

Voto particular que formulan los magistrados don Juan Antonio Xiol Ríos, don Cándido Conde-Pumpido Tourón y la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón respecto de la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 3866-2015.

Con el máximo respeto a nuestros compañeros de Pleno, manifestamos nuestra discrepancia con la fundamentación jurídica y con el fallo de la sentencia. Consideramos que debería haber sido estimatorio y, por tanto, declarativo de la inconstitucionalidad de la regulación de la pena de prisión permanente revisable.

El debate constitucional sobre esta pena debe someterse a la aceptabilidad legislativamente como indeterminada en cuanto a su plazo de duración y, además, potencialmente perpetua.

I. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS PENAS DE PRISIÓN INDETERMINADAS Y POTENCIALMENTE INDEFECTIBLES DE POR VIDA

1. Los dos magistrados y la magistrada firmantes de este voto hemos coincidido en defender durante la deliberación que, a pesar de que no existe una declaración constitucional expresa sobre su abolición, esta pena es inconstitucional por resultar contraria a un conjunto de derechos fundamentales, principios y valores constitucionales que afectan con carácter general a su naturaleza, por un lado, de pena indeterminada en su extensión y, por otro, de pena que sea potencialmente a perpetuidad: el principio de la dignidad humana como fundamento del orden político (art. 10.1 CE), la prohibición de penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE), el mandato de que las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE) y los derechos a la libertad personal (art. 17.1 CE) y a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), en relación con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

La Constitución no establece expresamente la abolición de las penas privativas de libertad indeterminada y potencialmente perpetua. Si así fuera, como sucede con la pena de muerte en tiempo de paz (art. 15 CE), con la pena de trabajos forzados (art. 25.2 CE) o con las sanciones privativas de libertad impuestas por la Administración civil (art. 25.3 CE), no habría lugar al presente debate. No obstante, la ausencia de una abolición expresa no agota la discusión sobre su prohibición constitucional. Nada impide concluir que haya un reconocimiento implícito cuando la interpretación de la Constitución lo exija. A ese respecto, no ha sido obstáculo para entender

que son situaciones proscritas constitucionalmente, a pesar del silencio constitucional, la prisión a perpetuidad sin posibilidad de remisión (SSTC 148/2004, de 13 de septiembre, FJ 9; o 181/2004, de 2 de noviembre, FJ 16) o la prisión por deudas (STC 230/1991, de 10 de diciembre, FJ 5).

Tres son las razones en las que nos vamos a detener para justificar nuestra posición favorable a la declaración de inconstitucionalidad de una pena privativa de libertad indeterminada y potencialmente indefectible de por vida como la que representa la pena de prisión permanente revisable. La primera se funda en la regla básica de justificación de nuestro sistema jurídico, vinculada en nuestra sociedad, en consonancia con la evolución de la cultura, al constante perfeccionamiento de la democracia como proyecto civilizador unido en su esencia a la protección de los derechos humanos, cuyo eje central en el debate sobre las penas se ubica en el respeto a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) y en la prohibición de penas inhumanas y degradantes (art. 15 CE). Las dos siguientes son de carácter técnico-jurídico, y se refieren a derechos y principios constitucionales informadores del *ius puniendi* estatal, a saber el mandato de reinserción social (art. 25.2), del que se deriva, según argumentaremos, la prohibición de penas potencialmente a perpetuidad; y los derechos a la libertad (art. 17.1 CE) y a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), en relación con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), de los que a su vez se implica, a nuestro juicio, la prohibición de penas temporalmente indeterminadas.

A) 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 (arts. 10.1 y 15 CE):

2. La cultura jurídica democrática, vinculada inescindiblemente al reconocimiento de los derechos humanos –tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales–, es el más importante proyecto sociopolítico civilizador desarrollado por la humanidad. Su instrumento esencial a nivel nacional es la Constitución, cuya relevancia, por ese motivo, trasciende a la significación de un mero texto jurídico. Es el anhelo de un pueblo soberano de consolidar todos los avances logrados por las generaciones que le precedieron y que, a partir de la cual, las generaciones venideras irán construyendo una sociedad que profundice, como exigencia básica para su justificación, en el perfeccionamiento del sistema jurídico que supone en la democracia.

Toda Constitución, en lo que se ha venido a denominar su parte dogmática, contiene derechos y garantías, pero también valores, principios y mandatos. Los derechos y garantías, con toda la concreción de su reconocimiento, reflejan con frecuencia aquellos hitos ya conquistados por cada pueblo soberano merced a las luchas que haya tenido que librar en su historia. Depende de cada pueblo y de su propia evolución que el nivel de consolidación reflejado en su Constitución muestre mayores o menores rasgos de progreso y que esos hitos aparezcan con una expresión concreta vinculados a su propio devenir. Por su parte, los valores, principios y mandatos, con un mayor nivel de abstracción y, por tanto, más difícilmente aprehensibles por legisladores e intérpretes, si bien también reflejan en ese nivel abstracto la culminación de ciertos progresos, indefectiblemente representan los elementos a partir de los que el sistema jurídico debe proyectarse en una apertura interpretativa hacia el futuro democrático como mandato de justificación ínsito en su propia existencia.

3. Los textos regionales y universales de derechos humanos representan en este contexto un mínimo común imprescindible. Si las partes dogmáticas de las constituciones nacionales suponen la consolidación civilizadora del pueblo soberano que las promulga, los textos regionales y universales de derechos humanos implican esa misma consolidación en los ámbitos territoriales respectivos de las naciones que los ratifican.

De ese modo, el desarrollo de los derechos humanos en el ámbito nacional cuenta con un mínimo indisponible en las previsiones de estos textos internacionales. En la Constitución aparece reflejado a través del mandato de interpretación conforme con “la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España” (art. 10.2 CE). Como ya ha reiterado la jurisprudencia de este Tribunal, si bien esta previsión no convierte a tales textos en canon de constitucionalidad desde la perspectiva de los derechos fundamentales, ni da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados, en tanto no estén también reconocidos en la Constitución, en la práctica su contenido se convierte también en contenido constitucionalmente declarado de los derechos fundamentales y libertades que la Constitución reconoce (STC 172/2020, de 19 de noviembre, FJ 8). Por tanto, al margen del necesario diálogo entre los máximos órganos encargados de la interpretación de los derechos fundamentales dentro de su ámbito de competencias respectivo, que son conformadores de una comunidad jurídica común e interrelacionada, nunca podría concederse constitucionalmente menos que lo reconocido en el ámbito regional o universal de los derechos humanos (principio de interpretación conforme).

Ahora bien, tampoco satisface la lógica de la relación entre la parte dogmática de una constitución nacional y los textos regionales y universales de derechos humanos que el contenido constitucionalmente declarado de los derechos fundamentales y libertades a nivel nacional quede limitado o se agote al proclamado por los intérpretes de esos textos internacionales (principio de no limitación). Mucho menos, que a su amparo se perjudiquen contenidos de los derechos y libertades fundamentales ya consolidados o que pudieran consolidarse conforme al nivel de reconocimiento estatal (principio de no regresión). Ambos principios de no limitación y no regresión aparecen codificados y reconocidos en el ámbito del derecho regional europeo de los derechos humanos en el art. 53 CEDH, en el que se afirma que “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte”. Un precepto de contenido similar se contiene en el art. 53 CDFUE. Estos principios, además, deben complementarse con un tercero que aparece reconocido en el art. 2.2 del PIDESC, al establecer el compromiso del logro progresivo de la plena efectividad de los derechos reconocidos en dicho instrumento internacional, lo que ya se considera de aplicación a la totalidad del contenido del derecho universal de los derechos humanos (principio de progresividad).

4. En España la proyección de los principios de no limitación, de no regresión y de progresividad, interpretados en conjunto, se alza como un argumento fundamental contra la constitucionalidad de la regulación de la pena de prisión permanente revisable.

El principio de no limitación no permite por sí mismo fundamentar la inconstitucionalidad de esta pena. No obstante, despliega el importante efecto de evitar que, a partir de un mero análisis de la jurisprudencia del TEDH sobre este tipo de penas, pueda llegarse a la conclusión de que su conformidad con el CEDH conlleva su constitucionalidad sin mayores consideraciones. Conviene insistir en ello: El análisis de la jurisprudencia del TEDH puede tener como resultado la determinación de un contenido mínimo del derecho fundamental o libertad concernido que no puede desconocerse por el Tribunal Constitucional. Sin embargo, una vez verificado ese contenido mínimo y que el estándar constitucional no se desarrolla en un nivel inferior, todavía resulta preciso, como labor propia de la jurisprudencia constitucional, determinar si el estándar constitucional exige aceptar un nivel superior sin traicionar otros principios constitucionales o de derecho internacional, particularmente el de la prioridad de los ordenamientos superiores.

Esta labor es especialmente importante cuando las previsiones constitucionales implicadas en la interpretación no resultan idénticas en el CEDH y en la Constitución. Ese es el supuesto que concurre en este caso. El art. 3 CEDH mantiene un idéntico nivel de reconocimiento en lo relativo a la prohibición de penas inhumanas o degradantes que el art. 15 CE. Sin embargo, la Constitución, a diferencia del CEDH y en un nivel de contenido superior, ha incluido de manera expresa el reconocimiento, por una parte, del principio de la dignidad humana como fundamento del orden político (art. 10.1 CE) y, por otra, del mandato de que las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE). Estas expresas previsiones constitucionales, como se desarrollará posteriormente, son fundamentales en la defensa de la inconstitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable, sin perjuicio de reconocer que también son aspectos que han sido ponderados por la jurisprudencia del TEDH, pero sin la base que aporta un reconocimiento expreso en el CEDH (así, por ejemplo, SSTEDH de 9 de julio de 2013, *as. Vinter y otros c. Reino Unido*, §§ 113-118, y de 13 de junio de 2019, *as. Marcello Viola c. Italia*, § 113).

5. El principio de no regresión, en nuestro peculiar contexto histórico-constitucional, despliega una eficacia autónoma en la fundamentación de la inconstitucionalidad de esta pena, ya que, con carácter general, proscribire el retorno peyorativo en el nivel de consolidación de una situación generada a partir de la comprensión del contenido de un derecho fundamental o de mandatos, valores y principios constitucionales sin razones extraordinarias que lo justifique. Esto es lo que, a nuestro juicio, ha sucedido con la reinstauración en España de una pena privativa de libertad indeterminada en su extensión temporal y potencialmente perpetua.

A estos efectos, consideramos relevante resaltar los siguientes cuatro aspectos:

(i) El proceso de progresión humanizador en la configuración de las penas está caracterizado, entre otros elementos esenciales, por su respeto a la dignidad humana conforme al devenir desde sociedades más autoritarias a otras más democráticas y respetuosas de los valores humanos en el curso histórico de eliminación de la crueldad como regla de convivencia. La disminución de la crueldad constituye en una narrativa histórica uno de los fines, junto con el gobierno por consenso y la libre comunicación, que presiden el desarrollo de las instituciones liberales. Esa humanización ha permitido evolucionar –aunque no haya sido de manera lineal, siempre de manera progresiva y constante con los altibajos derivados de diversas coyunturas

históricas– desde penas corporales como la tortura, tormento, trabajos forzados y similares y la pena de muerte hasta penas privativas de libertad. Dentro de las penas privativas de libertad este tránsito se ha producido desde penas a perpetuidad indefectibles de por vida, pasando por penas permanentes redimibles, hasta las penas delimitadas temporalmente.

Son reiterados los pronunciamientos en que esa progresión en la sucesiva abolición de penas más intrusivas en favor de otras que lo son menos aparece vinculada a un concepto amplio de humanización de las penas que, en nuestro ámbito constitucional, aparece reflejado de manera prioritaria en los ya citados art. 10.1 CE, en que se establece el principio de la dignidad humana como fundamento del orden político, y art. 15 CE, en que se prohíben las penas inhumanas y degradantes e, inmediatamente después de esa declaración, se declara abolida la pena de muerte en tiempo de paz.

Así, por ejemplo, quedó reflejado en la STC 181/2004, de 2 de noviembre, en que se incidió especialmente en que la interdicción constitucional prevista en el art. 15 CE posee el doble significado de, por una parte, constituir “un valor fundamental de las sociedades democráticas (...) que se conecta con el respeto a los derechos fundamentales más básicos del individuo en sus relaciones con el Estado”; y por otra, estar estrechamente relacionada con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), “que constituye una cualidad ínsita a la misma, que por tanto corresponde a todo ser humano con independencia de sus concretas características particulares, y a la que se contraponen frontal y radicalmente los comportamientos prohibidos en el art. 15 CE, bien porque cosifican al individuo, rebajándolo a un nivel material o animal, bien porque lo mediatizan o instrumentalizan, olvidándose de que toda persona es un fin en sí mismo” (FJ 13); concluyendo que ambos aspectos pueden resultar concernidos con la aplicación de penas privativas de libertad a perpetuidad (FJ 16). Ese mismo parecer se proyecta en pronunciamiento de otros tribunales constitucionales de nuestro entorno cultural como son el alemán [por ejemplo, sentencias de 21 de junio de 1977 (BVerfGE 45, 187); de 24 de abril de 1986 (BVerfGE 72, 105); y 16 de enero de 2010 (BVerfG, 2 BvR 2299/09)] y el italiano (por ejemplo, Sentencias 204-1974, de 24 de julio; 264-1974, de 7 de noviembre; 274-1983, de 21 de septiembre; o 161-1997, de 2 de junio). También aparece en la jurisprudencia del TEDH (SSTEDH de 9 de julio de 2013, as. Vinter y otros c. Reino Unido, § 113; y de 13 de junio de 2019, as. Marcello Viola c. Italia, § 113). También ha sido destacado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en la sentencia núm. 716/2018, de 16 de enero de 2019, al afirmarse que esta pena “no solo compromete a perpetuidad la libertad del condenado, sino también su propia dignidad (los comentaristas patrios clásicos de

los códigos decimonónicos afirmaban que quitaba toda esperanza y eliminaba el rasgo esencial del hombre, la sociabilidad)” (fundamento de derecho cuarto).

(ii) La jurisprudencia del TEDH pronunciada en relación con penas perpetuas redimibles y su conformidad con la obligación del art. 3 CEDH de prohibición de penas inhumanas y degradantes se ha desarrollado en situaciones en que dichas penas fueron reguladas en sustitución de la pena de muerte y en las que, por tanto, para dichos países, con el margen de apreciación nacional que ello implica, suponían un avance humanizador en su sistema interno de penas.

La circunstancia de que la pena de prisión perpetua lo fuera, sin solución de continuidad, en sustitución –por conmutación o por abolición– de la pena de muerte es, además, significativamente reafirmada en diversas de esas resoluciones del TEDH. Así sucedió, por ejemplo, en la STEDH de 12 de febrero de 2008, *as. Kafkaris c. Chipre*, § 33, en que la controversia sobre la pena de prisión perpetua impuesta al recurrente lo había sido tras una modificación legislativa operada en Chipre en 1983 por la que el delito de asesinato pasaba de una sanción de pena de muerte a la de prisión perpetua. Algo semejante sucede en relación con Reino Unido (SSTEDH de 9 de julio de 2013, *as. Vinter y otros c. Reino Unido*, § 34; y de 17 de enero de 2017, *as. Hutchinson c. Reino Unido*, § 13), en que la pena de prisión perpetua se establece en 1965 en Inglaterra y Gales a partir de la abolición de la pena de muerte para el delito de asesinato. Por su parte, en el caso resuelto en la STEDH de 18 de marzo de 2014, *as. Öcalan c. Turquía (núm. 2)*, §§ 9-12, la pena de prisión perpetua había sido impuesta con ocasión de la conmutación de una pena de muerte tras la abolición constitucional de esta última pena en tiempo de paz producida en Turquía en 2001. También en los supuestos resueltos por la STEDH de 8 de julio de 2014, *as. Harakchiev y Tolumov c. Bulgaria*, § 58, en que se destaca que la pena de muerte se abolió en 1998 en dicho país, al mismo tiempo que se introdujo como pena de reemplazo la cadena perpetua; por la STEDH de 23 de mayo de 2017, *as. Matiošaitis y otros c. Lituania*, §§ 61-65, en relación con la conmutación de la pena de muerte por la prisión perpetua prevista legalmente y la impuesta tras la declaración de inconstitucionalidad de la pena capital por el Tribunal Constitucional de Lituania por pronunciamiento de 9 de diciembre de 1998; o por la STEDH de 12 de marzo de 2019, *as. Petukhov c. Ucrania (núm. 2)*, §§ 75-76, también en relación con la sustitución de la pena de muerte por la pena de prisión perpetua tras la declaración de inconstitucionalidad de la primera por resolución del Tribunal Constitucional de Ucrania de 29 de diciembre de 1999.

Del mismo modo, aunque no se hiciera constar expresamente esa circunstancia en el texto de las resoluciones, también se produce ese supuesto de sucesión normativa sin solución de continuidad entre la pena de muerte y la pena perpetua en los supuestos resueltos en las SSTEDH de 25 de mayo de 2014, *as. László Magyar c. Hungría*; de 4 de octubre de 2016, *as. T.P. y A.T. c. Hungría*; y de 17 de junio de 2021, *Sándor Varga y otros c. Hungría*, toda vez que la pena de muerte quedó abolida en Hungría a partir del pronunciamiento de su Tribunal Constitucional de 24 de octubre de 1990; o en la STEDH de 22 de julio de 2014, *as. Čačko c. Eslovaquia*, ya que la abolición de la pena de muerte se produjo por mandato constitucional en 1990.

(iii) La regulación de la pena de prisión permanente revisable en España mediante la LO 1/2015, de 30 de marzo, supone, desde la perspectiva que estamos analizando, un retroceso objetivo en el devenir del diseño legislativo de la progresiva humanización de las penas en el ordenamiento jurídico penal español. La pena de prisión perpetua fue eliminada en el CP de 1928, situación que se consolidó con el CP de 1932, que eliminó, además, las penas indeterminadas, lo que en su exposición de motivos se vinculó expresamente con la necesidad de humanización de la normativa penal (apartado V). Ni siquiera en las sucesivas reformas penales y en el CP de 1944 aprobados durante la Dictadura, en que se retomó la pena de muerte, se recuperaron ni las penas privativas de libertad perpetuas ni las de tiempo indeterminado no indefectibles de por vida. De modo tal que el límite inferior de la pena de muerte era una pena privativa de libertad de duración determinada (la reclusión mayor con una extensión de veinte años y un día hasta treinta años) como también lo era la que resultaba de aplicación en los casos de conmutación de la pena de muerte (normalmente una pena de treinta años).

El advenimiento del régimen democrático instaurado por la vigente Constitución de 1978 abolió la pena de muerte en tiempo de paz (art. 15 CE) sin hacer ningún pronunciamiento expreso en relación con las penas privativas de libertad indeterminadas y potencialmente perpetuas, que eran, como se ha expuesto, desde largo tiempo antes desconocidas en el ordenamiento penal. A su amparo y hasta la normativa en que se introdujo la pena de prisión permanente revisable, ahora impugnada, el ordenamiento penal español mantuvo, incluso tras la desaparición de la pena de muerte, que las penas más graves en términos absolutos serían penas privativas de libertad de tiempo determinado.

Por tanto, durante casi cien años, con diferentes regímenes políticos democráticos – monárquicos o republicano– y dictatoriales, España se constituyó como un país abolicionista de

las penas privativas de libertad a perpetuidad o indeterminadas no indefectibles de por vida. Esta situación se mantuvo también para los casos de conmutación de la pena de muerte, cuando estuvo vigente, y en los momentos en los que las democracias propiciadas por las Constituciones de 1931 y 1978 abolieron la pena de muerte.

(iv) La reincorporación de la pena de prisión permanente revisable en el ordenamiento penal español se produce sin que existan aparentes razones de extraordinaria necesidad que permitieran excepcionar el principio de no regresión.

No cabe controvertir que, como ha destacado la jurisprudencia constitucional de manera reiterada, es el poder legislativo quien tiene la competencia exclusiva para el diseño de la política criminal, correspondiéndole un amplio margen de libertad, dentro de los límites de la Constitución, para la configuración tanto de los bienes penalmente protegidos y los comportamientos penalmente reprobables, como del tipo y la cuantía de las sanciones penales, o la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo (STC 126/2021, de 3 de junio, FJ 3). Ahora bien, la cuestión que ahora es objeto de debate no radica en la competencia constitucional del legislador orgánico ni la amplitud de su configuración para el diseño de la política criminal, como tampoco que pudiera tener razones justificativas para el diseño de una nueva pena indeterminada y potencialmente de por vida. Lo debatido es si el legislador, a la vista del principio de no regresión, ha superado los límites constitucionales de su amplia libertad de configuración de la política criminal, al carecer de esas razones justificativas de tan imperiosa necesidad en el sistema jurídico propio de una sociedad democrática avanzada como para retroceder en el progreso de la humanización del sistema de penas español en casi cien años.

La exposición de motivos de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se regula esta pena, hace mención en el párrafo segundo de su apartado I a que “la necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas. Con esta finalidad, siguiendo el modelo de otros países de nuestro entorno europeo, se introduce la prisión permanente revisable para aquellos delitos de extrema gravedad, en los que los ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido”. En el apartado II de dicha exposición, en que se hace una descripción y análisis más detallada de esta pena, no aparecen nuevas referencias justificativas de la reincorporación de esta pena, sino de su constitucionalidad.

De ese modo, parece que las razones legislativas de política criminal en favor de la imperiosa necesidad de una pena de estas características en el ordenamiento penal del actual régimen democrático español quedan limitadas, por un lado, al fortalecimiento de la Administración de Justicia mediante resoluciones judiciales previsibles y socialmente percibidas como justas; y, por otro, a una demanda social de penas proporcionadas para delitos de extrema gravedad.

La suficiencia justificativa de estas razones ya fue objeto de análisis en el informe de 16 de enero de 2013 elaborado por el Consejo General del Poder Judicial sobre la regulación de esta pena en el que se hacían tres consideraciones de gran interés, que cabe ahora reproducir: (i) que “ninguna referencia aparece respecto de las circunstancias que, precisamente en el momento actual, aconsejan que una pena privativa de libertad eventualmente perpetua se instaure en el vigente Código Penal, en contra de la evolución histórica a que se ha hecho mención en este informe”; (ii) que las menciones señaladas “en poco contribuye a esclarecer las motivaciones de política criminal que justifican la introducción de la antedicha medida”; y (iii) que esta pena “no se justificaría por el incremento numérico de los crímenes para los que se prevé esa sanción”, a cuyos efectos se recuerda que la tasa de homicidios de España es de las más bajas de Europa y que, respecto de los atentados contra la vida de tipología terrorista, “la lucha antiterrorista puede ser plenamente eficaz mediante la conjunción de una serie de medidas de diversa índole, sin necesidad de introducir la PPR en el Código Penal” (pp. 43 y 44).

También hizo una velada crítica a esa ausencia de justificación, en este caso vinculada al encaje con el sistema vigente de penas de larga duración propio del ordenamiento jurídico español, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en la ya citada sentencia núm. 716/2018, de 16 de enero de 2019, al afirmar que “el legislador, no invoca precedentes históricos, sino derecho comparado, a pesar de la singularidad de la dilatada extensión de las penas de prisión, normas dosimétricas concursales, ámbito de la individualización judicial y límites máximos de cumplimiento de nuestro ordenamiento, sobre los que tal pena debería sistemáticamente incorporarse, tan dispares del derecho comparado invocado” (fundamento de derecho cuarto).

6. De manera resumida, para concluir en la inconstitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable en aplicación del principio de no regresión, puede afirmarse lo siguiente:

(i) El principio de no regresión está ligado estrechamente a la regla básica de justificación del sistema jurídico basada en la progresión del respeto a los valores democráticos y de la

protección de los derechos fundamentales. Este principio proscrib, con carácter general, el retorno peyorativo en el nivel de consolidación de una situación generada a partir de la comprensión del contenido de un derecho fundamental o de mandatos, valores y principios constitucionales sin razones extraordinarias que lo justifiquen. En el ámbito ahora discutido, el principio constitucional de respeto a la dignidad humana (art. 10.1 CE) y la prohibición de penas inhumanas y degradantes (art. 15 CE) propician que el sistema de penas progrese hacia penas cada vez más humanizadas en que las penas privativas de libertad resulten determinadas en el tiempo y no potencialmente de por vida.

(ii) La jurisprudencia del TEDH en relación con este tipo de penas ha concluido su conformidad con el CEDH en caso de que resultaran redimibles. Esos pronunciamientos lo han sido en situaciones en que, asumiendo el respeto al margen de apreciación nacional propio de esta jurisdicción regional de derechos humanos, dichas penas fueron establecidas sucediendo a la pena de muerte como un avance humanizador del sistema interno de penas de los países respectivos.

(iii) En España, el avance civilizador que supuso la abolición de las penas privativas de libertad indeterminadas y potencialmente perpetuas se consumó con el CP de 1928 y así se mantuvo durante regímenes constitucionales y dictatoriales e incluso en supuestos de vigencia de la pena de muerte y cuando esta resultó abolida. Singularmente en el actual régimen constitucional se ha mantenido esa posición abolicionista juntamente con la de la pena de muerte. No parece que el ordenamiento jurídico del vigente sistema democrático –con la sola presencia de penas privativas de libertad determinadas en su extensión temporal el espacio – haya desarrollado su política criminal de manera poco exitosa y deficiente atendiendo a las cifras de criminalidad.

(iv) La reincorporación de la pena de prisión permanente revisable en el ordenamiento penal 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. No se justifica suficientemente desde la perspectiva constitucional el retorno a una pena que llevaba casi cien años desaparecida y que durante casi cuarenta años del presente régimen democrático no se ha considerado necesaria por el legislador ni siquiera en contextos en que ciertos delitos de extrema

gravedad parecían poner en peligro la paz social y la propia pervivencia del sistema constitucional.

B) La aplicación de una interpretación progresiva del mandato de la orientación hacia la reinserción social de las penas privativas de libertad (art. 25.2 CE) a la pena de prisión permanente revisable, como potencialmente indefectible de por vida.

7. El art. 25.2 CE establece que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social”. Este mandato, al incidir de manera directa en que el objetivo de que estas penas es la futura reintegración en la sociedad del penado tras el cumplimiento de su condena, permite concluir que implica la interdicción de cualquier tipo de pena que pueda frustrar ese objetivo, que es lo que sucede con las penas diseñadas legislativamente como potencialmente perpetuas. Esta conclusión viene avalada por el principio de progresividad, conforme al cual se asume el compromiso de avanzar en la plena efectividad de los derechos fundamentales, que en este contexto es la irrenunciable finalidad de que la privación de libertad sirva y sea instrumental para la reinserción social del condenado y, por tanto, prohibitiva de penas potencialmente perpetuas.

La conexión entre el mandato de la orientación de las penas privativas de libertad a la reinserción social y la prohibición de penas potencialmente de por vida ya aparece constitucionalizado en diversos países. Es significativo que la Constitución de Portugal de 1976, nacida en un momento y contexto histórico –la llamada oleada democrática de los años 70 del siglo pasado– muy semejante a la Constitución española de 1978, en su art. 30.1, al regular los límites de las penas y de las medidas de seguridad, dispone que “no podrá haber penas o medidas de seguridad privativas o restrictivas de libertad con carácter perpetuo, ni de duración ilimitada o indefinida”. Lo mismo sucede con constituciones más modernas como la colombiana de 1991, en que se prohíbe la pena de prisión perpetua (art. 30), y la de Bolivia de 2009, cuyo art. 118, a la vez que determina que “el cumplimiento de las sanciones privativas de libertad y las medidas de seguridad están orientadas a la educación, habilitación e inserción social de los condenados, con respeto a sus derechos” (apartado III), dispone que “la máxima sanción penal será de treinta años de privación de libertad, sin derecho a indulto” (apartado II).

Por tanto, aun en ausencia de un pronunciamiento expreso en la Constitución sobre la abolición de penas potencialmente perpetuas, la mera declaración constitucional del mandato de

reinserción social se ofrece, con apoyo en el principio de progresividad, como fundamento contra la constitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable.

8. Esta conclusión, además, viene fortalecida tanto por una interpretación del contexto histórico del surgimiento de este mandato como por una interpretación subjetiva de la voluntad constituyente.

El art. 15 CE prohíbe la pena de muerte en tiempo de paz como consecuencia lógica de su pretensión de abolir esta pena hasta entonces vigente. Por el contrario, el planteamiento de la eventual prohibición constitucional de penas privativas de libertad potencialmente indefectibles de por vida carecía de ningún tipo de incentivo histórico. Se trataba de una pena desaparecida hacia casi un siglo, que ni siquiera la Dictadura había retomado. En esas circunstancias históricas, la expresa abolición constitucional podía ser percibida como un anacronismo innecesario.

Por otra parte, desde el primer momento en el proceso de elaboración de la Constitución, se frustró cualquier pretensión de que, ante la abolición de la pena de muerte, pudiera retomarse en su sustitución cualquier tipo de pena privativa de libertad indeterminada potencialmente perpetua. Así, es significativo que el art. 24.4 de anteproyecto de la Constitución, en que ya se establecía que “las penas privativas de libertad tendrán una finalidad de reeducación y de reinserción social y no podrán suponer, en ningún caso, trabajos forzados”, fue objeto en el Congreso de la enmienda núm. 63 en la que se proponía la supresión de la mención a la reinserción social, “sobre todo, porque ello equivaldría a la supresión de la cadena perpetua”. La propuesta no fue aceptada en el informe de la ponencia designada para el estudio de las enmiendas, que mantuvo la expresión “reinserción social” y así continuó hasta la aprobación definitiva, si bien renumerada como art. 25.2 CE.

9. El legislador orgánico, en interpretación del art. 25.2 CE, también ha mostrado las fundadas dudas que le generaba la posible compatibilidad del mandato de reinserción social con penas potencialmente de por vida. A esos efectos, es de destacar que cuando se autorizó la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional, mediante la LO 6/2000, de 4 de octubre, ante la previsión en este Estatuto de la pena de reclusión a perpetuidad [art. 77.1.a)] reducible bajo las condiciones establecidas en el art. 110, se formuló la declaración de que España, “en su momento, estará dispuesta a recibir a personas condenadas por la Corte Penal Internacional, a condición de que la duración de la pena impuesta no exceda del máximo más

elevado previsto para cualquier delito con arreglo a la legislación española”. Esta declaración aparece justificada en el apartado V de la exposición de motivos de la citada LO 6/2000, de 4 de octubre afirmando que “era necesaria por las previsiones del artículo 25.2 de la Constitución, que exige que las penas privativas de libertad estén orientadas a la reeducación y reinserción social del condenado”.

Estas mismas dudas han sido destacadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en la ya citada sentencia núm. 716/2018, de 16 de enero de 2019, que de manera franca afirma que la ahora denominada prisión permanente, con el adjetivo añadido de revisable, “no evita la posibilidad de que integre prisión por vida, aunque paradójicamente se afirma su constitucionalidad, porque existe posibilidad de que no sea perpetua o si se prefiere, porque su 'permanencia' no es inexorable” (fundamento de derecho cuarto).

10. En resumen, una interpretación del mandato de reinserción social del art. 25.2 CE, de conformidad con el principio de progresividad, propicia la declaración de inconstitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable, en tanto que no excluye su potencial perpetuidad, con fundamento en estos argumentos: (i) La incipiente vinculación en el derecho constitucional comparado del mandato de reinserción social con la prohibición de este tipo de penas como fundamento para su abolición constitucional; (ii) el contexto histórico del surgimiento de este mandato constitucional de reinserción social, que da razón suficiente justificativa de que no fuera acompañado de una previsión expresa sobre la abolición de penas de esta naturaleza; (iii) la interpretación subjetiva de la voluntad constituyente, derivada del proceso de elaboración de la Constitución, que demostraría que la inclusión del mandato constitucional de reinserción social pretendía servir de previsión suficiente contra la reinstauración de penas perpetuas; y (iv) 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 características.

11. El TEDH no ha llegado a la misma conclusión cuando ha proyectado el mandato de rehabilitación a las penas privativas de libertad indeterminadas no indefectibles de por vida. Como ya se ha expuesto, el CEDH, a diferencia de la Constitución, no establece ninguna previsión respecto de la orientación de la pena privativa de libertad. A pesar de ello, el TEDH ha realizado importantes pronunciamientos en la materia vinculados al principio humanizador de las penas aprovechando, precisamente, el análisis de penas potencialmente perpetuas. Para ello se ha

basado, principalmente, en los documentos sobre tratamiento de los condenados de Naciones Unidas [Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977] y del Consejo de Europa [Reglas penitenciarias europeas, adoptadas por el Comité de Ministros el 11 de enero de 2006 y modificada el 1 de julio de 2020; y Recomendaciones (2003)22, sobre libertad condicional, y (2003)23, sobre la ejecución de las penas a cadena perpetua y de larga duración, adoptadas por el Comité de Ministros el 24 de septiembre y 9 de octubre de 2003, respectivamente], que destacan la relevancia de la idea de rehabilitación de los condenados como uno de los fines esenciales de las penas de prisión (así, STEDH de 9 de julio de 2013, *as. Vinter y otros c. Reino Unido*, § 116-118).

Las ideas más destacadas de la jurisprudencia del TEDH en la materia son: (i) El principio de la dignidad humana impide privar a una persona de su libertad sin atender simultáneamente a su reinserción social y sin proporcionar la oportunidad de recuperar esa libertad algún día, lo que implica dar a los condenados a penas a perpetuidad una posibilidad real de liberación. (ii) El mandato de reinserción social, aunque no implica una obligación positiva de resultados, sí la implica de medios, por lo que se deben garantizar sistemas penitenciarios compatibles con el objetivo de una posibilidad efectiva de reinserción social. Y (iii) este mandato es incompatible con situaciones normativas que objetivamente obstaculicen las posibilidades efectivas de reinserción social [STEDH de 13 de junio de 2019, *as. Marcello Viola c. Italia (n. ° 2)*, § 113].

Estos pronunciamientos suponen un avance objetivo en cuanto al contenido de este mandato declarado por la jurisprudencia constitucional, ya que incide de manera fundamental en su dimensión de obligación positiva de medios y, especialmente, de prohibición de obstaculización de su cumplimiento. A pesar de ello, no han impedido que el TEDH considerara compatible este tipo de penas con el CEDH a partir de la doble idea de que la finalidad de reinserción social no es el único objetivo legítimo de las penas privativas de libertad y de que dicha finalidad quedaría cumplida si la pena impuesta no resulta necesariamente de por vida por haberse establecido una regulación que posibilite una redención real de la pena en la que el penado puede albergar la esperanza en una liberación futura.

Esta posición del TEDH solo puede asumirse por la jurisprudencia constitucional, en la línea ya expuesta anteriormente, como el contenido mínimo del mandato de reinserción social de conformidad con el principio de interpretación conforme del art. 10.2 CE. Sin embargo, no es

obstáculo para alcanzar la conclusión desarrollada en este voto de que en este caso la Constitución española es susceptible de una interpretación del mandato de reinserción social ubicado en un estándar superior de contenido que propicia la declaración de inconstitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable a partir de principio de progresividad por no excluirse la posibilidad de que sea una pena a perpetuidad.

C) La aplicación de los derechos a la libertad (art. 17.1 CE) y a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) y del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) a la pena de prisión permanente revisable, como pena temporalmente indeterminada.

12. La jurisprudencia constitucional ha reiterado, en relación con el derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), que comprende también una serie de garantías materiales que, en relación con el legislador, comporta la exigencia de predeterminación normativa no solo de las conductas sancionadas sino también de las correspondientes consecuencias jurídicas que se puedan derivar de su comisión, imponiendo una tipificación precisa con una adecuada concreción. Esta garantía material tiene como fundamento constitucional permitir al ciudadano predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen una infracción y el tipo y grado de sanción del que pueden hacerse merecedores quienes las cometan, por lo que, insiste la jurisprudencia constitucional, este derecho garantiza conocer de antemano no solo la conducta proscrita, sino también la eventual sanción que pueda merecer el infractor, ya que ello afecta a la calidad de la ley, esto es, a la accesibilidad y previsibilidad del alcance de la norma en el ámbito penal (STC 126/2021, de 3 de junio, FJ 3).

13. El Tribunal ya ha tenido la oportunidad, en aplicación de esta interpretación jurisprudencial, de pronunciarse sobre los efectos de esta garantía material respecto de determinados supuestos de tipificación de sanciones en que sus consecuencias jurídicas aparecían indeterminadas temporalmente en su límite máximo. En la STC 29/1989, de 6 de febrero, en relación con la previsión del art. 13.1 del Decreto 3632/1974, en que se establecía para las infracciones muy graves multas de 2.500.000 pesetas “en adelante”, se afirmó que “la expresión ‘en adelante’, contenida en el precepto últimamente citado, debe entenderse derogada por la Constitución, ya que introdujo un elemento de indeterminación de la sanción administrativa imponible que resulta incompatible con el alcance material del principio de legalidad enunciado en el art. 25.1 de la Constitución. En otros términos, aquella expresión no satisface las exigencias

de *lex certa* que el propio Abogado del Estado identifica como integrante del derecho fundamental garantizado por la citada norma constitucional” (FJ 3).

Del mismo modo, en la STC 129/2006, de 24 de abril, en relación con lo dispuesto en el art. 89.4 del Reglamento del Parlamento Vasco, en que solo se hacía referencia a que se podría decretar la suspensión temporal de los derechos y deberes de los parlamentarios en determinados supuestos, pero sin establecer un límite temporal, se afirmó que esa mera circunstancia, desde la perspectiva del art. 25.1 CE, “es suficiente como para que, acreditado su fundamento, procediera la estimación del recurso” (FJ 3).

14. Por tanto, la jurisprudencia constitucional, en interpretación y aplicación del derecho a la legalidad sancionadora (art. 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 (art. 17.1 CE) como con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), ha concluido que las sanciones que resultan indeterminadas en su límite máximo vulneran esta garantía materia por hacer inaccesible e imprevisible el 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.

II. CONCLUSIÓN.

15. El Tribunal, a tenor de la opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia, ha decidido que en este momento histórico, en atención a un contexto internacional y regional todavía conmocionado y sacudido por recientes experiencias que propician excesivas demandas de seguridad en sacrificio de otros principios, aún resulta posible dejar al legislador orgánico un margen de regulación en esta materia.

Eso no impide afirmar que su presencia en nuestra legislación es un elemento de objetivo empobrecimiento de nuestro sistema jurídico democrático y un ejemplo de regresión civilizadora que lo convierte en una anomalía histórica del actual sistema constitucional. Resulta

contradictorio que haya sido precisamente el vigente régimen democrático, que constitucionalmente ha establecido y desarrollado una política criminal que somete las penas privativas de libertad al mandato de humanización y de su orientación hacia la reinserción social, el que haya reestablecido esta forma de pena especialmente nefanda que tuvo vetado el acceso al Código penal en los últimos cien años de nuestra historia y que se aleja de los principios liberales en el cumplimiento de las penas para ampararse en una deóntica retributiva.

Tenemos la firme convicción de que un régimen constitucional avanzado con los niveles de delincuencia que presenta la sociedad española dispone de los resortes e inteligencia suficientes para poder diseñar una política criminal acorde con los principios constitucionales, en particular con las exigencias que impone el principio que garantiza la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), el que establece que las penas han de estar orientadas hacia la reeducación, reinserción social (art. 25.2 CE) y las garantía de certeza que impone el principio de legalidad (art. 25.1 CE). Las supuestas demandas sociales que exigen la imposición de esta pena para delitos muy graves, aunque existieran, carecen de fuerza para desconocer los referidos principios. La madurez y grandeza de un Estado social y democrático de derecho también se demuestra cuando es capaz de alzarse y mostrarse resistente con esas demandas supuestamente mayoritarias si materialmente suponen una regresión en la racionalidad de su ordenamiento penal y en las cuotas de avance civilizador que implica la propia democracia. Así lo impone también el compromiso intergeneracional. Es responsabilidad de cada generación reforzar la justificación del sistema jurídico democrático perfeccionando la protección de los derechos fundamentales y profundizando en los valores y principios vigentes con el fin de sentar precedentes que permitan a las generaciones futuras seguir avanzando en esa inmensa tarea de humanización.

Este voto compartido por los tres magistrados firmantes no hace referencia a la cuestión de si las condiciones de revisabilidad de la pena de prisión permanente revisable serían o no adecuadas desde el punto de vista constitucional, por entender el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos y la magistrada doña Maria Luisa Balaguer Callejón que no es necesario un mayor abundamiento respecto de la tajante inconstitucionalidad de la figura de la pena de prisión permanente revisable.

Madrid, a seis de octubre de dos mil veintiuno.

