

**Voto particular adicional que formula el Magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón a la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 3866-2015.**

En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con el máximo respeto a la opinión de la mayoría, formulo el presente voto particular adicional por discrepar tanto de la fundamentación como del fallo de la sentencia recaída en el presente proceso de inconstitucionalidad, en cuanto desestima la pretensión planteada por los recurrentes tras considerar que la regulación legal de la posibilidad de revisar la pena de prisión permanente establecida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, es conforme con los derechos fundamentales a no ser sometido a penas inhumanas o degradantes, a la libertad personal y a la seguridad y a los diversos contenidos que integran el denominado principio de legalidad de las infracciones y sanciones penales (arts. 15, 17, y 25.1 y 2 CE), especialmente en cuanto establece el mandato de orientar las penas privativas de libertad hacia la reeducación y reinserción social.

En lo que sigue, reiterando mi conformidad con el Voto particular discrepante firmado junto con la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón y el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos, en relación con las razones de fondo que justifican la inconstitucionalidad de la pena de prisión permanente, deseo expresar adicionalmente mi discrepancia específica con la concreta regulación legal de las posibilidades de suspensión de la ejecución de la referida pena, regulación que determina que dicha suspensión sea prácticamente inalcanzable.

1. Según expresa la mayoría, la desestimación de los aspectos nucleares del recurso de inconstitucionalidad formulado en relación con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que introdujo en nuestro sistema penal la pena de prisión permanente, se fundamenta en considerar que la posibilidad otorgada al tribunal sentenciador de suspender condicionalmente su ejecución cuando pueda fundar la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social (art. 92 CP), impide apreciar la inconstitucionalidad que se reclama.

No cabe dudar de que una pena de prisión indefinida sería manifiestamente inconstitucional. Por ello, centraré ahora mi discrepancia en las características y requisitos

exigidos por la previsión legal que permite suspender su ejecución para, desde ellos, abordar las razones de inconstitucionalidad que han sido alegadas y desestimadas en la sentencia.

Con el fin de facilitar la exposición, mi disconformidad puede ser agrupada en tres aspectos: el carácter inicialmente indeterminado de la pena, la duración e intensidad de la reacción penal que contempla y las dificultades que impone al mandato constitucional según el cual las penas privativas de libertad han de estar orientadas hacia la reeducación y reinserción social de los condenados.

Entiendo que los requisitos a que queda sometida la posibilidad abstracta de revisión de la pena de prisión permanente permiten anticipar que, en la mayor parte de los supuestos, la pena devendrá irrevisable *de facto*, dados los extensos límites mínimos de cumplimiento en prisión exigidos, las condiciones penitenciarias a que dicho cumplimiento queda sometido y los criterios que el tribunal sentenciador ha de tomar en consideración para acceder a suspender la ejecución de la pena.

El análisis diferenciado de cada uno de estos aspectos que, no obstante, se hallan intrínsecamente relacionados, no debe distraer la atención de su enjuiciamiento constitucional conjunto, pues es la suma de déficits que aprecio la que considero debiera haber llevado a la estimación, en su mayor parte, del recurso de inconstitucionalidad analizado, dando lugar a una intervención legislativa precisa y acorde con nuestro entendimiento de las normas y principios constitucionales en los que la impugnación se halla sólidamente fundada.

2. Como punto de partida debo poner de relieve que, a diferencia del resto de las penas privativas de libertad (arts. 36, 76 y 78 bis CP), la pena de prisión permanente revisable no tiene duración determinada ni límite máximo de cumplimiento.

Su carácter indefinido solo muta cuando así lo aprecia el tribunal sentenciador acordando la suspensión de la ejecución de la pena; posibilidad para la cual se exige en la ley el cumplimiento de tres requisitos básicos, que tienen que ver: (i) con el tiempo ya transcurrido de cumplimiento efectivo en prisión; (ii) con la previa clasificación penitenciaria en tercer grado del penado; y (iii) con la apreciación judicial de un pronóstico favorable de reinserción social. Y así:

a) El requisito temporal: la suspensión de la ejecución de la pena sólo puede otorgarse una vez superado un límite mínimo de cumplimiento; esto es, una vez el condenado haya extinguido un mínimo de 25 años de su condena. Este plazo se extiende hasta 30 años si el penado ha sido condenado por dos o más delitos; y hasta 35 años en los delitos de terrorismo.

b) La clasificación en tercer grado: debe ser autorizada por el tribunal sentenciador previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, pero no podrá efectuarse hasta que el penado haya cumplido un mínimo de 15 años de prisión efectiva (regla general); que

se amplía a 18, 20 ó 22 años si el penado ha sido condenado por dos o más delitos graves. En los casos de terrorismo, se exige el cumplimiento efectivo de 20 años de prisión si se trata de un solo delito, y de 24 o 32 años en caso de concurso de delitos. Y, dada la naturaleza de la pena impuesta, dicho pronóstico será difícilmente obtenible.

c) La apreciación judicial de un pronóstico favorable de reinserción social: conforme al art. 92.1.c) CP, es necesario 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 delitos referidos a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo se establecen requisitos sustantivos adicionales (art. 92.2 CP). En todo caso, el cumplimiento de los requisitos es obligado y acumulativo. Hasta tanto no se cumplan todos los requisitos legales expuestos, la privación de libertad se mantiene durante el resto de la vida biológica del penado.

3. La opinión mayoritaria de la que disiento rechaza el cuestionamiento constitucional de la regulación legal de la pena de prisión permanente poniendo el acento en la posibilidad legal de que su suspensión sea judicialmente acordada. Siguiendo el método de análisis propuesto por la STEDH (Gran Sala) de 9 de julio de 2013, en el asunto *Vinter y otros c. el Reino Unido*, se concluye ahora que la regulación impugnada es conforme a la Constitución en tanto supera el estándar mínimo de respeto a los derechos alegados establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

No cabe compartir dicha conclusión. Respetar el Convenio no es, en todos los casos, respetar la Constitución. La jurisprudencia del TEDH expresa un estándar mínimo común para todos los países firmantes que la Constitución de cada estado puede incrementar, lo que impide una traslación mimética de sus pronunciamientos que ignore las diferencias normativas existentes entre aquella y éste (STC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 8; y 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6). En este caso, dicho estándar mínimo se refiere únicamente a la compatibilidad de la prisión perpetua con el art. 3 CEDH, que prohíbe las penas o tratos inhumanos o degradantes, pero no toma en consideración el resto de los mandatos del Convenio que puedan ser equivalentes a los

que han sido alegados en el recurso de inconstitucionalidad (proporcionalidad, taxatividad y mandatos de reeducación y reinserción social).

Adicionalmente, las rigurosas condiciones exigidas por el art. 92 CP para acceder a suspender la ejecución de la pena nos aleja cuantitativamente de los modelos europeos de referencia y, *de facto*, dificultan extraordinariamente la expectativa del penado de ser puesto en libertad, haciéndola irredimible en la mayor parte de los supuestos. En la propia resolución del tribunal europeo que sirve como guía al razonamiento de la mayoría, se recuerda que una gran mayoría de estados firmantes o bien no prevén la pena a cadena perpetua o, en el caso de que la prevean, establecen un mecanismo que garantiza la revisión de las penas a cadena perpetua después del transcurso de un periodo de tiempo de su cumplimiento, normalmente después de haber cumplido veinticinco años de pena de prisión (§ 117).

a) Tras la reforma legal impugnada, en nuestro ordenamiento, 25 años de prisión efectiva constituyen el límite mínimo de cumplimiento, pero no es el único que se prevé. En esa medida, las apelaciones al contexto internacional no resultan suficientemente convincentes. El denominado *periodo de seguridad*, el plazo de cumplimiento mínimo en prisión exigido por la reforma legal analizada, establece los 25 años de cumplimiento efectivo como límite mínimo; pero en la mayor parte de los supuestos, atendida la existencia de varios delitos o su naturaleza, se exige el transcurso de períodos más extensos de cumplimiento (28, 30 o incluso 35 años de prisión), transcurridos los cuales las posibilidades reales de reinserción devienen meramente ilusorias. En la propia resolución desestimatoria (FJ 7) se ha de reconocer que otros países europeos no prevén penas de prisión permanente o establecen plazos mínimos de cumplimiento que están por debajo de los previstos en la LO 1/2015; así ocurre en países como Dinamarca, Finlandia, Austria, Bélgica, Alemania o Suiza, en los que se fija en un periodo de 15 años o menor.

No cabe desconocer que en muchos de los casos, tras la reforma penal, al establecer los delitos a los que se asocia la imposición de la pena de prisión permanente se configura un auténtico concurso real de delitos. Así ocurre con los asesinatos precedidos de cualquier ataque a la libertad sexual, o los que se producen en un contexto de pertenencia a un grupo u organización criminal (art.140.1 y 2 CP) o a una organización terrorista (art. 78bis. 3), situaciones éstas en las que el propio contexto está ya definiendo otra actividad delictiva que concurre con el atentado a la vida humana. En tal medida, los periodos de seguridad aplicables serán usualmente superiores a 25 años de prisión efectiva.

b) Tampoco resulta asumible la otra apelación al contexto internacional que se formula al justificar la constitucionalidad de la pena. En modo alguno constituye un término de

comparación equiparable la referencia a las previsiones del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI). Tanto los motivos que llevaron a su creación como los crímenes que trata de combatir se distancian del fundamento y finalidad de un sistema penal nacional ordinario para delitos comunes.

En cuanto a la finalidad de la Corte Penal Internacional y la naturaleza de los delitos que son de su competencia, puede leerse en su Preámbulo que se tuvo presente que “millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad”, por lo que se establece para conjugar “graves crímenes (que) constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”. Estos crímenes, de extrema gravedad en todos los casos, son los siguientes: el crimen de genocidio; los crímenes de lesa humanidad; los crímenes de guerra; y el crimen de agresión (art. 5); este último delito se refiere a aquel acusado que “estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, (...) planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas”. No son contextos ni delitos equiparables a los que se contemplan en la reforma.

En cuanto a las penas imponibles (art. 77), pese a que en la determinación de la finalidad de las penas en el derecho penal internacional no prima su carácter resocializador o rehabilitador, presente en la mayor parte de los derechos nacionales de los países democráticos, la pena de reclusión a perpetuidad que contempla el Estatuto es siempre facultativa, además de revisable. No es obligatoria; solo podrá imponerse “cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado”. De hecho, tal eventualidad no se ha producido. Hasta la fecha la pena de reclusión a perpetuidad no ha sido impuesta en ningún caso. Y si llegara a imponerse, el límite mínimo de cumplimiento para acceder a su revisión es de 25 años (art. 110.3); límite que no puede excederse en ningún caso, al contrario de lo que sucede en la regulación establecida en nuestro Código Penal, que admite su elevación hasta 30 e incluso 35 años de prisión efectiva.

En definitiva, tanto el carácter facultativo de la pena, como su finalidad y la naturaleza colectiva y específica gravedad de los delitos que justifican su eventual imposición, impiden equiparar esta regulación con la que ha sido objeto de impugnación constitucional.

c) Para justificar su conformidad con la Constitución, la decisión de la mayoría (FJ 7) alude también a la intensa gravedad de las penas determinadas de prisión ya previstas antes de la reforma por LO 1/2015 para algunos delitos graves. Se citan, específicamente, los delitos de asesinato (arts. 139 y 140); homicidio del Rey, de la Reina, Príncipe o Princesa de Asturias;

atentados contra personas con resultado de muerte que se cometen actuando al servicio o colaborando con las organizaciones o grupos terroristas (art. 572), y delitos de genocidio y lesa humanidad (arts. 605, 607 y 607 bis), todos ellos del Código penal. Se refiere también la mayoría a los exigentes periodos de seguridad que, antes de la reforma, venían establecidos en el vigente art. 78 CP para los casos de concurso de delitos de extrema gravedad.

De nuevo, debo poner de relieve que el término de comparación no es equivalente ni, por ello, pertinente. No resulta adecuado poner en relación los tiempos máximos de cumplimiento de un conjunto de penas determinadas impuestas en diferentes sentencias por una pluralidad de delitos distintos, jurídicamente enjuiciados o enjuiciables en un solo proceso, con los tiempos mínimos exigidos para el cumplimiento de una pena indeterminada. Allí donde antes se presentaba la más desfavorable de las hipótesis, ahora se expresa la más benigna. Y siempre con la posibilidad de que la duración se extienda aún más o de forma indefinida. No solo es la duración mínima de la prisión perpetua sino su propia naturaleza indeterminada la que exige un juicio estricto y diferente de su constitucionalidad que, en mi opinión, no se supera por las razones que ya han sido apuntadas.

4. Cabe añadir una objeción adicional relativa a las condiciones de cumplimiento y a la configuración legal de los supuestos en los que se prevé su imposición.

a. Una primera discrepancia general con el criterio de la mayoría del colegio de magistrados debe ser expuesta: 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.

Entiendo, por el contrario, que tratándose de penas de larga duración no pueden ser obviadas las peores hipótesis que establece y admite la norma, esto es, que la duración de la privación de libertad sea de más larga duración, o indefinida, por mantenerse un pronóstico de peligrosidad criminal hasta que la natural minoración de su capacidad física se vea minorada por la edad biológica del penado.

Por ello, un adecuado juicio de constitucionalidad de la regulación legal exigía haber evaluado también la certeza, determinación y flexibilidad de los criterios de aplicación de la suspensión de la ejecución que abre la puerta a declarar el cumplimiento definitivo.

El art. 92.1.c) CP establece los criterios que el tribunal sentenciador habrá de valorar para fundar su pronóstico sobre la reinserción social del reo; son los siguientes: “la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta

durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas”.

Se trata de criterios de valoración incierta en un juicio pronóstico que no se apoya de forma decidida en la evolución personal del reo, en su propia conducta durante los 25 años de cumplimiento mínimo, sino también en la toma en consideración del pasado (sus antecedentes, el delito, los bienes jurídicos afectados, su personalidad) y de un difícil juicio de riesgo futuro que atiende a criterios sobre los que el penado no puede incidir con su autonomía personal, como la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución, y sus circunstancias familiares y sociales.

b. Al hacer el juicio de proporcionalidad también debieron haberse tomado en consideración los supuestos de hecho, las conductas delictivas a las que, según la previsión legal, la pena se aplica.

Así se propone en el recurso de inconstitucionalidad al impugnar los preceptos de la parte especial que asocian la pena a conductas determinadas. En muchos de los casos constituyen objetivamente situaciones de concurso de delitos en los que la reacción penal se exagera. Así viene ya ocurriendo en los delitos de asesinato de personas especialmente vulnerables, o subsiguientes a cualquier delito contra la libertad sexual, o cometidos por quien forma parte de una organización criminal (art. 140 CP); y en los casos de terrorismo.

En las escasas resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo en relación con varias condenas de prisión permanente ya impuestas, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, el órgano jurisdiccional superior en su orden, ha alertado sobre la previsión legal en los siguientes términos literales (STS núm. 418/2020, de 21 de julio, FJ 6.2):

“Esta Sala no ha sido ajena, en alguno de sus precedentes, a una línea doctrinal de intensa crítica al valorar los efectos jurídicos de la aplicación de la prisión permanente revisable. Hemos advertido de los inconvenientes acarreados por una decisión de política legislativa representada por la LO 1/2015, 30 de marzo, que implicaba -decíamos entonces- la resurrección de un denostado precedente legislativo que hundía sus raíces históricas en el código penal de 1848. Aludíamos también a la equívoca cobertura del derecho comparado, invocada por el legislador para justificar su reforma, que prescindía de otros datos que singularizan, frente al nuestro, algunos de esos modelos comparados (cfr. SSTS 716/2018, 16 de enero y 5 de mayo de 2020, recaída en el recurso núm. 10461/2019).

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 éste con la pena de prisión de 15 a 25 años cuando la muerte se ejecuta para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra (arts. 138.1 y 139.1.4 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 (art. 140.1.2 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 idem, 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 art. 139.1.4 del CP.”

Sirva esta reflexión en este ejemplo concreto, uno de los posibles, para poner de relieve la oportunidad perdida de abordar la regulación en su conjunto en el juicio de constitucionalidad, a la vista de las previsiones establecidas en la parte especial del Código Penal también afectada por la reforma. Aún en el mejor de los casos, cuando la pena llega a ser suspendida, condicional o definitivamente, transcurridos más de 25 años desde que se inicia su cumplimiento, la reacción penal resulta en ocasiones objetivamente desproporcionada.

5. Por último, en el análisis ya realizado he apuntado en diversos momentos las razones que enfrentan la regulación de la prisión permanente con el mandato resocializador al que constitucionalmente debe quedar orientado, ex. art. 25.2 CE, el cumplimiento de las penas privativas de libertad. He hecho referencia a su duración mínima, a su larga duración en régimen de cumplimiento efectivo, a su indeterminación, a su forma de cumplimiento que veda durante muchos años -de 15 a 32- 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.

Como ya he expuesto antes, incluso en las situaciones más favorables y benignas se produce 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. Tal decisión legislativa, plasmada en la exposición de motivos de la reforma, orilla nuestra tradición jurídica y la normativa penitenciaria vigente, que deviene inaplicable de hecho en los casos de prisión perpetua. Este conjunto de características me lleva a considerar que la regulación legal de la pena de prisión permanente desatiende el mandato de resocialización expresamente recogido en la Carta Magna como principio orientador del sistema de penas privativas de libertad (art. 25.2 CE).

Expertos en derecho penitenciario vienen poniendo de relieve la dificultad de aplicar un programa de tratamiento a quien no tiene expectativa cierta de libertad; han puesto también el acento, empíricamente constatado, en los indeseables efectos que el internamiento continuado en régimen de cumplimiento efectivo tiene sobre el desarrollo de la personalidad de las personas condenadas. Las tachas de desproporción e indeterminación se extienden fundadamente a los periodos de seguridad que se prevén en la ley con un marcado fin retribucionista. No se ha intentado que las diversas finalidades de la pena, legítimas, se cohonesten en concordancia práctica. Simplemente, la finalidad retribucionista desplaza de hecho a cualquier otra consideración en muchos supuestos.

No se trata de analizar si la posibilidad de reinserción queda anulada, sino si la regulación la favorece o la posibilita. Considero que este Tribunal ha perdido la oportunidad de dar contenido material a un principio expresamente recogido en la Constitución que representa el compromiso fuerte del constituyente con la finalidad resocializadora de la pena. Atender a la culpabilidad es el criterio más objetivo posible para fijar la duración de la pena; su forma de cumplimiento, individualizado conforme a un sistema progresivo, fue la apuesta de la primera Ley Orgánica (1/1979, General Penitenciaria), aprobada por unanimidad en el Parlamento surgido de la nueva Constitución. Ante esta tesitura, la tarea moderadora y de definición del contenido de los derechos que compete a este Tribunal pudiera haber tenido mucho más recorrido y hubiera podido reducir los previsibles efectos desocializadores que se anuncian como consecuencia lógica del régimen de cumplimiento penitenciario que se impone desde el Código Penal.

A lo expuesto he de añadir que la modificación legal cuestionada, pese a su indudable relevancia en el sistema general de penas y su indudable incidencia sobre el sistema penitenciario de ejecución, no ha sido acompañada de regulación o modulación normativa alguna en el ámbito penitenciario que establezca la forma de cumplimiento de esta pena de larga duración asociada a la comisión de delitos graves, de modo que son los mecanismos de cumplimiento de las penas determinadas los que habrán de aplicarse a la prisión permanente.

Solo me resta concluir señalando que la voluntad retributiva que expresa la ley es políticamente legítima, pero su formulación legal encuentra su límite en la Constitución, por lo que, también desde la perspectiva aquí analizada considero que no sólo su duración abstracta, eventualmente perpetua, sino también los inflexibles periodos de seguridad establecidos en la LO 1/2015, que impiden el acceso al tercer grado durante el cumplimiento de la pena, no son necesarios ni compatibles con los mandatos de proporcionalidad, taxatividad y reinserción social establecidos en el art. 25 CE.

Madrid seis de octubre de dos mil veintiuno