el criterio del legislador español en aquel momento, la reclusión a perpetuidad prevista en el catálogo de penas establecido en el Estatuto de la CPI, no se consideró compatible con el primer inciso del artículo 25.2 de nuestra CE¹⁹².

V. CONCLUSIONES FINALES

Primera. Con la importantísima reforma del CP del año 2015, materializada a través de la LO 1/2015 y de la LO 2/2015, la pena de prisión permanente revisable se convirtió en la indiscutible y polémica protagonista de esta, al servir de herramienta política y de carácter simbólico, para dar la impresión de que nuestro Derecho penal es lo suficientemente contundente para aplacar los delitos más graves y despreciables que puede haber dentro del espectro criminal de una sociedad. Si bien es cierto que en ningún momento se discute que tales delitos merezcan una dura respuesta por parte del Estado en el ejercicio legítimo del *ius puniendi* que le corresponde, pues todos los casos son protagonizados por criminales sanguinarios y peligrosos, tal respuesta ha de ser proporcionada penológicamente, y el marco punitivo anterior a la reforma del 2015 ya de por sí era suficiente para satisfacer los fines retributivos y de prevención general. Sin embargo, se optó por dar una respuesta excesiva, erigiendo la pena de prisión permanente revisable como el principal exponente del populismo punitivo, ya que se incluyó en nuestro catálogo de penas con fines netamente electoralistas y no por la existencia de una necesidad real e imperiosa que determinase ineludiblemente un cambio drástico de rumbo en nuestra normativa penal y penitenciaria, que pasó de ser una de las más progresistas y humanitarias de nuestro entorno cultural, pudiendo catalogarla incluso de revolucionaria, a una de las más represivas e involucionistas, en algunas materias. Todo esto ha desmantelado la esencia resocializadora de nuestra LOGP, que, por cierto, fue aprobada en su día con una aclamación unánime del Congreso y del Senado, y que instauró los criterios propios del régimen progresivo de cumplimiento de penas.

La LO 7/2003 inició un cambio de tendencia que llegó a su culmen en 2015 como consecuencia de la última gran reforma penal, y trajo consigo un excesivo endurecimiento

¹⁹¹ Cfr. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, “Prisión perpetua y de larga duración...”, *op. cit.*, p. 135.

¹⁹² Cfr. RÍOS MARTÍN, Julián Carlos, *op. cit.*, p. 157.

del tiempo de cumplimiento efectivo de las penas de prisión, mediante la implantación de los controvertidos períodos de seguridad y la introducción de la pena de prisión de cuarenta años, que posibilita *de facto* internamientos en prisión a perpetuidad, aunque eso sí, por un tiempo determinado; lo cual es bastante paradójico si hacemos una comparativa con la pena de prisión permanente revisable, que puede resultar en el mejor de los casos más clemente que la de cuarenta años, ya que técnicamente es posible que a alguien condenado a la pena de prisión permanente se le suspenda la ejecución de la misma -lo que coincide con la revisión- a los veinticinco años de condena. Sin embargo, siendo realistas, es muy improbable que en la práctica alguien consiga cumplir los requisitos de carácter cumulativo que se exigen para tener acceso a la suspensión de la ejecución o libertad condicional, pues algunos de los criterios en los que se basan los mismos son eminentemente subjetivos, y es relativamente fácil que la pena se convierta en un encierro a perpetuidad si se deniegan las revisiones previstas al efecto.

Y, es más, la incierta pena de prisión permanente revisable -que parece parecerse más a una medida de seguridad, toda vez que hace depender la liberación del penado de un pronóstico de peligrosidad- trae consigo la inhumana incógnita del tiempo real de condena, pues desde que se dicta la sentencia indeterminada de imposible individualización, hasta que se suspende esta pena -si es que se suspende-, el reo tiene que cargar con la horrible incertidumbre de no saber si algún día volverá a ser libre en lo que le queda de vida.

Segunda. Es importante recalcar que, figuras estrictamente penitenciarias como el tercer grado de tratamiento penitenciario, la obtención de permisos de salida o la suspensión de la ejecución del resto de la pena ganaron cierto protagonismo en relación con la pena de prisión permanente revisable, ya que el legislador penal se encargó de hacer referencia a las mismas en algunos de los preceptos del CP, lo cual supuso una intolerable intrusión en el campo normativo penitenciario, y trajo consigo la nefasta consecuencia de la desnaturalización del sistema de individualización científica.

En relación con el tercer grado de tratamiento, recordemos que para que un condenado a la pena de prisión permanente revisable pueda acceder a él, necesita cumplir dos requisitos: el transcurso temporal, que oscila entre los quince y los treinta y dos años; y el pronóstico individualizado y favorable de reinserción social. La eventual autorización de acceso al tercer grado corresponde al tribunal sentenciador (en lugar de al JVP, que habría sido lo más apropiado), lo que priva al Centro Directivo, previa propuesta de la Junta de Tratamiento, de tomar tal decisión que venía siendo el proceder habitual.

En cuanto a los permisos de salida, recordemos que estos no podrán ser disfrutados por los condenados a penas de prisión permanente revisable hasta que no hayan cumplido un mínimo de ocho años, en los supuestos generales, o de doce años, en el caso de que se trate de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas o delitos de terrorismo. Lo más criticable de estos períodos de seguridad es que son superiores a los empleados para poder obtener el tercer grado, ya que ocho años constituye la cuarta parte de treinta y dos; y doce años constituye la cuarta parte de cuarenta y ocho, a diferencia de los parámetros

temporales que se utilizan para el acceso al régimen abierto que toma como referencias los períodos de treinta y de cuarenta años respectivamente. Esta remarcable diferencia de criterios en ambos regímenes es a todas luces excesiva, sobre todo si tenemos en cuenta que los permisos de salida, por su naturaleza, son derechos de los internos y forman parte del tratamiento penitenciario.

Por su parte, la revisión de la pena de prisión permanente revisable, que no solo no tiene una regulación autónoma en el CP, sino que además se encuadra bajo la etiqueta falsaria de la suspensión de la ejecución, tiene como finalidad la eventual excarcelación de los condenados a esta pena indeterminada. El procedimiento de revisión se menciona sucintamente en el artículo 36.1 del CP, el cual hace una remisión al artículo 92 del CP donde se regula más en detalle el citado procedimiento. Los requisitos que han de concurrir para poder tener la posibilidad de revisión de la pena son tres: en primer lugar, se exige el transcurso obligatorio de un período de seguridad que oscila desde los veinticinco a los treinta y cinco años, en función de los casos; en segundo lugar se exige estar clasificado en tercer grado de tratamiento; y en tercer lugar, se requiere la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social, lo que implica la comprobación de diversos extremos que hacen casi imposible el cumplimiento de este último requisito, pues unos de ellos tienen que ver con el pasado delictivo del reo (sus antecedentes o las circunstancias del delito cometido), otros escapan de la voluntad de este (como sus circunstancias familiares y sociales) y otros constituyen una suerte de pronóstico de peligrosidad (la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración delictiva y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución), que no responde a un criterio de escasa peligrosidad, sino más bien a una garantía de ausencia de peligrosidad, lo cual es imposible de demostrar.

Tercera. A lo largo de este trabajo se ha tratado de hacer especial énfasis en los aspectos más problemáticos de la institución de la prisión permanente revisable, ahondando en la ciencia del Derecho penal sustantivo, tanto en su parte general, como en la especial, y se ha efectuado en la medida de lo posible a través de un análisis jurisprudencial, para poner en evidencia la multiplicidad de detalles importantes que obvió el legislador penal en su momento y que se han tenido que ir perfilando en la jurisprudencia.

Se han señalado los límites existentes entre el delito de asesinato con alevosía del artículo 139.1.1.^a del CP y el delito de asesinato hipergavado del artículo 140.1.1.^a del CP, frente a diversidad de interpretaciones llenas de dudas a la hora de aplicar el segundo precepto por la vulneración de la prohibición del *bis in ídem*. E igualmente, se han puesto en evidencia las incompatibilidades existentes entre el artículo 140.1.2.^a CP y el artículo 139.1.4.^a del CP, también por existir un claro choque con el principio del *non bis in ídem* por concurrir ambos preceptos una misma circunstancia delictiva (perpetrar un delito de asesinato de manera subsiguiente a uno contra la libertad sexual de la misma víctima y hacerlo para evitar que se descubra) e implicar la doble agravación de la misma. Además, se ha criticado el hecho de que no se haga distinción alguna dentro de los delitos contra la libertad sexual, ya que pueden darse modalidades de muy distinta gravedad.

A nivel penológico se ha tratado de exponer las incongruencias existentes entre los distintos marcos penales de los delitos contra la vida humana independiente, en función de si la víctima es mayor o menor de dieciséis años. Se ha expuesto asimismo la problemática que plantea la indeterminación del límite máximo de la pena de prisión permanente revisable a la hora de poder graduarla en caso de concurrir circunstancias agravantes que impliquen la imposición de la pena en su mitad superior o la pena superior en grado; o en el caso de que se tuviese que bajar la pena en un grado y después subir en un grado (en el supuesto de que la forma de participación delictiva fuese la de complicidad y además concurriera la agravante de multirreincidencia). También se ha recalcado la desproporción a nivel penológico de la pena que se puede atribuir al cómplice de un delito castigado con la pena de prisión permanente revisable, que puede resultar mayor que la pena que pueda imponerse al autor de un delito de asesinato consumado agravado del artículo 139.2 del CP -en el que concurren más de dos circunstancias cualificantes-, por ser la pena inferior en grado que le correspondería al cómplice, la de prisión de veinte a treinta años.

Por último, se ha explicado la dificultad que existe en algunos tipos delictivos que contemplan la pena de prisión permanente revisable, como los propios del artículo 140 del CP, a la hora de probar el dolo de cometer un asesinato en el que concurra una o varias de las circunstancias cualificantes del artículo 139 del CP; así como el dolo específico que implique la asunción de los requisitos adicionales que se exigen en el referido artículo 140. Y además se ha criticado la desproporción penológica que puede suponer la condena por un delito de asesinato hipercualificado en grado de tentativa (de veinte a treinta años de prisión), que, al igual que sucede con la complicidad, sería una pena mayor que la que le correspondería al autor de un delito de asesinato consumado agravado en el artículo 139.2 del CP.

Cuarta. A modo de reflexión surgida a raíz de hacer un estudio jurisprudencial en relación con la figura de la prisión permanente revisable, es curioso advertir cómo incluso los magistrados que han tenido que verse en la tesitura de aplicar o no esta polémica pena y que en su foro interno están de acuerdo con que se haya implementado la misma, han tenido, están teniendo y tendrán serios problemas para fundamentar en sus sentencias por qué no se conculcan determinados principios penales. Además, a pesar de haber realizado muchos de ellos encomiables esfuerzos interpretativos como juristas que son, en el sentido de ser muy astutos a la hora de fundamentar sus decisiones, ha quedado bastante claro que no se puede justificar de manera contundente y sólida la constitucionalidad de la prisión permanente revisable, sino que hay que hacer verdaderas obras de “ingeniería jurídica” para defender esta institución sin que se entrevean múltiples fisuras.

Ciertamente la ciencia del Derecho no es exacta; es una disciplina susceptible de ser interpretada de multiplicidad de formas y además es cambiante, pues está sujeta a los valores, principios e intereses, no solo de la voluntad política dominante en el momento en que se legisla, sino de cada operador jurídico que ha de aplicar las normas en la medida en que su margen de maniobra se lo permite. En este sentido, la interpretación de las

normas puede dar lugar a multiplicidad de conclusiones distintas y cada jurista puede forzar la interpretación que le conviene para adecuarla a sus particulares intereses ideológicos. Evidentemente, los magistrados tienen sus propias convicciones y principios morales y aunque deban ser imparciales a nivel institucional -pues están plenamente sometidos a las leyes a la hora de resolver- en cada auto o sentencia que dictan dejan plasmada la impronta de su ideología, ya que en Derecho una misma realidad puede dar lugar a diversidad de interpretaciones jurídicas y poquísimas veces los hechos controvertidos que se enjuician no dejan lugar a más de una interpretación.

Quinta. La última conclusión que cabe hacer es sobre el controvertido encaje constitucional de la pena de prisión permanente revisable que ha defendido la mayoría de los magistrados que componen el Pleno del TC en su polémica sentencia. La crítica debe hacerse en relación con el mandato de reinserción social consagrado en el artículo 25.2 de la CE, que para mí es la clave para fundamentar la inconstitucionalidad de esta institución. El mandato de reinserción social contenido en este precepto constitucional constituye sin duda alguna una norma de fin, es decir, lo que se establece en la CE es la obligación de intentar alcanzar un objetivo, que, evidentemente puede obtenerse en distintos grados. Ahora bien, la interpretación que la mayoría del Pleno del TC hace de ese mandato es tan peculiar como preocupante. De acuerdo con la sentencia del TC, no se trataría de un mandato de optimización, o sea, de la obligación de obtener ese fin en la mayor medida posible (según las posibilidades normativas y fácticas), sino que dicho principio debe entenderse en el sentido de que el mandato queda satisfecho siempre y cuando ese fin no se haga de imposible consecución, pero realmente, si la pena de prisión revisable en sí misma puede hacer imposible la consecución de tal objetivo, porque el hecho de que no exista un horizonte de una posible libertad y la prisionización que sufren aquellos penados que cumplen penas de prisión de larga duración, determinan *per se* la frustración de tal mandato. Y de ahí la importancia que adquiere el voto particular emitido por uno de los magistrados del TC, que se puede resumir en lo siguiente: lo que tendría que haber examinado el TC no es si la reinserción quedaba o no anulada con la regulación de la pena, sino si esa regulación tendía o no a favorecer la reinserción a la que el interno tiene derecho.

A mayor abundamiento, el hecho de que las penas deban estar orientadas a la reinserción social implica que tal circunstancia, entendida literalmente como el futuro reingreso del penado a la sociedad, no pueda ser conculcada por la naturaleza indeterminada y eventualmente perpetua de la prisión permanente revisable, sobre todo cuando es algo notorio que el posible fracaso del tratamiento penitenciario determinaría una postergación indefinida de la excarcelación, que podría no llegar a producirse nunca. El hecho de que un encarcelamiento a perpetuidad atenta contra el principio constitucional de reinserción social parece algo totalmete indubitado. Además, aunque en la Exposición de Motivos del vigente CP el legislador se encargó de justificar que el Estado no se desentiende del penado condenado a prisión permanente revisable en virtud de la existencia de un proceso de revisión hecho al efecto, se puede contraargumentar que no se trata de que formalmente se salve el derecho a la reeducación y a la reinserción

social solo con la inclusión de un proceso de valoración de la peligrosidad, sino que ese proceso tenga una efectiva virtualidad práctica. Los internamientos en prisión excesivamente prolongados conllevan consecuencias demoledoras, pues no solo impiden la aplicación de los permisos, el tercer grado y la suspensión de la ejecución, sino que arrojan a los penados a un abismo psicológico de depresión que imposibilita su efectiva reinserción social.

VI. BIBLIOGRAFÍA EMPLEADA

ACALE SÁNCHEZ, María, “Apuntes sobre la inconstitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable desde la perspectiva del Derecho penitenciario”, en **ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto** (ed. lit.), **LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio** (ed. lit.), **PÉREZ MANZANO, Mercedes** (ed. lit.), **RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina** (coord.), *Contra la cadena perpetua*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016, p. 164. ISBN: 978-84-9044-220-3.

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*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015. ISBN: 978-84-9098-371-3.

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel y **JUANATEY DORADO, Carmen**, “Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la prisión permanente revisable”, en *Diario la ley*, n.º 10017, febrero de 2022. ISSN: 1989-6913.

CÁMARA ARROYO, Sergio y **FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel**, “La prisión permanente revisable: el ocaso del humanitarismo penal y penitenciario”, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016. ISBN: 978-84-9135-347-8.

CÁMARA ARROYO, Sergio, “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*, n.º 116, septiembre-octubre de 2015. ISSN: 1697-5758.

CARMONA SALGADO, Concepción, “Los permisos de salida”, en **COBO DEL ROSAL, Manuel** (dir.), *Comentarios a la legislación penal: Ley Orgánica General Penitenciaria*, tomo VI, volumen 2, Edersa, Madrid, 1986. ISBN: 84-7130-533-X.

CANCIO MELIÁ, Manuel, “La pena de cadena perpetua («prisión permanente revisable») en el Proyecto de reforma del Código Penal”, en *Diario la ley*, n.º 8175, 2013. ISSN: 1989-6913.

CANO PAÑOS, Miguel Ángel, “La reforma de los delitos de terrorismo”, en **MORILLAS CUEVA, Lorenzo** (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015. ISBN: 978-84-9085-434-1.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos, “Prisión permanente revisable I (artículos 33 y 35)”, en **GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis** (dir.), **MATALLÍN EVANGELIO, Ángela** (coord.), **GÓRRIZ ROYO, ELENA** (coord.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, julio de 2015. ISBN: 978-84-9086-944-4.

CASALS FERÁNDEZ, Ángela, “La prisión permanente revisable”, Derecho penal y procesal penal, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Imprenta Nacional de la Agencia Estatal, Madrid, abril de 2019. ISBN: 978-84-340-2554-7.

CASALS FERNÁNDEZ, Ángela, “Algunos aspectos controvertidos de la pena de prisión permanente revisable”, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, volumen LXXIV, 2021. Ref.: ANU-P-2021-10058300606.

CASTILLO FELIPE, Rafael, “Anotaciones procesales acerca de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable”, en *La ley penal: revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 115, 2015. ISSN: 1697-5758.

CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, “Prisión perpetua y de larga duración. Régimen jurídico de la prisión permanente revisable”, 1.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. ISBN: 978-84-9086-919-2.

CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, “Prisión permanente revisable II (artículo 36)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. ISBN: 9788490867037.

DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto, “La prisión permanente revisable. Principales argumentos en contra de su incorporación al acervo punitivo español”, *Revista de Derecho penal y criminología*, n.º 10, julio de 2013. ISSN: 1132-9955.

DEL CARPIO DELGADO, Juana: “La pena de prisión permanente en el Anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal”, en *Diario la ley*, n.º 8004, enero de 2013.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “Principio de humanidad y prisión perpetua”, en ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto (ed. lit.), LASCURAÍN SÁNCHEZ (ed. lit.), PÉREZ MANZANO, Mercedes (ed.), RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina (coord.), *Contra la cadena perpetua*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016, p. 164. ISBN: 978-84-9044-220-3.

DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, Eva María, “El nuevo sistema de penas a la luz de las últimas reformas”, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015. ISBN: 978-84-9085-434-1.

FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis y **NISTAL BURÓN, Javier**, “Derecho penitenciario”, 3.ª edición, Thompson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016. ISBN: 978-84-9099-701-7.

FÉREZ-MANGAS, David y **ANDRÉS-PUEYO, Antonio**, “Eficacia predictiva en la valoración del riesgo del quebrantamiento de permisos penitenciarios”, *La ley penal: revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 134, (septiembre-octubre de 2018), Wolters Kluwer. ISSN: 1697-5758.

FUENTES OSORIO, Juan, “Períodos de cumplimiento mínimo para el disfrute de beneficios penitenciarios y permisos de salida”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *Comentario a la reforma penal del 2015*, 2015. ISBN: 978-84-9098-371-3.

GALLEGO DÍAZ, Manuel, “La determinación de la pena en la reforma del Código Penal de 2015”, en *La ley penal: revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 117, noviembre-diciembre de 2015. ISSN: 1697-5758.

GARCÍA VALDÉS, Carlos, “Teoría de la pena”, 2.ª edición, Tecnos, Madrid, 1985. ISBN: 8430911308.

GARCÍA VALDÉS, Carlos, “Sobre la prisión permanente revisable y sus consecuencias penitenciarias”, en ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto (ed. lit.), LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (ed. lit.), PÉREZ MANZANO, Mercedes (ed. lit.), RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina (coord.), *Contra la cadena perpetua*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016. ISBN: 978-84-9044-220-3.

GÓMEZ LÓPEZ, María del Rosario y RODRÍGUEZ MORO, Luis, “Los permisos ordinarios de salida: antecedentes, regulación vigente y reflexiones críticas”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 19, 2015. ISSN: 1138-039X.

GONZÁLEZ CANO, María Isabel, “La ejecución de la pena privativa de libertad”, *Tirant Monografías*, n.º 22, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994. ISBN: 9788480021456.

GOYENA HUERTA, Jaime, “Artículo 139, artículo 140, artículo 140 bis y artículo 141”, en GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo II. Los delitos contra las personas. Artículos 138-233*, 1.ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015. ISBN: 978-84-9098-783-4.

GUARDIOLA GARCÍA, Javier, “Reglas especiales para la aplicación de las penas; concurso de infracciones (artículos 76 y siguientes)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dir.), GÓRRIZ ROYO, Elena (coord.), MATA LLÍN EVANGELIO, Ángela (coord.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. ISBN: 978-84-9086-944-4.

LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, “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 y criminología*, n.º 17, 2015. ISSN: 1965-0914.

LEGANÉS GÓMEZ, Santiago, “La evolución de la clasificación penitencia”, *Premio Nacional Victoria Kent*, Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, 2004. ISBN: 84-8150-257-X.

LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, “La pena de prisión en España tras las reformas de 2003 y los fines de la pena”, en *Revista del Ministerio Público de la Defensa (Argentina)*, n.º 4, 2008.

Disponible en <https://rio.upo.es/xmlui/handle/10433/4804> [visitada el 19 de febrero de 2022].

LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, “Más motivos para derogar la prisión permanente revisable”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.º 20, 2018. ISSN: 1695-0194.

MAPELLI CAFFARENA, Borja, “Principios fundamentales del sistema penitenciario español”, Bosch, Barcelona, 1983. ISBN: 84-7162-898-8.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, “Los permisos ordinarios de salida: régimen jurídico y realidad”, en *Colección Estudios Jurídicos*, Edisofer, Madrid, 2002. ISBN: 9788489493582.

MARTÍNEZ GARAY, Lucía, “Predicción de peligrosidad y juicio de constitucionalidad de la prisión perpetua”, en ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto (ed. lit.), LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (ed. lit.), PÉREZ MANZANO, Mercedes (ed. lit.), RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina (coord.), *Contra la cadena perpetua*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016. ISBN: 978-84-9044-220-3.

MATA y MARTÍN, Ricardo, “Ámbitos de la ejecución penitenciaria afectados por la reforma del Código Penal. A propósito de la LO 1/2015”, en *Diario la ley*, n.º 8713, 2016. ISSN: 1989-6913.

MESTRE DELGADO, Esteban, “La senda de las sentencias indeterminadas”, en *La ley penal: revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 96-97, 2012. ISSN: 1697-5758.

MIR PUIG, Carlos, “Derecho Penitenciario: El cumplimiento de la pena privativa de libertad”, Atelier, Barcelona, 2018. ISBN: 978-84-17466-17-6.

MUÑOZ CONDE, Francisco (con la colaboración de LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen), “Derecho penal. Parte especial”, 21.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, septiembre de 2017. ISBN: 978-84-9169-367-3.

MUÑOZ RUIZ, Josefa, “Capítulo undécimo. Delitos contra la vida y la integridad física”, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015. ISBN: 978-84-9085-434-1.

MORALES PRATS, Fermín, “Artículo 138, artículo 139 y artículo 140”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), MORALES PRATS, Fermín (coord.),

Comentarios al Código Penal español. Tomo I. Artículos 1 a 233, 7.^a edición, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016. ISBN: 978-84-9098-888-6.

NISTAL BURÓN, Javier, “Régimen diferenciado de ejecución penal según el tipo delictivo. Modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/2015, de reforma del Código Penal”, en *Diario la ley*, n.º 8668, 2015. ISSN: 1989-6913.

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: revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 110, 2014. ISSN: 1697-5758.

PANTALEÓN DÍAZ, Marta y **SOBEJANO NIETO, Diego**, “El asesinato para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra: la propuesta de dos nuevas modalidades de asesinato en el Código Penal español”, en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 29, 2014. ISSN impresa: 1575-720-X.

PÉREZ ROYO, Javier, “Cadena perpetua”, en *El País*, de 20 de febrero de 2009. https://elpais.com/diario/2009/02/20/andalucia/1235085727_850215.html [visitada el 12 de marzo de 2022].

PINTO PALACIOS, Fernando, “Alevosía, *non bis in ídem* y prisión permanente revisable. Un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Diario la ley*, n.º 9799, febrero de 2021. ISSN: 1989-6913.

RÍOS MARTÍN, Julián Carlos, “La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad”, 1.^a edición, Gakoa Liburuak, Donostia (San Sebastián), 2013. ISBN: 978-84-96993-41-9.

ROIG TORRES, Margarita, “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*, n.º 111, 2013. ISSN: 0210-4059.

ROIG TORRES, Margarita, “La cadena perpetua en el Derecho alemán y británico. La prisión permanente revisable”, Iustel, Madrid, 2016, p. 153. ISBN: 978-84-9890-292-1.

ROVIRA SOPENA, Martí, **LARRAURI, Elena** y **ALARCÓN PÉREZ, Pau**, “La concesión de permisos penitenciarios”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.º 20, 2018. ISSN: 1695-0194.

SERRANO TÁRRAGA, María Dolores, “La prisión perpetua revisable”, en *Revista Jurídica de la UAM*, n.º 25, 2012. ISSN: 1575-720-X.

SIERRA LÓPEZ, María del Valle, “Los principales problemas que suscita el delito de asesinato en el Proyecto de Reforma del Código Penal de 2013”, en MUÑOZ CONDE, Francisco (dir.), DEL CARPIO DELGADO, Juana (coord.), GALÁN MUÑOZ,

Alfonso (coord.), *Análisis de las reformas penales. Presente y futuro*, 1.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. ISBN: 978-84-9086-296-4.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, “Del homicidio y sus formas (artículos 138 y siguientes)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dir.), MATA LLÍN EVANGELIO, Ángela (coord.) GÓRRIZ ROYO, Elena (coord.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. ISBN: 9788490867037.

TAMARIT SUMALLA, Josep Maria, “La prisión permanente revisable”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thompson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015. ISBN: 978-84-9098-371-3.

TAMARIT SUMALLA, Josep Maria, GARCÍA ALBERO, Ramón Miguel y TORRES ROSSEL, Núria, “Artículo 36”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), MORALES PRATS, Fermín (coord.), *Comentarios al Código Penal español*, Tomo I (Artículos 1 a 233), 7.ª edición, Thompson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016. ISBN: 978-84-9099-693-5.

TÉLLEZ AGUILERA, Abel, “Estudios monográficos sobre la Ley Orgánica 1/2015. El libro primero del Código Penal tras la Ley Orgánica 1/2015”, en *La ley penal: revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 114, mayo-junio de 2015. ISSN: 1697-5758.

VIDAL MARTÍNEZ, Mercè, “El ánimo de matar para evitar el descubrimiento de un delito y el principio *non bis in ídem*: análisis jurisprudencial”, artículo realizado el 4 de noviembre de 2020.

Disponible en: <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/el-animo-de-matar-para-evitar-el-descubrimiento-de-un-delito-y-el-principio-non-bis-in-idem-analisis-jurisprudencial/> [visitada el 23 de noviembre de 2021].

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, “Autoría y participación”, en ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (dir.), MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa (coord.), *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 5.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

VII. JURISPRUDENCIA ANALIZADA

Sentencias de Audiencias Provinciales

- SAP de Sevilla 759/2017, de 6 de junio; SAP de Pontevedra 42/2017, de 14 de julio; SAP de A Coruña 484/2018, de 16 de diciembre; SAP de Sevilla 23/2019, de 22 de abril; y SAP de Toledo 83/2019, de 25 de abril.

Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia

- STSJ de Andalucía, Ceuta y Melilla, 63/2017, de 12 de diciembre; STSJ de Castilla-La Mancha, 16/2019, de 13 de junio; STSJ de Andalucía, Ceuta y Melilla 26/2020, de 5 de febrero; y STSJ de Canarias, 55/2020, de 17 de julio.

Sentencias del Tribunal Supremo

- STS 497/1995, de 6 de abril; STS 151/1996, de 15 de febrero; STS 101/1998, de 30 de enero; STS 728/2008, de 18 de noviembre; STS 907/2008, de 18 de diciembre; STS 25/2009, de 22 de enero; STS 37/2009, de 22 de enero; STS 172/2009, de 24 de febrero; STS 371/2009, de 18 de marzo; STS 2039/2011, de 14 de abril; STS 5129/2011, de 28 de junio; STS 7993/2011 de 25 de noviembre; STS 541/2012, de 26 de junio; STS 5344/2012, de 11 de julio; STS 66/2013, de 25 de enero; STS 703/2013, de 8 de octubre; STS 4775/2013, de 8 de octubre; STS 332/2014, de 24 de abril; STS 1465/2014, de 16 de mayo; STS 455/2014, de 10 de junio; STS 5083/2014, de 12 de diciembre; STS 5442/2014, de 26 de diciembre; STS 677/2015, de 25 de febrero; STS 824/2015, de 12 de marzo; STS 2446/2015, de 4 de mayo; STS 820/2015, de 15 de diciembre; STS 66/2016, de 8 de febrero; STS 363/2016, de 27 de abril; STS 526/2016, de 16 de junio; STS 583/2016, de 1 de julio; STS 80/2017, de 10 de febrero; STS 671/2017, de 11 de octubre; STS 700/2018, de 9 de enero; STS 716/2018, de 16 de enero; STS 139/2018, de 22 de marzo; STS 3486/2018, de 17 de octubre; STS 480/2018, de 18 de octubre; STS 520/2018, de 31 de octubre; STS 92/2019, de 20 febrero; STS 367/2019, de 18 de julio; STS 814/2020, de 5 de mayo; STS 418/2020, de 21 de julio; STS 636/2020, de 26 de noviembre; STS 701/2020, de 16 de diciembre; y STS 1406/2021, de 21 de abril.

Sentencias del Tribunal Constitucional

- STC 65/1986, de 22 de mayo; STC 2/1987, de 21 de enero; STC 19/1988, de 10 de octubre; STC 55/1996, de 28 de marzo; STC 112/1996, de 24 de junio; STC 2/1997, de 13 de febrero; STC 75/1998, de 31 de marzo; STC 136/1999, de 20 de julio; STC 204/1999, de 8 de noviembre; STC 91/2000, de 30 de marzo; STC 114/2012, de 24 de mayo; STC 160/2012, de 20 de septiembre; y STC 169/2021, de 6 de octubre.



Universidad
de Alcalá

Facultad de Derecho

**Calle Libreros, n.º 27, planta baja
28801 - Alcalá de Henares (Madrid)**