

REVISTA

SUSCRIPCIONES Y ADQUISICIÓN DE NÚMEROS SUELTOS:

MARCIAL PONS, Librero
Apartado núm. 31 F. D.
28080 MADRID
ESPAÑA

UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA
FACULTAD DE DERECHO

REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA



UNED

3.ª ÉPOCA

2017

N.º 18

DIRECTORES HONORARIOS
José Cerezo Mir (†), Catedrático Emérito de Derecho penal.
Luis Rodríguez Ramos, Catedrático de Derecho penal.
Alfonso Serrano Gómez, Profesor Titular Emérito de Derecho penal.

DIRECTORES

<i>Sección de Derecho penal</i> Alicia Gil Gil, Catedrática de Derecho penal, UNED	<i>Sección de Criminología</i> Alfonso Serrano Mañlo, Profesor Titular de Derecho penal, UNED
--	---

Mariano Melendo Pardos, Profesor Titular
de Derecho penal, UNED

SECRETARIOS

De evaluación
Marco Teijón Alcalá, Investigador Predoctoral. UNED

De intercambio y difusión
Alicia Rodríguez Núñez, Profesora Titular de Derecho penal. UNED

COMITÉ DE REDACCIÓN
María Dolores Serrano Tárrega, Carlos Vázquez González, Josefina García García-Cervigón, José Núñez Fernández,
Felipe Meléndez Sánchez, Miguel Ángel Martín y Juan Manuel Lacruz López

CONSEJO DE REDACCIÓN
A. Andrés Pucyo -Universidad de Barcelona-, A. García-Pablos de Molina -Universidad Complutense de Madrid-,
E. Gimbernat Ordeig -Universidad Complutense de Madrid-, M. R. Gottfredson -Universidad de Oregón-,
A. Jorge Barreiro -Universidad Autónoma de Madrid-, D. M. Luzón Peña -Universidad de Alcalá de Henares-,
Santiago Mir Puig -Universidad de Barcelona-, Ch. Birbeck -Universidad de Salford, Manchester-,
F. Reinares Nestares -Universidad Rey Juan Carlos-, G. Rodríguez Mourullo -Universidad Autónoma de Madrid-,
y P. O. Wikström -Universidad de Cambridge-.

CONSEJO asesor

España: F. J. Álvarez García -Universidad Carlos III de Madrid-, L. Arroyo Zapatero -Universidad de Castilla-La Mancha-, A. Asúa Batarrita -Universidad del País Vasco-, I. Berdugo Gómez de la Torre -Universidad de Salamanca-, A. Beristáin Ipiña -Universidad del País Vasco-, M. Cancio Meliá -Universidad Autónoma de Madrid-, J. C. Carbonell Mateu, -Universidad de Valencia-, J. Cuello Contreras -Universidad de Extremadura-, J. de la Cuesta Arzamendi -Universidad del País Vasco-, E. Demetrio Crespo -Universidad de Castilla La Mancha-, J. L. Díez Ripollés -Universidad de Málaga-, P. Faraldo Cabana -Universidad de A Coruña -, L. Gracia Martín -Universidad de Zaragoza-, A. Manjón-Cabeza Olmeda -Universidad Complutense de Madrid-, F. Muñoz Conde -Universidad Pablo Olavide de Sevilla-, G. Quintero Olivares -Universidad Rovira i Virgili de Tarragona-, R. Ragués i Vallès -Universidad Pompeu Fabra de Barcelona-, J. M. Silva Sánchez -Universidad Pompeu Fabra de Barcelona-, R. F. Suárez Montes -Universidad de Oviedo-, A. Torio López -Universidad de Valladolid- y T. S. Vives Antón -Universidad de Valencia.

Alemania: H. J. Albrecht -Instituto Max Planck de Friburgo-, K. Ambos -Universidad de Gotinga-, A. Eser -Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, La Haya-, W. Hassemer -Universidad de Frankfurt-, H. Kury-, Universidad de Friburgo-, C. Roxin -Universidad de Munich- y K. Tiedemann -Universidad de Friburgo-.

Argentina: E. A. Donna -Universidad de Buenos Aires-, M. A. Sancinetti -Universidad de Buenos Aires- y E. R. Zaffaroni -Universidad de Buenos Aires-.

Austria: O. Triffterer -Universidad de Salzburgo-.

Brasil: L. Regis Prado -Universidad de Maringá-.

Colombia: F. Velásquez -Universidad Sergio Arboleda de Bogotá-.

Chile: E. Cury -Pontificia Universidad Católica de Chile- y J. L. Guzmán Dálbora -Universidad de Valparaíso-.

Estados Unidos: G. Fletcher -Universidad de Columbia-.

Francia: M. Delmas Marty -Universidad de París-.

Holanda: J. A. E. Vervaele -Universidad de Utrech-.

Italia: G. Marinucci -Universidad Estatal de Milán-, E. Musco -Universidad de Roma Tor Vergata- y F. Sgubbi -Universidad de Bolonia-.

México: M. Moreno Hernández -Universidad Nacional Autónoma de México-.

Perú: J. Armaza Galdós -Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa y Universidad Católica de Santa María-, J. Urquiza Olaechea -Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Universidad Inca Garcilaso de la Vega- y J. Villa Stein -Universidad de San Marcos-.

Portugal: M. da Costa Andrade -Universidad de Coimbra- y J. Figueiredo Dias -Universidad de Coimbra-.

Suiza: J. Hurtado Pozo -Universidad de Friburgo, Suiza- y G. Stratenwerth -Universidad de Basilea-.

ISSN: 1132-9955. Depósito legal: M. 34031-1992
MAQUETACIÓN E IMPRESIÓN: Grafo, S.A. • Avda. Cervantes, 51-edificio 21 — 48970 Basauri (Bizkaia)
DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES: Marcial PONS: revistas@marcialpons.es

REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

PRESENTACIÓN

La *Revista de Derecho Penal y Criminología* de la UNED, Tercera Época, pretende ser una revista científica de calidad, dirigida a la doctrina y a los profesionales del Derecho y de la Criminología.

La revista será semestral, publicándose dos números al año, uno en enero y otro en julio.

Nuestro deseo es publicar trabajos originales de penalistas y criminólogos españoles y extranjeros. Para garantizar la calidad de los trabajos publicados los mismos deberán pasar la evaluación previa de dos expertos en la materia objeto del artículo, ajenos a la entidad editora de la revista, elegidos en cada caso por su especialización y su independencia.

Además la revista incluye una sección de reseñas críticas e independientes de libros relevantes de Derecho penal y de Criminología, preferentemente en nuestro idioma, una sección de Comentarios de jurisprudencia y una sección de estadísticas comentadas, pues las mismas resultan de gran interés para la investigación criminológica.

INDICACIONES PARA LOS AUTORES

Los trabajos deberán enviarse bien por correo electrónico, bien por correo postal —incluyendo en tal caso versión informática en disquete— a cualquiera de las direcciones siguientes:

Vía postal:

Departamento de Derecho penal, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Educación a Distancia, C/ Obispo Trejo s/n, 28040 Madrid, o a nombre de cualquiera de los directores.

Vía electrónica:

agil@der.uned.es; mmelendo@der.uned.es (originales de Derecho penal)
aserranom@der.uned.es (originales de Criminología)

Los trabajos deberán ir firmados por los autores con nombre y apellidos y deberá constar además el nombre de la institución de trabajo del autor o autores de cada artículo.

Los artículos deben ser originales. Únicamente con carácter excepcional, y nunca más de dos por cada número, se publicarán traducciones de artículos ya aparecidos con anterioridad, para lo que se tendrá en cuenta la impor-

Informes y estudios

Autorregulación... y más. La protección y defensa de los derechos de los niños en internet, 2007, p. 6 Disponible en http://www.de0a18.net/pdf/doc_tecno_proteccio_internet.pdf (Consulta 5 de octubre de 2017)

Boletín de la infancia y la adolescencia sobre el avance de los objetivos del Desarrollo del Milenio, No 18, septiembre de 2014, CEPAL, UNICEF y UNICEF LACRO. Disponible en <https://www.unicef.org/lac/Desafios-18-CEPAL-UNICEF.pdf> (Consulta 5 de noviembre de 2017),

Children, young people and 'sexting' Summary of a qualitative study. del estudio: *A qualitative study of children, young people and 'sexting'* A report prepared for J. RINGROSE (Institute of Education, London) R. GILL (King's College, London) S. LIVINGSTONE (London School of Economics) L. HARVEY (Open University), NSPCC 2012. 12 Disponible: <https://www.nspcc.org.uk/globalassets/documents/research-reports/sexting-research-summary.pdf>. El estudio completo disponible en: <https://www.nspcc.org.uk/globalassets/documents/research-reports/qualitative-study-children-young-people-sexting-report.pdf> (Consulta 5 de enero de 2018)

Encuesta sobre hábitos de uso y seguridad de internet de menores y jóvenes en España, de Junio de 2014, Ministerio de Interior de España. Disponible en <http://www.interior.gob.es/documents/10180/2563633/Encuesta+sobre+hábitos+de+uso+y+seguridad+de+internet+de+menores+y+jóvenes+en+España/b88a590a-514d-49a2-9162-f58b7e2cb354> (Consulta 5 de diciembre de 2017).

Indicadores sobre el uso de TIC por menores en España», diciembre 2016: Observatorio nacional de las telecomunicaciones y de la SI y Ministerio de Energía, turismo y agenda digital. Disponible en <http://www.ontsi.red.es/ontsi/sites/ontsi/files/Dossier%20Menores%20%28diciembre-2016%29.pdf> (Consulta 7 de diciembre de 2017)

Informe de la Subcomisión de estudio sobre las Redes Sociales, Boletín Congreso de los Diputados, Núm., 643, del 9 de abril de 2015, Disponible en: <https://assets.documentcloud.org/documents/2068662/informe-subcomision-congreso-rrss.pdf> (Consulta 7 de diciembre de 2017)

Working Paper. Child Sex Offences. Series 1: Child Pornography. Amendments to the Criminal Code of Thailand. Disponible en https://www.unodc.org/documents/southeastasiaandpacific/Publications/2015/childhood/2015_Series_1-UNODC_Working_Paper-Amendments_to_the_Criminal_Code_of_Thailand.pdf (Consulta 23 de septiembre de 2017).

FINES DE LA PENA EN FASE DE EJECUCIÓN PENITENCIARIA: REFLEXIONES A LA LUZ DE LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE

Jon-Mirena Landa Gorostiza¹

Catedrático —acreditado— Derecho Penal
Director de la Cátedra de Derechos Humanos y Poderes Públicos
Universidad del País Vasco UPV/EHU
jonmirena.landa@ehu.eus www.jmlanda.com

SUMARIO: Introducción. I.— Reflexiones sobre la imagen normativa de la persona presa en un Estado social y democrático de Derecho. II.— Apuntes de derecho comparado. II.1. El modelo alemán. II.2. El derecho penal internacional: Estatuto de Roma. III.— Evolución reciente de la jurisprudencia del TEDH. III.1. El caso MURRAY. III.1.1. Los hechos. III.1.2. Confirmando y ampliando la doctrina Vinter. III.1.3. Reinserción y obligaciones —positivas— del Estado. III.1.4. Doctrina general y el caso particular: consideraciones sobre el potencial de esta nueva jurisprudencia a la espera del caso Hutchinson. III.2. El caso Hutchinson. III.2.1. El contexto previo: la regulación de la prisión perpetua «para toda la vida» (*whole life*). III.2.2. El caso Hutchinson: hechos y argumentos. IV.— Reflexión final y conclusiones. Bibliografía.

Resumen: El debate sobre los fines de la pena tiene un ámbito particular de desenvolvimiento en la fase de ejecución penitenciaria. Y ahí no basta con un mero reconocimiento del principio de reinserción para que éste quede garantizado. Se propone una ordenación «con consecuencias» de la preeminencia de dicho principio a medida que el tiempo en prisión avanza como clave para determinar la progresión en grado.

¹ El presente trabajo se inscribe en el marco de los Proyectos de investigación financiados por el Ministerio de Economía y Competitividad (DER 2015-64599 MINECO/FEDER UE), «Factores postdelictivos y peligrosidad postdelictual. Incidencia en delitos de odio y de terrorismo.», Investigador Principal Jon-M. Landa; y por el Gobierno Vasco (GV IT 1156-16), Investigador Principal Iñaki Lasagabaster. Se inscribe igualmente en las actividades de la Cátedra de Derechos Humanos y Poderes Públicos UPV/EHU financiada por el Gobierno Vasco (Secretaría General de Derechos Humanos, Convivencia y Cooperación).

Ello se asienta en una descripción del modelo alemán, el inglés, las propuestas de la última jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el modelo del Estatuto de Roma. Todo ello con vocación de generalidad pero al hilo de la prisión permanente revisable como pena de cierre del sistema y con el fin de sentar las bases de una orientación de la ejecución hacia la reinserción con flexibilidad y garantías.

Palabras clave: 1) Fines de la pena 2) Reinserción 3) Alemania 4) Inglaterra 5) Derecho penal internacional 6) Estatuto de Roma 7) Tribunal Europeo de Derechos Humanos 8) Prisión perpetua

Abstract: The debate about aims of penalty might have a particular development when it comes to the execution stage of imprisonment. At that point it is not enough to recognize such a principle in order to be effective. A proposal will be put forward to enable access to open prison and/or conditional release in terms of giving more importance to rehabilitation the further the execution of imprisonment term has been advanced. In doing so the German and English models will be presented as well as last developments of case law from European Court of Human Rights. The insight of Statute of Rom will be also dealt with. Departing from life-sentence as the peak of the whole system of penalties, the already mentioned perspectives want to be accumulated in order to orientate execution stage of imprisonment to reach rehabilitation effectively and in a flexible way.

Keywords: 1) Aims of penalty 2) Rehabilitation 3) Germany 4) England 5) International Criminal Law 6) Statute of Rom 7) European Court of Human Rights 8) Life-imprisonment

Introducción

En una investigación anterior², de la que esta es continuación y ampliación³, ya se presentó una aproximación crítica a la prisión per-

² LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, «Prision perpetua y de muy larga duracion tras la LO 1/2015: ¿derecho a la esperanza? Con especial consideración del terrorismo y del TEDH», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea) RECPC 2015 núm. 17-20, passim.*

³ En la investigación acabada de mencionar se hace un estudio más pormenorizado de la regulación jurídico-positiva no sólo de la prisión permanente revisable sino también de las penas privativas de libertad de muy larga duración. Metodológicamente se comparaba la evolución de la situación jurídica al respecto antes y después de los cambios operados por las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015 con especial atención al sub-régimen del terrorismo. También se presentaba la emergente doctrina Vinter del TEDH. En este trabajo, por tanto, no se descenderá al detalle de dicha regulación positiva y se pone el foco en la comparación con otros ordenamientos y modelos para sacar consecuencias de cómo articular la preeminencia del principio de reinserción que en el trabajo de 2015 ya se apuntaba. También se da noticia de los nuevos y fundamentales avances en la reciente jurisprudencia del TEDH. No obstante, por limitaciones del trabajo, no se analizarán de forma particular

manente revisable aunque de forma sectorial comparando la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en la materia (*doctrina Vinter*⁴) con la nueva regulación española después de la reforma de 2015 (LO 1/2015) que introdujo la citada institución⁵. Ya se apuntaba entonces una idea capital: existe una desorientación general y una evidente falta de concreción a la hora de determinar cuáles deben ser —legítimamente— los criterios de revisión de la prisión —especialmente de la más grave hoy vigente— en fase de ejecución penitenciaria. Y ello parece apuntar a la necesidad de clarificar prioridades —y sacar las consecuencias— respecto de los fines que la pena debe cumplir en la fase de ejecución penitenciaria.

La discusión sobre los fines de la pena⁶ ha venido preocupando y ocupando a la doctrina pero los focos de atención se han fijado predominantemente sobre el momento de conminación legal o incluso de determinación e imposición de la pena en la sentencia, quedando en cierta penumbra sobre la base de qué particularidades debe modularse la propuesta interpretativa en la fase de ejecución propiamente dicha⁷. Esta contribución se dirige precisamente a hacer una propuesta más detallada y argumentada al respecto que pretende tener una vocación general aunque, por las limitaciones del trabajo, se articulará a partir del análisis de su proyección sobre la pena perpetua. La prisión permanente revisable puede servir, con otras palabras, como banco de pruebas sobre el que reflexionar y a partir del cual destilar una propuesta interpretativa que pudiera eventualmente ser objeto de generalización y ulterior desarrollo en futuras investigaciones.

las implicaciones desde el punto de vista de una eventual inconstitucionalidad de la regulación española o de la necesaria mejora o elevación del estándar de dicho control sobre el que no hace sino crecer la discusión. Véase al respecto, sólo recientemente, por todos SERRANO GÓMEZ, Alfonso/SERRANO MÁLLO, Isabel, *Constitucionalidad de la prisión permanente revisable y razones para su derogación*, Dykinson, Madrid, 2016, *passim*; también ARROYO ZAPATERO, Luis/LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio/PÉREZ MANZANO, Mercedes (ed.)/RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina (coord.), *Contra la cadena perpetua*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2016, *passim*, con ulteriores referencias.

⁴ Sentencia TEDH, Gran Sala, caso Vinter y otros c. Reino Unido, de 9 de Julio de 2013 (App. no. 66069/09, 130/10 y 3896/10).

⁵ Véase, por todos, «en cuatro actos» recientemente sólo ACALE SÁNCHEZ, María (coord.), *La prisión permanente revisable: ¿pena o cadalso?*, Iustel, Madrid, 2016, *passim*.

⁶ No ofrece el marco de esta contribución la posibilidad de entrar en la discusión terminológica ni menos de fondo respecto de las diferencias, relación e implicaciones de mencionar los fines y/o funciones de la pena en sentido estricto o, yendo más allá, los fines del derecho penal. Véase, al respecto, sólo MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General* (con colaboración de GÓMEZ, Víctor/VALIENTE, Vicente), Reppertor, Barcelona, 10ª edición, 2016, p. 84 ss. con ulteriores referencias; también SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, B de F, Buenos Aires/Montevidéo, 2.ª edición, 2012, p. 292 ss.

⁷ CARDENAL MONTRAVETA, Sergi, «Función de la pena y suspensión de su ejecución. ¿Ya no "se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto"?», *Indret 4/2015*, p. 12 y 4 ss., para una buena síntesis del estado de discusión con ulteriores referencias.

Dicha propuesta, entrando en la estructura de este trabajo, se defenderá metodológicamente, por una parte, con elementos argumentales de derecho comparado, esencialmente, del derecho alemán, y del derecho penal internacional (apartado II). A continuación se pretende, por otro lado, actualizar la evolución («post-Vinter») de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que en su constante devenir⁸ ofrece nuevas y complementarias perspectivas argumentales (apartado III). Esto último permitirá también presentar y actualizar el agitado debate sobre el modelo inglés de ejecución de la pena perpetua. La tesis de fondo de este estudio busca reivindicar y articular la primacía del principio de reinserción «con consecuencias» en la fase de ejecución penitenciaria en equilibrio con los aspectos retributivos y de prevención general. La propuesta llevará por tanto a unas orientaciones conclusivas (apartado IV) sobre criterios materiales de ejecución penitenciaria de la pena de prisión (perpetua) a las que subyace una determinada imagen normativa de la persona presa que, como criterio rector, debe informar interpretativamente los institutos de lege lata. Sobre este respecto conviene, sin embargo, indicar de forma necesariamente breve en un primer punto (apartado I) algunos presupuestos metodológicos y dogmáticos de partida para poder luego desplegar el resto de apartados ya señalados y contribuir a cimentar sobre suelo firme las conclusiones finales.

I. Reflexiones sobre la imagen normativa de la persona presa en un Estado social y democrático de Derecho

Wolfgang Frisch, de forma magistral, ha sintetizado el estado de la discusión sobre la concepción del delito afirmando que ésta ha sufrido una evolución fundamental hacia una de índole comunicativa, expresiva o ideal en la que el punto de referencia esencial no es ya el ataque o menoscabo a un bien jurídico como injusto culpable según una aproximación fáctico-objetiva, sino la contradicción de la norma y su vigencia⁹. El profesor alemán añade, siendo este el punto que aquí más interesa, que ello viene originado esencialmente por el desplazamiento de las teorías de la pena hacia unas de índole expresivo¹⁰: la pena, por

⁸ Véase *infra* apartado III el análisis de la reciente y trascendental Sentencia TEDH, Gran Sala, caso MURRAY c. Países Bajos, de 26 de abril de 2016 (App. no. 10511/10); y Sentencia TEDH, Gran Sala, caso Hutchinson c. Reino Unido, de 17 de enero de 2017 (App. no. 57592/08).

⁹ FRISCH, Wolfgang, «Pena, delito y sistema de delito en transformación», *Indret* 3/2014, pp. 6 y 8.

¹⁰ Véase sobre las teorías expresivas de la pena, en detalle, PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, «Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. Una justificación deontológica de la pena como institución», *Indret* 4/2014, p. 1 ss.

así decirlo, se apoya de forma clara y preferente en la perspectiva ideal del hecho. Correlativamente quedan desplazadas las teorías de la retribución y de la compensación de la culpabilidad y emergen las teorías de la prevención¹¹.

Como balance intermedio la pena no se justificaría ya en razones retributivas o de compensación de la culpabilidad en el sentido de injusto culpable sino en la «necesidad»: la pena se concibe así como una institución terrenal irrenunciable en el marco de una comunidad estatal. Necesidad no como protección de la comunidad o como efecto intimidatorio de prevención general sino como «necesidad de pena en aras a garantizar un determinado estado del derecho (*Zustand des Rechts*), su vigencia y su carácter inquebrantable»¹². Frisch continúa argumentando que a partir de la asunción del fin de la pena como «confirmación de la norma (infringida)» necesariamente el concepto del delito debe mutar desde sus bases tradicionales (injusto fáctico-objetivo) hacia una definición en la línea de «un menosprecio o desacato (*Missachtung*) de la norma infringida»¹³.

Destaca acertadamente en la misma línea el profesor Feijoo que, de acuerdo con una aproximación post-metafísica, también la categoría de la culpabilidad debe reformularse en términos normativos como capacidad que se adscribe y que pertenece al mundo social¹⁴. Su teoría comunicativa de la culpabilidad se basa por ello en la capacidad de autodeterminación como precipitado de un proceso de socialización en que se reconoce que somos sujetos autónomos con una disposición jurídica mínima de respeto al derecho¹⁵. Debe destacarse aquí, sin embargo, que más allá de la definición concreta de las categorías tradicionales del delito, el cambio de paradigma comunicativo-expresivo desplaza el debate hacia el campo de la filosofía y las ciencias sociales y, en particular, se nutre de forma especial —como es conocido— de las teorías funcionales y de la fundamentación de la ética del discurso. Tanto el delito como la pena son fenómenos sociales y la concepción del proceso de imputación jurídico-penal no deja de remitirse a un proceso comunicativo¹⁶.

¹¹ En realidad se apunta más bien a la prevención general no a la especial ya que está refiriéndose al momento de conminación legal y al de imposición de pena, no al de ejecución: «(...) la presencia o ausencia de necesidades preventivo-especiales carece de trascendencia para la configuración del concepto del delito.» FRISCH, Pena, 2014, p. 11. En todo caso también critica la prevención general sobre la base del argumento kantiano de que negativiza la dignidad de la persona ensanchado —dicho argumento filosófico— con consideraciones jurídico-constitucionales (*op. cit.*, pp. 8 a 11).

¹² FRISCH, Pena, 2014, p. 12.

¹³ FRISCH, Pena, 2014, p. 14.

¹⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, «La culpabilidad jurídico-penal en el Estado democrático de Derecho», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales* 2012 (LXV), p. 100 ss.

¹⁵ FEIJOO, *La culpabilidad*, 2012, p. 115 ss. y 118 ss.

¹⁶ FEIJOO, *La culpabilidad*, 2012, p. 106 ss.

Y es a este punto a donde queríamos llegar, pues contribuciones como la de Frisch¹⁷ diagnostican de forma magistral el desplazamiento conceptual de las teorías de la pena y su interrelación —inescindible— con los presupuestos de la teoría del delito. En consecuencia, en un proceso de ida y vuelta, cómo concibamos y definamos las categorías centrales de la teoría del delito y sus presupuestos de legitimidad deberán dar también las claves que permitan identificar el sentido y fin de la pena y, en tal medida, los criterios que deberían informar el tratamiento penitenciario resocializador. Con otras palabras, la aprehensión de la dimensión comunicativo-expresiva del injusto culpable no puede desconectarse de una comprensión interpretativa en la misma línea cuando se pretende legitimar y dotar de sentido a la pena y a su ejecución penitenciaria. Podría así ensayarse una aproximación al sentido comunicativo y expresivo que debería informar el programa y contenido material de la reinserción como reverso o envés del sentido de la conducta delictiva en un Estado de libertades.

Así parece coherente la postura —que asumimos— de optar por una teoría comunicativa de la prevención general positiva como una teoría global de los fines de la pena y los fundamentos del Derecho Penal¹⁸. Una teoría que sitúa en el centro la imagen normativa del ciudadano de un Estado social y democrático de Derecho¹⁹ lo que permite desplegar un efecto positivo de afirmación del Derecho de forma limitada y garantista²⁰.

Pero centrándonos en el objeto de esta contribución, queda por explorar el influjo que está generando este desplazamiento estructural comunicativo-expresivo en la fase de ejecución penitenciaria de la pena. Desde luego parece evidente que de forma progresiva el condenado tiende a ser visto —máxime en delitos muy graves— como quien ha infringido la norma con un realce progresivo de los aspectos expresivos, comunicativos y simbólicos de su comportamiento. Pensemos paradigmáticamente en los delitos de terrorismo como fenómeno en el que la dimensión simbólica y comunicativa está especialmente presente²¹.

¹⁷ FRISCH, Pena, 2014, p. 7 ss.

¹⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*, B de F, Buenos Aires, 2007, p. 515 ss.

¹⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La legitimidad de la pena estatal. Un breve recorrido por las teorías de la pena*, Iustel, Madrid, 2014, p. 43 cuando de forma particularmente clara afirma en la misma línea, aunque para criticar las teorías de la prevención general negativa, que el destinatario de las normas no debe ser tratado como un súbdito sino como un ciudadano libre, responsable, poseedor de la máxima dignidad que le habilita sujeto político participante en el discurso político y en los procesos legislativos de creación de las normas.

²⁰ MIR PUIG, *Parte General*, 2016, p. 89 ss.

²¹ Véase, por todos, PAWLIK, Michael, *Der Terrorist und sein Recht. Zur rechtstheoretischen Einordnung des modernen Terrorismus*, Beck, München, 2008, pp. 11 y 12 (hay traducción al castellano de BACIGALUPO, Enrique, «El terrorista y su Derecho: sobre la

En efecto en el acto de terrorismo el menosprecio de la norma —y del sistema— que el autor expresa con su comportamiento delictivo debe convertir su reverso en el nuevo programa «resocializador» en el que la clave de progresiva reinserción apunta a presupuestos en que parece que se deberá demostrar una suerte de re-afirmación de la vigencia de la norma: o, con otras palabras, en una (re)conversión que ponga al condenado en línea con quienes respetan las normas. Piénsese en el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LO 1/1979) que introduce las exigencias de satisfacción de responsabilidad civil, signos de abandono de fines y medios terroristas, colaboración activa con las autoridades y su eventual comprobación vía declaración expresa de repudio de la violencia, petición de perdón a las víctimas, desvinculación de la organización y su entorno. No es aquí necesario profundizar en el detalle de la regulación de esta constelación de casos²² sino que debe bastar como ejemplo —en expansión a otras constelaciones de casos— en el que se hace visible un aterrizaje de elementos o requisitos que hacen pasar a primer plano aspectos simbólico-comunicativos que evocan la necesidad de conciliar la ejecución con su dimensión expresiva y de reafirmación de la vigencia de la norma.

Reconocer la «sobre-presencia» de la dimensión comunicativa, expresiva o simbólica en la reacción legislativa no implica respaldarla ni aceptar su legitimidad. Al contrario, una cabal apuesta por la prevención general positiva implica también señalar límites normativos que contribuyan a evitar que una tal opción se convierta en intrusiva y lesiva de derechos fundamentales²³. Y ello pasa, en primer lugar, por dotar de contenido al principio de reinserción de conformidad con la imagen normativa de ciudadano. Van Zyl/Snacken en su monografía de referencia sobre el derecho penitenciario europeo ya avanzan en esta línea cuando

posición teórico-jurídica del terrorista moderno», *Circunstancia 16 (2008)*, pp. 1-28) disecionando adecuadamente las particularidades del fenómeno del terrorismo cuando señala que por muy cínico que pueda parecer el terrorismo no es sino una estrategia de comunicación. Precisamente por las características propias de este tipo de criminalidad y su vocación nítidamente comunicativa, se exacerba en su combate contraterrorista por parte del Estado una aproximación que, a mi juicio, va más allá de la voluntad meramente inocuidadora cayendo en la tentación de afirmar la vigencia de la norma y la legitimación del sistema frente a quienes lo impugnan de forma directa con sus acciones.

²² Véase para un estudio actualizado en detalle LANDA, *Prisión*, 2015, p. 13 ss. y *passim*, con ulteriores referencias; y, también, DEL MISMO, «Prisión permanente revisable, prisión de muy larga duración, terrorismo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015 (Dir. LANDA GOROSTIZA, J./Coords. GARRO CARRERA, Enara; ORTUBAY FUENTES, Miren)*, IISJ Oñati/Dykinson, Madrid, 2016, *passim*.

²³ MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y Teoría del Delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Bosch, Barcelona, 2.^a ed., 1982, pp. 31 y 32, insistiendo en la idea de la función limitadora de la prevención general positiva y a renglón seguido en el rechazo de su utilización para internalizar valores y lograr la adhesión interna coactiva y moralizante.

proponen la necesidad de concebir a la persona presa precisamente como un ciudadano (*Rechtsburger*), no en el sentido de miembro de un Estado nacional, sino en relación a destacar su capacidad y necesidad de participación en los asuntos legales con la posibilidad de que se le apliquen principios y valores jurídicos en un proceso discursivo en el que prevalezca la fe en argumentos racionales. Un tal proceso debería permitir también en el espacio de internamiento, el juego de demandas y contraargumentos a ser dirimidas frente a una autoridad independiente²⁴. Los autores citados aluden a la «ciudadanía jurídica»²⁵ como estatus posibilitador de un clima o ambiente que permita la autonomía de los presos y el reconocimiento correlativo por parte de las autoridades de su condición de persona titular de derechos fundamentales.

Se está aludiendo en realidad al preso-ciudadano como imagen normativa de un sujeto que debe experimentar, idealmente, durante su estancia en prisión, una relación sujeta en todo momento a Derecho de tal forma que ésta le sirva de ejercicio de ciudadanía en un Estado sometido al imperio de la ley: literalmente un Estado de Derecho (*Rechtsstaat, Rule of Law*). La Ley, el Derecho, gobiernan la prisión y por ello deben venir así en auxilio del preso, la parte más débil en la relación penitenciaria, y protegerlo día a día para evitar abusos de poder²⁶. En concreto dicho estatus jurídico del preso, desde una óptica interna de su vida privada de libertad, debe nutrirse de derechos materiales, derechos procesales e información precisa sobre dichos derechos. Respecto de los derechos materiales resulta esencial reconocer que la pérdida de libertad que arrostra la pena de prisión entraña tendencialmente otras pérdidas de derechos que deben ser compensadas con una actitud no ya vigilante —pasiva— sino proactiva²⁷ de las autoridades para evitar ulteriores efectos desocializadores²⁸.

Las referencias a la imagen normativa del preso deberían acompañarse, a su vez, de una elevación del estándar normativo y de una mejora de su operatividad en la fase de la ejecución penitenciaria. Partir de la prevención general positiva en absoluto se opone a reconocer a la prevención especial su compatibilidad con aquella, si bien cumpliendo

²⁴ VAN ZYL SMIT, Dirk/SNACKEN, Sonja, *Principles of European Prison Law and Policy. Penology and Human Rights*, OUP, Oxford, 2011, p. 69 ss. [existe traducción al castellano coordinada por Antonio Muñoz Aunión *Principios de Derechos y Política Penitenciaria Europea. Penología y Derechos Humanos*, tirant lo blanch, Valencia, 2013, p. 123 ss.].

²⁵ VAN ZYL SMIT/SNACKEN, *Principios*, 2013, p. 124.

²⁶ VAN ZYL SMIT/SNACKEN, *Principles*, 2011, p. 70.

²⁷ Véase infra Apartado III.1.3., en donde, al hilo de análisis del Caso MURRAY c. Países Bajos 2016, se constata la incursión del TEDH en demandas de actuación proactiva del Estado (obligaciones positivas de derechos humanos) en punto a la necesidad de oferta de programas favorecedores de la reinserción. Véase también MEIJER, Sonja, «Rehabilitation as a Positive Obligation», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 25 (2017), p. 145 ss.

²⁸ VAN ZYL SMIT/SNACKEN, *Principles*, 2011, p. 71 y 72.

tareas complementarias tanto en la determinación de la pena como en la fase de ejecución²⁹. Pero aquí interesa, no obstante, el papel preciso que debería tener la prevención especial en la fase de ejecución y no en momentos previos de conminación penal o de imposición del castigo: se da por supuesto que el sí de la pena y su duración se determina por criterios ajenos a —que no incompatibles con— la prevención especial pero que ésta debe jugar un papel especialmente intenso en la ejecución y, en particular, en los casos de penas de prisión de larga duración y, al extremo, en la prisión perpetua.

Sentado lo precedente hay una segunda línea argumental, más allá de dotar de contenido a la imagen normativa del preso ciudadano, que se puede hacer derivar de esta última: la reinserción no debe ser «uno más» de los fines que deben regir la ejecución penitenciaria. La reinserción debe ser el criterio rector, preponderante y decisivo. A diferencia del momento legislativo o del de determinación e imposición de la pena en sentencia, en su fase de ejecución penitenciaria todos los esfuerzos deben dirigirse a lograr la reinserción. No será el fin único. Pero sí el criterio rector y principal que permita ir actualizando el balance de necesidades preventivo especiales, generales y retributivas de manera que la progresión en su pronóstico facilite ir dulcificando los regímenes de cumplimiento hacia mayores cotas de libertad. Esta idea ya se avanzaba en una investigación previa³⁰ pero ahora corresponde ahondar en ella y para tal fin en los apartados que siguen se busca acumular argumentos y modelos de derecho comparado o internacional que puedan avalarla.

II. Apuntes de derecho comparado

Algunos países de referencia como Alemania presentan modelos de ejecución penitenciaria en los que prima el principio de reinserción en la fase de ejecución de la pena. Y por «primar» debe entenderse que el modelo se rodea de un conjunto de sub-principios o garantías que bloquean la posibilidad de que eventuales progresos de reinserción del preso se puedan relativizar ante consideraciones de prevención general o de índole retributiva hasta el punto de que éstas pudieran bloquear el progreso hacia regímenes de semi-libertad. Veamos primeramente, de forma necesariamente sintética, algunas de las claves del sistema alemán. A continuación se contrastará tal modelo con el del derecho penal internacional tal y como se refleja en el Estatuto de Roma 1998³¹.

²⁹ FEIJOO, *Retribución*, 2007, p. 727 ss. y conclusivamente p. 735.

³⁰ LANDA, *Prisión*, 2015, p. 31 ss.

³¹ Estatuto de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998. Instrumento de Ratificación del Estatuto de Roma publicado en el BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2002, pp. 18824-18860 (en lo sucesivo *Estatuto de Roma*).

II.1. El modelo alemán

En Alemania, como es conocido, se prevé en el catálogo de penas la prisión perpetua (*lebenslange*: «para toda la vida» biológica)³². Más allá de su previsión nominal como pena a ser impuesta como preceptiva —en la práctica, sin embargo, potestativa³³ o alternativa³⁴, se trata de una prisión perpetua con posible acceso a la libertad condicional según un procedimiento jurídicamente reglado³⁵ y es, por tanto, en la regulación legal de dicha eventual liberación de quien fuera reo de esta pena donde se juega su alcance real. Por ello son los requisitos que se contienen en el párrafo 57a del Código penal germano (StGB) relativo a la «suspensión del resto de la condena» (*Aussetzung des Strafrestes*) los que establecen la base para articular la revisión de las penas privativas de libertad durante toda la vida.

Es necesario recordar que esta regulación nace por ley de modificación del Código penal alemán de 1981³⁶ a resultas de la sentencia de 21 de junio de 1977 del Tribunal Constitucional de aquel país, en la que se analiza la compatibilidad de la pena perpetua con el artículo 1 de la Ley Fundamental (*Grundgesetz*) de Bonn que entroniza la dignidad humana como piedra de toque del conjunto de ordenamiento jurídico. El tribunal de garantías germano declara que no es incompatible la existencia de una pena de prisión a perpetuidad con la Constitución siempre que ésta esté regulada de tal manera que mantenga una expectativa de libe-

³² De conformidad con el párrafo 38 de Código penal alemán (*StGB*) la pena privativa de libertad es temporalmente determinada (*zeitig*) excepto cuando sea la propia ley la que determine prisión a perpetuidad (*lebenslange Freiheitsstrafe*). Véase sólo entre nosotros ROIG TORRES, Margarita, *La cadena perpetua en el derecho alemán y británico. La prisión permanente revisable*, Iustel, Madrid, 2016, p. 27 ss., con un resumen de la normativa alemana en la materia.

³³ En efecto, en la práctica, incluso la pena perpetua que debe ser impuesta por ley de manera preceptiva («absoluta»), ha acabado por tornarse potestativa por mor de la evolución jurisprudencial especialmente de control de constitucionalidad. Véase ALBRECHT, Hans-Jörg, «Sentencing in Germany: explaining long-term stability in the structure of criminal sanctions and sentencing», *Law and Contemporary Problems* 2013 (Vol. 76, núm. 1), pp. 226 y 227.

³⁴ Un actualizado repaso al respecto con datos empíricos en DESSECKER, Axel, *Die Vollstreckung lebenslanger Freiheitsstrafen. Dauer und Gründe der Beendigung im Jahr 2014*, Elektronische Schriftenreihe der Kriminologischen Zentralstelle e.V. (KrimZ), Band 5, Eigenverlag Kriminologische Zentralstelle e.V., Wiesbaden, 2016, p. 1 ss.

³⁵ Dentro de la clasificación conceptual de diferentes tipos de prisión perpetua se encuentra aquella que contempla mecanismos de liberación condicional en sus diferentes ramificaciones como, por ejemplo, es el caso de Alemania. Véase al respecto sobre el conjunto de modalidades de prisión perpetua VAN ZYL SMIT, Dirk/APPLETON, Catherine/BENFORD, Georgie, «Introduction», *Life Imprisonment and Human Rights* (VAN ZYL SMIT, Dirk/APPLETON, Catherine ed.), Oñati International Series in Law and Society, HART/Bloombsbury, Oxford/London/Portland, Oregon, 2016, pp. 2 y 3.

³⁶ Véase por todos FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, Beck, München, 62. Auflage, 2015, párrafo 57a, apartado 1.

ración. Encerrar a una persona de por vida sin que exista la posibilidad de alcanzar algún día la liberación condicional es negar de forma radical su condición de persona por cuanto implícitamente se niega también su posibilidad de cambio y mejora. La expectativa de liberación no es un derecho subjetivo a obtenerla pero, al menos, debe haber una ventana de esperanza a futuro. Y es que el ser humano, también el condenado de por vida, debe ser tratado antropológicamente como susceptible de enmienda y negar tal posibilidad de forma absoluta supone desconocer su humanidad, su dignidad como persona³⁷.

La sentencia del Tribunal Constitucional alemán terminó así por interrumpir la práctica hasta ese momento habitual y que anudaba a la ejecución de la prisión perpetua la concesión —o no— del indulto por parte del ejecutivo como mecanismo, aunque excepcional, normalizado de liberación. Como indica Kett-straub se sustituye ese recurso único al derecho de gracia y se incorpora el actual párrafo 57a StGB con un procedimiento judicial de liberación reglado normativamente de la forma que a continuación se pasa a exponer³⁸.

En concreto los requisitos principales para acceder a la libertad condicional del resto de la pena perpetua son esencialmente cuatro³⁹: dos específicos de esta pena y otros dos comunes a la regulación general de la institución de la suspensión. En efecto, en primer lugar, se requiere un período mínimo de cumplimiento de pena de 15 años; en segundo lugar, no debe ser procedente la continuación de la ejecución debido a que concurra una «culpabilidad especialmente grave» (*besondere Schwere der Schuld*); y, además, deben darse otros requisitos generales a toda suspensión del resto de penas de prisión determinadas, a saber, que tal suspensión resulte asumible desde el punto de vista de la protección de la seguridad de la sociedad⁴⁰ y, finalmente, preste el condenado su consentimiento⁴¹.

³⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre la prisión perpetua de 21 de Junio de 1977 que puede consultarse en el recopilatorio de sentencias de este tribunal, MITGLIEDERN DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS (Hg.), *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 45 Band, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1978, pp. 238 y 239.

³⁸ KETT-STRAUB, Gabriele, *Die lebenslange Freiheitsstrafe. Legitimation, Praxis, Strafrestaussetzung und besondere Schwere der Schuld*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, p. 118 ss.; DEL MISMO, «Auch Terroristen haben einen Rechtsanspruch auf Freiheit. Die Aussetzung der Reststrafe in Mordfällen mit besonderer Schuldschwere», *Goldammer's Archiv für Strafrecht* GA 2007, p. 336 ss.

³⁹ MEIER, Bernd-Dieter, *Strafrechtliche Sanktionen*, Springer, Heidelberg/Dordrecht/London/New York, 4. Auflage, 2015, p. 144.

⁴⁰ Por todos, STRENG, Franz, *Strafrechtliche Sanktionen. Die Strafzumessung und ihre Grundlagen*, Kohlhammer, Stuttgart, 3. Auflage, 2012, p. 149 y 136.

⁴¹ Sobre la crítica mayoritaria de la doctrina contra este último requisito véase, por todos, KETT-STRAUB, *Auch Terroristen*, 2007, p. 339 ss. Apunta sin embargo DESSECKER, Axel, «Constitutional Limits on Life Imprisonment and Post-Sentence Preventive Detention in Germany», *Life Imprisonment and Human Rights* (VAN ZYL SMIT, Dirk/APPLETON,

Estos requisitos generales ya dibujan un doble régimen de revisión de la prisión perpetua: un régimen general y otro en el que concurren casos de especial gravedad («culpabilidad especialmente grave»). En ambos, una vez pasado un periodo mínimo de cumplimiento efectivo de prisión, se revela una predominancia de aspectos preventivo-especiales a la hora de identificar el criterio rector sobre cuya base se confirman o rechazan las revisiones para liberar al reo.

En efecto, el régimen general de regulación de la prisión perpetua se activa a los 15 años como periodo mínimo preceptivo y no cancelable. En la práctica cuando quedan unos dos años para el cumplimiento de los 15 años se activa la revisión para comprobar, en primer lugar, que no tratándose de un caso de culpabilidad más grave, no existe tampoco un pronóstico de peligrosidad que pudiera poner en riesgo a la comunidad si el reo fuera liberado. Con un pronóstico positivo, si el reo consiente, en dos años —a los quince— se concederá la liberación condicional⁴².

Tal y como se deriva del proceso legislativo de introducción del actual parágrafo 57a StGB⁴³, se discutió si además de lo ya señalado debía haberse incluido un requisito específico que atendiera a consideraciones de prevención general tal y como está, por ejemplo, contemplado en el caso de suspensiones (*Strafausssetzung*) de la condena de prisión determinada de seis meses o superior (parágrafo 56.4 StGB) que exige, preceptivamente, que no se conceda tal suspensión «si fuera necesario para defender el ordenamiento jurídico» (*Verteidigung der Rechtsordnung*)⁴⁴. Tiene plena coherencia que al momento de haberse impuesto la pena e inmediatamente tener que decidir si procede o no el ingreso en prisión, deban atenderse también consideraciones de prevención general incluso en casos de periodos tan breves de prisión como seis meses. Sin embargo, en un momento ulterior, en que ya se ha ingresado en el centro penitenciario y se ha cumplido una parte de la pena de forma efectiva, al analizarse si se debe «suspender el resto» (*Strafaussetzung des Strafrestes*) decae tal requisito. Parece razonable que con un periodo mínimo cumplido se pueden dar por satisfechas las pretensiones legítimas, necesarias e indispensables de prevención general al tiempo que aquella parte retributiva de la pena que ya permite que sean puras consideraciones de prevención especial —pronóstico de peligrosidad en forma de «cláusula de

Catherine ed.), *Oñati International Series in Law and Society*, HART/Bloomsbury, Oxford/London/Portland, Oregon, 2016, p. 416, que, si bien en las penas determinadas puede que el condenado prefiera esperar en prisión hasta el final del cumplimiento para evitar una supervisión en la comunidad que pudiera ir más allá del periodo temporal de prisión, en el caso de la pena perpetua, como va de suyo tal supervisión, el reo optará mayoritariamente por aspirar a la liberación condicional tan pronto como sea posible.

⁴² DÜNKEL, Frieder, «§57a StGB», *NomosKommentar* (ed. KINDHÄUSER, Urs/NEUMANN, Ulfrid/PAEFFGEN, Hans-Ullrich), Nomos, Baden-Baden, 4. Auflage, 2013, p. 2155.

⁴³ KETT-STRAUB, *Die lebenslange Freiheitsstrafe*, 2011, p. 102 ss.

⁴⁴ KETT-STRAUB, *Die lebenslange Freiheitsstrafe*, 2011, p. 104 ss.

responsabilidad»⁴⁵— las que informen la base decisoria para la libertad condicional. Y así este mecanismo que se aplica a las penas determinadas (parágrafo 75 y ss. StGB), se impuso también al propio régimen general de revisión de la pena perpetua (57a StGB) en el que tras el debate legislativo no se introdujo la necesidad de contraste con la mencionada «defensa del orden jurídico».

Con el esquema señalado no debería sorprender que sea el juez de ejecución —no el tribunal sentenciador— quien evalúa, normalmente —como decíamos— en torno a dos años antes de cumplirse los 15 del periodo mínimo, si un tal pronóstico debe posibilitar la liberación condicional. Pues el juez de ejecución está en una posición mejor que el sentenciador para considerar las circunstancias del preso en cuestión a la hora de formarse un juicio de pronóstico. Por ello no puede sino alabarse que fuera nuevamente el Tribunal Constitucional alemán quien en un fallo de 1992⁴⁶ asentara definitivamente este reparto competencial entre tribunal sentenciador y juez de ejecución.

En síntesis, el esquema básico expuesto —periodo de 15 años más pronóstico de reinserción— conforman el modelo de ejecución penitenciaria del régimen general de liberación condicional pero, como indicábamos ya antes, hay otro régimen más especial que filtra los casos más graves de pena perpetua, los «graves entre los graves»: los de «culpabilidad especialmente grave».

Este régimen excepcional representa otro compromiso legislativo al momento de introducirse el parágrafo 57a StGB⁴⁷. Había algunos estados federados alemanes que pretendían que el periodo mínimo de cumplimiento fuera no de 15 años sino de 20⁴⁸. Bien es cierto que el diseño que finalmente se impuso como elemento de cierre del sistema de penas fue de 15 años que es precisamente el máximo de duración que puede tener una pena privativa de libertad determinada (parágrafo

⁴⁵ Como tiende a identificarse este requisito en la doctrina alemana. Véase, por todos, STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, 2012, p. 136.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 3 de Junio de 1992. Véase en detalle DÜNKEL, *Nomoskommentar*, 2013, p. 2513 ss.; también KETT-STRAUB, *Die lebenslange Freiheitsstrafe*, 2011, p. 107 ss.

⁴⁷ Fórmula de compromiso muy criticada por la doctrina desde el mismo momento en que se introdujo. Véase al respecto, en detalle, STRENG, Franz, «Besonders Schwer» in Relation wozu? §57 a I. S.1 Nr. 2 StGB», *Juristen Zeitung* 1995, pp. 556 ss.; también DUTTGE, Gunnar, «Zur Problematik der Schuldschwereklausele des §57 a StGB», *Festschrift für Ulrich Eisenberg*, Beck, München, 2009, p. 271 s.; recientemente, más centrado en cuestiones competenciales, CZERNER, Frank, «Die Schuldschwere-Feststellung in §57 a I. Nr. 2 StGB als kumulative Aufgabe von Schwurgericht und Vollstreckungsgericht bei Strafaussetzung einer lebenslangen Freiheitsstrafe wegen Mordes?», *Kriminologie-Kriminalpolitik-Strafrecht. Festschrift für Hans-Jürgen Kerner zum 70. Geburtstag* (BOERS, Klaus/FELTES, Thomas/KINZIG, Jörg/SHERMAN, Lawrence W./STRENG, Franz/TRÜG, Gerson Hg.), Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, p. 547 ss.

⁴⁸ DÜNKEL, *Nomoskommentar*, 2013, p. 2145.

38.2 StGB)⁴⁹. Pero buscando esa fórmula de compromiso se introdujo el requisito de que, en determinados casos, se pueda imponer por el tribunal sentenciador la consideración de que los hechos representan una «culpabilidad especialmente grave» lo que determinará que el juez de ejecución cuando vaya a revisar la pena perpetua que se acerca al umbral de los 15 años cumplidos valorará si conviene imponer un periodo de cumplimiento superior lo cual incrementará dicho periodo mínimo entre un año y cinco más y, excepcionalmente, incluso por encima⁵⁰. En casos de especial gravedad, por tanto, el periodo mínimo se tiende a prolongar más allá de los 15 años y se refleja en la revisión de la pena perpetua «el brazo alargado» de la mención en condena impuesta de que una culpabilidad especialmente grave pesará también para valorar ulteriormente la liberación condicional. Aquí se rompe, parcialmente, la lógica de apoyar la liberación condicional en un periodo mínimo de cumplimiento y el pronóstico de peligrosidad para incorporar también consideraciones retributivas de gravedad de los hechos con exclusión, en todo caso, de elementos preventivo-generales (defensa del orden jurídico). Ahora bien, esa reevaluación, actualización, del componente retributivo se agota una vez más con la nueva decisión que fijará el juez de ejecución al imponer un nuevo periodo de cumplimiento sobre el que recaerá el esquema general visto en las nuevas revisiones del mismo que tengan lugar ulteriormente.

Es momento de recapitular: en Alemania como vemos rige una separación —y toma en consideración— «consecuente» de los fines de la pena según se trate del momento de imposición de la pena (en que caben consideraciones retributivas y de prevención general y especial) o de su ejecución penitenciaria de tal manera que, en esta última, existe una orientación hacia la resocialización como fin principal⁵¹. La mencionada separación es «consecuente» porque de la misma se deriva una prolija y detallada doctrina, muy influenciada en su devenir histórico por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, que determina una depuración de las argumentaciones que rigen las instituciones de la ejecución penitenciaria en línea de principio con el mencionado punto de partida⁵². Y ello, como hemos visto, se mantiene incluso en los casos de revisión de la pena perpetua: de forma evidente en el régimen

⁴⁹ DESSECKER, *Constitutional Limits*, 2016, p. 411 ss.

⁵⁰ Por todos DESSECKER, *Die Vollstreckung*, 2016, p. 17 ss.; también DÜNKEL, *Nomoskommentar*, 2013, p. 2162.

⁵¹ Véase, por todos, como principio general, NEUBACHER, Frank, «B. Vollzugsgrundsätze», *Strafvollzugsgesetze* (LAUBENTHAL, Klaus/NESTLER, Nina/NEUBACHER, Frank/VERREL, Torsten), Beck, München, 12. Auflage, 2015, p. 44 (párrafo 45), con ulteriores referencias.

⁵² Véase una visión de conjunto del estado de la interpretación de la ejecución de la pena perpetua alemana en particular en lo que corresponde a la suspensión condicional del resto de la misma, por todos, STREE, Walter/KINZIG, Jörg, «§57a, b», *Strafgesetzbuch* (SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst), Beck, München, 29. Auflage, 2014, *passim*, con ulteriores referencias.

general y de forma menos clara —pero identificable— en el régimen excepcional de culpabilidad más grave. La pena perpetua alemana, por tanto, se ve rodeada de un diseño jurídico que le permite flexibilidad al poderse imponer de manera potestativa en su práctica aplicativa; le permite también una buena coordinación con las penas determinadas a las que corona como elemento de cierre del sistema empezando su periodo mínimo de cumplimiento allí donde se fija el tope de una pena privativa de libertad de tiempo tasado; le permite articular dos regímenes de prisión perpetua que no se proyecta *ad hoc* sobre grupos de delitos sino, universalmente, sobre gravedad de los hechos y que, de cualquier manera, pivota sobre periodos de cumplimiento mínimo entre 15 y 20 años⁵³ a los que acaba por imponerse, después de su cumplimiento, un mecanismo de revisión esencialmente preventivo-especial ponderado por los jueces de ejecución. No presenta, por último, complejidades añadidas en materia de concursos pues la acumulación de penas —incluso perpetuas— desembocan en expedientes de ejecución unificados en los que los topes señalados no se alteran⁵⁴. Tampoco lastra el sistema una regulación detallista de las fases de preparación del tercer grado o de otros beneficios penitenciarios⁵⁵. Finalmente, al mecanismo reglado jurídicamente con control judicial que representa el párrafo 57a StGB ya expuesto, se la añade la posibilidad de petición de gracia cuyo ejercicio por el ejecutivo podría recoger otras consideraciones como arrepentimiento, perdón, actitud ante las víctimas, etc., que lejos de operar como elementos oclusivos de la liberación («presupuestos obstáculo») podría informar en su caso elementos premiales en beneficio del reo⁵⁶.

Y este sistema parece sostenible⁵⁷ en un país de 80 millones de habitantes con una fenomenología criminal de gravedad en la que después de décadas de vigencia de la prisión perpetua hay en torno a 100 condenas anuales y unas 2000 personas encarceladas cumpliendo la misma⁵⁸.

⁵³ Ya indicábamos previamente que con excepciones incluso extremas. Por ejemplo véase la decisión del Tribunal Constitucional alemán del 21 de diciembre de 1994 en que se considera una tarifa de cumplimiento mínimo de 38 años para un caso de especial gravedad de la culpabilidad. Fallo disponible en *Neue Juristische Wochenschrift* 1995, p. 3244 ss.

⁵⁴ Véase DÜNKEL, Frieder, «§57b StGB», *NomosKommentar* (ed. KINDHÄUSER, Urs/NEUMANN, Ulfrid/PAEFFGEN, Hans-Ullrich), Nomos, Baden-Baden, 2013, 4. Auflage, p. 2169 ss., con ulteriores reenvíos normativos y referencias.

⁵⁵ DÜNKEL, *NomosKommentar*, 2013, p. 2155 ss.

⁵⁶ KETT-STRAUB, *Auch Terroristen*, 2007, p. 344 ss.

⁵⁷ Muy convincente con datos y argumentos ALBRECHT, *Sentencing*, 2013, *passim*.

⁵⁸ Véase, DESSECKER, *Constitutional Limits*, 2016, p. 412 apunta además el dato de que a 31 de marzo de 2014 había 1953 condenados a pena perpetua en las cárceles alemanas; también DESSECKER, *Die Vollstreckung*, 2016, p. 4 ss., que constata una media de unos 2000 condenados en prisión año tras año en las últimas décadas representando un 3 por ciento del total de la población penitenciaria; también DÜNKEL, *Nomoskommentar*, 2013, p. 2162 ss.

Visto este primer término de comparación tornemos ahora la mirada a otro modelo, el del Estatuto de Roma, que, como veremos, presenta al mismo tiempo similitudes con la regulación española vigente, pero también una mayor flexibilidad, lo que garantiza un cierto equilibrio y valoración positiva de conjunto.

II.2. *El derecho penal internacional: Estatuto de Roma*

Como es conocido el derecho penal internacional es una disciplina emergente de gran complejidad técnica en la que no sólo deben tenerse en cuenta tribunales internacionales —puros o mixtos— sino también la actividad de aplicación de este cuerpo normativo por vía de las diferentes jurisdicciones domésticas incluida, muy particularmente, la que posibilita la jurisdicción universal⁵⁹. En su complejidad de fuentes y sub-modelos destaca, sin embargo, el Estatuto de Roma 1998 como un punto de referencia⁶⁰ que por prever entre sus penas la perpetua y tener una precisa regulación de su ejecución, bien puede ser tomado como objeto de análisis en esta contribución. Máxime cuando, como podrá observarse a continuación, ofrece un modelo de regulación de la ejecución y revisión de esta pena en el que parece haberse inspirado el legislador español o con el que, al menos, se identifican ciertos rasgos comunes y paralelismos.

En efecto, en la parte séptima, correspondiente a la regulación de las penas, y de conformidad con el artículo 77 del Estatuto de Roma se pueden imponer, como máximo, una prisión determinada de hasta 30 años o la reclusión a perpetuidad atendiendo a la «extrema gravedad del crimen y [a] las circunstancias personales del condenado»⁶¹. Conviene, sin

⁵⁹ CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford, 2nd ed., 2008, p. 4 ss., insistiendo en el carácter emergente, complejo y en continua evolución de esta disciplina; también, entre nosotros, por todos, destacan adecuadamente la característica complejidad del derecho penal internacional («sistema complejo») GIL GIL, Alicia/MACULAN, Elena, «Capítulo I Qué es el derecho penal internacional», *Derecho penal Internacional* (GIL GIL, Alicia/MACULAN, Elena Dirs.), Dykinson, Madrid, 2016, pp. 48, 49 y 37 ss.; y OLLÉ SESÉ, Manuel, «Capítulo VI La aplicación del derecho penal internacional por los tribunales nacionales», *Derecho penal Internacional* (GIL GIL, Alicia/MACULAN, Elena Dirs.), Dykinson, Madrid, 2016, p. 129 ss.

⁶⁰ CASSESE, *International*, 2008, p. 14, advierte con acierto sobre el riesgo de enfatizar más allá de lo razonable el Estatuto de Roma dentro de la complejidad del sistema de fuentes que nutren esta disciplina. GIL GIL/MACULAN, *Capítulo I*, 2016, p. 48 subrayan, sin embargo, oportunamente su particular posición como único Tribunal Internacional permanente y con vocación universal.

⁶¹ Artículo 77 Penas aplicables (Estatuto de Roma):

«1. 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 30 años; o

embargo, poner de manifiesto que la regulación deja margen de manobra al juez para decidir cuándo imponer dicha prisión perpetua sin que opere de forma preceptiva y automática ligada a un determinado tipo de delito. Aquí se manifiesta un primer rasgo de flexibilidad de este modelo de regulación potestativa («La Corte podrá...») que parece adecuado para poder filtrar de entre los diversos delitos de genocidio, crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, aquéllos que revelan una gravedad aún mayor —extrema— como criterio retributivo aparentemente rector al que debe acompañar una ponderación de otros fines de la pena (prevención general y especial).

Pero más allá del momento de imposición de la pena perpetua en el que todos los parámetros penológicos (retributivos, preventivos...) pueden ser objeto de valoración, la regulación también establece mecanismos de revisión en fase de ejecución penitenciaria en que se tasa de forma más detallada el conjunto de criterios que deben operar con garantías adicionales. En primer lugar, no existen especialidades agravatorias por acumulación delictiva. Cuando una persona haya sido condenada por más de un crimen, aunque formalmente se impondrá una pena por cada uno de ellos, luego se deberá especificar una única pena común que refleje, en el caso de las determinadas, la duración de la prisión nunca más allá de 30 años; y, en el caso de la perpetua, estableciendo una única pena a ejecutar⁶².

b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.

2. Además de la reclusión, la Corte podrá imponer:

a) Una multa con arreglo a los criterios enunciados en las Reglas de Procedimiento y Prueba;

b) El decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.»

Véase, también para las ulteriores referencias normativas del texto, BELTRÁN MONTOLIÚ, Ana, «Capítulo XIX El proceso ante la Corte Penal Internacional», *Derecho penal Internacional* (GIL GIL, Alicia/MACULAN, Elena Dirs.), Dykinson, Madrid, 2016, p. 449 ss.

⁶² Artículo 78 Imposición de la pena (Estatuto de Roma):

«1. Al imponer una pena, la Corte tendrá en cuenta, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, factores tales como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.

2. La Corte, al imponer una pena de reclusión, abonará el tiempo que, por orden suya, haya estado detenido el condenado. La Corte podrá abonar cualquier otro período de detención cumplido en relación con la conducta constitutiva del delito.

3. Cuando una persona haya sido declarada culpable de más de un crimen, la Corte impondrá una pena para cada uno de ellos y una pena común en la que se especifique la duración total de la reclusión. La pena no será inferior a la más alta de cada una de las penas impuestas y no excederá de 30 años de reclusión o de una pena de reclusión a perpetuidad de conformidad con el párrafo 1 b) del artículo 77.

(...).

En la misma línea por tanto que ya veíamos respecto del modelo alemán. Véase *supra* apartado II.1.

A pesar, por tanto, de que a diferencia del régimen español, la pena perpetua, conforme al Estatuto de Roma, sea, en primer lugar, potestativa en su imposición, y haya, en segundo lugar, unidad de expediente de ejecución sin regímenes especiales por acumulación delictiva, existen algunas similitudes con el Código Penal de 1995, respecto del plazo y de los criterios que se sugieren para el mecanismo de revisión.

PLAZO. Como primera similitud, aunque la referencia general para una eventual reducción de la pena es el transcurso de dos terceras partes de la prisión determinada, en el caso que nos ocupa de la pena perpetua se establece un único plazo preceptivo e irreversible de revisión a los 25 años⁶³. Será la sala de apelaciones de la Corte penal internacional⁶⁴ la

⁶³ Artículo 110 Examen de una reducción de la pena (Estatuto de Roma):

«1. El Estado de ejecución no pondrá en libertad al recluso antes de que haya cumplido la pena impuesta por la Corte.

2. Sólo la Corte podrá decidir la reducción de la pena y se pronunciará al respecto después de escuchar al recluso.

3. Cuando el recluso haya cumplido las dos terceras partes de la pena o 25 años de prisión en caso de cadena perpetua, la Corte examinará la pena para determinar si ésta puede reducirse. El examen no se llevará a cabo antes de cumplidos esos plazos.(...)».

⁶⁴ Véase la Regla 224 del documento «Reglas de procedimiento y prueba» que regula el procedimiento para el examen de una reducción de la pena señalando que:

«1. A los efectos de la aplicación del párrafo 3 del artículo 110, tres magistrados de la Sala de Apelaciones nombrados por esa Sala celebrarán una audiencia, a menos que, por razones excepcionales decidan otra cosa en un caso determinado. La audiencia se realizará en presencia del condenado, que podrá comparecer asistido de su abogado, y con servicios de interpretación si fuese necesario. Los tres magistrados invitarán a participar en la audiencia o a presentar observaciones por escrito al Fiscal, al Estado de ejecución de una pena impuesta con arreglo al artículo 77 o una orden de reparación dictada con arreglo al artículo 75 y, en la medida de lo posible, a las víctimas o sus representantes legales que hayan participado en las actuaciones. En circunstancias excepcionales, la audiencia podrá realizarse por medio de una conferencia de vídeo o, en el Estado de ejecución, por un juez delegado por la Sala de Apelaciones de la Corte.

2. Los mismos tres magistrados comunicarán lo antes posible la decisión y sus fundamentos a quienes hayan participado en la audiencia de examen.

3. A los efectos de la aplicación del párrafo 5 del artículo 110, tres magistrados de la Sala de Apelaciones nombrados por esa Sala examinarán la cuestión de la reducción de la pena cada tres años, a menos que indiquen un intervalo más breve en la decisión que adopten de conformidad con el párrafo 3 del artículo 110. De producirse un cambio significativo en las circunstancias, esos tres magistrados podrán autorizar al condenado a pedir una revisión dentro de los tres años o del período más breve que hayan fijado.

4. A los efectos de una revisión con arreglo al párrafo 5 del artículo 110, tres magistrados de la Sala de Apelaciones nombrados por esa Sala invitarán a que formulen observaciones escritas el condenado o su abogado, el Fiscal, el Estado de ejecución de una pena impuesta con arreglo al artículo 77 o una orden de reparación dictada con arreglo al artículo 75, y, en la medida de lo posible, las víctimas o sus representantes legales que hayan participado en las actuaciones. Los tres magistrados podrán decidir además que se celebre una audiencia.

5. La decisión y sus razones serán comunicadas lo antes posible a quienes hayan participado en el procedimiento de examen.»

competente para revisar la eventual reducción sin que entre dentro de su margen de apreciación la posibilidad de adelantar la fecha de la misma. Se refleja así el estándar emergente en derecho internacional de los derechos humanos en materia penitenciaria de establecer el plazo de garantía para una revisión efectiva en torno a los 25 años⁶⁵.

CRITERIOS. Cumplido el plazo el propio artículo 110.4 del Estatuto de Roma establece una serie de criterios que deben informar la decisión al indicar que:

«(...) la Corte podrá reducir la pena si considera que concurren uno o más de los siguientes factores:

- a) Si el recluso ha manifestado desde el principio y de manera continua su voluntad de cooperar con la Corte en sus investigaciones y enjuiciamientos;
- b) Si el recluso ha facilitado de manera espontánea la ejecución de las decisiones y órdenes de la Corte en otros casos, en particular ayudando a ésta en la localización de los bienes sobre los que recaigan las multas, las órdenes de decomiso o de reparación que puedan usarse en beneficio de las víctimas; o
- c) Otros factores indicados en las Reglas de Procedimiento y Prueba que permitan determinar un cambio en las circunstancias suficientemente claro e importante como para justificar la reducción de la pena.»

Aquí se constata, aparentemente, otra similitud con la regulación española por la pluralidad de criterios mencionados. Pero en una mirada más atenta, resulta sin duda clave en esta regulación que los criterios no son cumulativos y eso introduce un alto grado de flexibilidad. Y es que el condenado puede ser tomado en consideración o bien desde la perspectiva de su cooperación con la Corte —sea facilitando su investigación o enjuiciamiento—; o bien por su actitud facilitadora («espontánea») y cumplidora de las decisiones de la Corte en particular las que tienen que ver con aspectos patrimoniales incluidas aquéllas que puedan afectar a las víctimas; o bien por otra serie de razones como la eventual «disociación» del crimen⁶⁶, su pronóstico favorable de reinserción, su potencial para generar inestabilidad social, sus acciones a favor de las víctimas o el impacto que en ellas y sus familias pudiera

⁶⁵ Caso Vinter c. Reino Unido 2013, apartados 120 y 59 ss.

⁶⁶ Para una toma de conciencia de las complejidades interpretativas del concepto véase sólo la interesante propuesta de SILKE, Andrew, «Disengagement or Deradicalization: A Look at Prison Programs for Jailed Terrorists», *CTC Sentinel January 2011 (Vol. 4 Issue 1)*, p. 18 ss., que analiza las eventuales implicaciones intrusivas (de-radicalización) de un tal requisito en el ámbito de los programas de tratamiento de índole contraterrorista.

tener la liberación y finalmente, otras «(...) circunstancias individuales del condenado, incluido el deterioro de su estado de salud física o mental o su edad avanzada.»⁶⁷.

Los criterios permiten, por tanto, que más allá de un pronóstico de peligrosidad criminal, sean susceptibles de precipitar una reducción de la pena perpetua otro tipo de comportamientos prosociales o de impacto en la comunidad y particularmente aquellos que pueden beneficiar a las víctimas sin excluir tampoco criterios humanitarios o de índole preventivo-general y retributivo («inestabilidad») y una clausula final de total apertura. El hecho, sin embargo, de que los criterios no operen como «presupuestos obstáculo» que se exigieran como requisitos *sine qua non* para obtener una revisión positiva⁶⁸, permite que sea perfectamente posible que una progresión en la rehabilitación del condenado habilite una reducción de la pena de prisión perpetua. Con otras palabras: no cabe que consideraciones puramente retributivas o de índole preventivo-general vayan a bloquear *ex legem* una revisión positiva aunque, y esto es también igualmente positivo, dichos elementos podrían —de concurrir— facilitar dicha reducción.

RECAPITULACIÓN. En síntesis, la flexibilidad con que se cuenta a la hora de imponer la pena; la ausencia de reglas especiales que agraven el régimen en casos de concurso delictivo; la diversidad de criterios que no operan bloqueando sino multiplicando las opciones de revisión exitosa son todos elementos que hacen que el régimen jurídico sea razonable teniendo en cuenta que se trata de los crímenes más graves que se pueden cometer contra la comunidad internacional.

⁶⁷ Tal y como se recoge en la Regla 223 de la «Sección V. Examen de una reducción de la pena con arreglo al artículo 110» del documento «Reglas de procedimiento y prueba» que señala lo siguiente:

«Criterios para el examen de una reducción de la pena

Al examinar una reducción de la pena de conformidad con los párrafos 3 y 5 del artículo 110, los tres magistrados de la Sala de Apelaciones tendrán en cuenta los criterios enumerados en el párrafo 4 a) y b) del artículo 110, además de los siguientes:

- a) La conducta del condenado durante su detención, que revele una auténtica disociación de su crimen;
- b) Las posibilidades de reinsertar en la sociedad y reasentar exitosamente al condenado;
- c) Si la liberación anticipada del condenado crearía una gran inestabilidad social;
- d) Cualquier medida de importancia que haya tomado el condenado en beneficio de las víctimas, así como los efectos de una liberación anticipada sobre las víctimas y sus familias;
- e) Las circunstancias individuales del condenado, incluido el deterioro de su estado de salud física o mental o su edad avanzada.»

⁶⁸ Si fuera, sin embargo, negativa cabrían nuevas revisiones de conformidad con el artículo 110.5 (Estatuto de Roma):

«La Corte, si en su examen inicial con arreglo al párrafo 3, determina que no procede reducir la pena, volverá a examinar la cuestión con la periodicidad y con arreglo a los criterios indicados en las Reglas de Procedimiento y Prueba.»

Las particularidades propias del derecho penal internacional⁶⁹ pueden justificar un régimen de ejecución mucho más abierto e indefinido que, por ejemplo, el alemán, y habilitan que no sea necesario ordenar de forma tan cerrada y taxativa el filtro material de revisión sobre el pronóstico de peligrosidad. Su éxito y piedra de toque, debe insistirse, es, a mi juicio, la flexibilidad: pues las consideraciones pro-víctima, que están muy presentes, no operan bloqueando y neutralizando intrusivamente el derecho de reinserción⁷⁰. Esta idea central deberá retenerse para la parte final de este artículo en la que se podrá observar cómo la forma de materializar este sistema en el ámbito español, por el contrario, ha dado resultados muy intrusivos por la falta absoluta de flexibilidad del Código penal de 1995. Las similitudes por inspiración objetiva en el derecho penal internacional se truncan en un régimen de peor condición precisamente porque su articulación inflexible y acumulativa de criterios convierte la regulación española en una «malla de fuerza» que puede bloquear *de facto* la efectividad del mecanismo.

⁶⁹ Véase el estudio magistral de SLOANE, Robert D., «The expressive capacity of international punishment: the limits of the national law analogy and the potential of international criminal law», *Standford Journal for International Law* 2007, p. 39 ss. y *passim*, en que advierte de las particularidades de este sector emergente y de los riesgos de una interpretación «analógica» desde el ámbito doméstico hacia el derecho penal internacional con especial atención al debate sobre los fines de la pena apostando, como tesis propia (p. 42 ss.), por subrayar los aspectos expresivos de este tipo de justicia. Véase también, por todos, los trabajos de síntesis sobre las especificidades del derecho penal internacional de AMBOS, Kai, «¿Castigo sin soberano? La cuestión del ius puniendi en derecho penal internacional. Una primera contribución para una teoría del derecho penal internacional consistente.», *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos* 68 (2013), p. 5 ss.; y DEL MISMO, «Bien jurídico y harm principle: bases teóricas para determinar la «función global» del derecho penal internacional. Una segunda contribución para una teoría coherente del derecho penal internacional», *Revista de Derecho Penal y Criminología* 10 (2013), p. 343 ss.

⁷⁰ Afirmaciones que deben tomarse, en todo caso, con la cautela necesaria por cuanto sólo afectan —por limitaciones del trabajo— al Estatuto de Roma y sólo desde la óptica del potencial interpretativo que abre la letra de la ley y, en modo alguno, al conjunto del derecho penal interanacional. Ello, además, no cierra la puerta a que razonamientos particulares en la interpretación del caso puedan llevar a que los jueces del Tribunal Penal Internacional acaben por usar razonamientos «de bloqueo» de la revisión con base en consideraciones ajenas al estricto pronóstico de peligrosidad. Véase, en tal sentido, por ejemplo, aunque fuera del ámbito de la Corte Penal Internacional, la decisión de 23 de junio de 2015 (N.º MJCT-14-83-ES) del denominado Mecanismo para los Tribunales penales Internacionales en el caso *Prosecutor c. Stanislav Galic* al que, ante una condena del Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia, convertida en prisión perpetua finalmente en apelación, se le deniega la liberación condicional con base en consideraciones que van más allá de los aspectos puramente preventivo-especiales y de pronóstico de peligrosidad.

III. Evolución reciente de la jurisprudencia del TEDH

Después del trascendental caso *Vinter*, que sigue siendo la referencia central⁷¹, el TEDH se ha vuelto a pronunciar en otros dos supuestos de control de penas perpetuas de la máxima trascendencia que reiteran y afirman la línea interpretativa ya trazada aunque con matices y claroscuros que corresponde en lo que sigue desvelar. Se trata de las Sentencias, ambas de la Gran Sala, en el caso *MURRAY c. Países Bajos*, de 26 de abril de 2016⁷² y en el caso *Hutchinson c. Reino Unido*, de 17 de enero de 2017⁷³. Su importancia no estriba, sin embargo, únicamente en el dato de que la autoridad de la Gran Sala confirma en lo esencial la doctrina previa, sino en el hecho de que los fallos incluyen argumentos y explicaciones que tienden a enriquecer y desarrollar aquélla⁷⁴. Con otras palabras, continua la progresiva decantación de un canon de revisión de la ejecución penitenciaria de la prisión —y en particular de su modalidad a perpetuidad— que otorga protagonismo creciente al principio de reinserción por encima de otras consideraciones.

III.1. El caso *MURRAY*

Conviene un análisis en detalle de este trascendental caso que hemos desarrollado en cuatro apartados. Primero se presentan los hechos, en segundo lugar, se desgrana cómo en su argumentación se confirma y amplía la doctrina *Vinter* para, en los dos apartados finales, centrarnos en la aportación específica sobre las obligaciones positivas que considera

⁷¹ Véase, por todos, recientemente sólo SPANO, Robert, «Deprivation of Liberty and Human Dignity in the Case-Law of the European Court of Human Rights», *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice* 2016 (Volume 4, Issue 2), p. 151.

⁷² Sentencia TEDH, Gran Sala, caso *MURRAY c. Países Bajos*, de 26 de abril de 2016 (App. no. 10511/10).

⁷³ Sentencia TEDH, Gran Sala, caso *Hutchinson c. Reino Unido*, de 17 de enero de 2017 (App. no. 57592/08).

⁷⁴ Además de los casos *MURRAY* y *Hutchinson* que a continuación se van a analizar existen otros pronunciamientos «post-*vinter*» en materia de prisión perpetua como, sin ánimo de exhaustividad, las STEDH en los casos *Bodein c. Francia*, de 13 de noviembre de 2014 (App. no. 40014/10); *Trabelsi c. Bélgica*, de 4 de septiembre de 2014 (App. no. 140/10); *Čačko c. Eslovaquia*, de 22 de julio de 2014 (App. no. 49905/08); *Harakchiev y Tolumov c. Bulgaria*, de 8 de julio de 2014 (App. no. 15018/11 y 61199/12); *László Magyar c. Hungría*, de 20 de mayo de 2014 (App. no. 73593/10); etcétera, que da una idea de la enorme agitación jurisprudencial que existe en el control de las penas perpetuas. Para una visión de conjunto actualizada sobre el estado de las corrientes legislativas en materia de prisión perpetua a nivel comparado véase, recientemente, VAN ZYL SMIT, DIRK/APPLETON, Catherine (ed.), *Life Imprisonment and Human Rights*, HART/Bloomsbury, Oxford y Portland Oregon, 2016, *passim* y, respecto de diversos países europeos, pp. 141 ss., 167 ss., 189 ss., 289 ss., 351 ss., 373 ss., 411 ss., 435 ss. y 461 ss.; en particular desde la óptica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos p. 217 ss.

el Tribunal deben imponerse a los Estados en este campo y el potencial que ello abre a futuro.

III.1.1. Los hechos

El demandante, el Sr. *MURRAY*, cumplía desde finales de los 70 prisión perpetua en la isla de Aruba, perteneciente al día de hoy al Reino de los Países Bajos (antiguas Antillas Holandesas), cuando le sobrevino un cáncer terminal diagnosticado en el año 2013 por lo que en septiembre de dicho año fue transferido a una residencia (*Turing home*) en la vecina isla de Curacao. El 31 de marzo de 2014 le fue otorgada una medida de gracia (*gratis*) que condujo a su inmediata liberación volviéndose a Aruba donde falleció el 26 de noviembre de 2014⁷⁵. Su condena a pena de prisión de 20 años, por un juzgado de primera instancia el 31 de octubre de 1979, se tornó en prisión perpetua en apelación (11 de marzo de 1980) ante la Corte Común de Justicia (*Joint Court of Justice of the Netherlands Antilles*) en un fallo en que se reflejaba la discapacidad intelectual del reo y sus rasgos psicopáticos. A pesar del informe psiquiátrico su acción delictiva: esto es, haber apuñalado con un cuchillo hasta la muerte de forma deliberada y premeditada⁷⁶ a la sobrina de 6 años de edad de su ex-novia en venganza por haber terminado con la relación sentimental, no determinó legalmente un supuesto de inimputabilidad completa sino de culpabilidad disminuida que acabó por conducirlo a prisión —y no a un centro psiquiátrico o similar— por el riesgo de reincidencia y por las limitaciones en las instalaciones a disposición para el cumplimiento de la pena⁷⁷. La gravedad del cargo de asesinato, el pronóstico de reincidencia debido a su personalidad psicopática y la ausencia de instalaciones alternativas se convirtieron, así, en factores acumulados que avocaron según la corte común, a la imposición de prisión perpetua con un razonamien-

⁷⁵ Caso *MURRAY c. Países Bajos* 2016, apartado 8. Después de fallecer fue por expreso deseo de sus hijos que el procedimiento ante el tribunal continuara adelante (apartado 1).

⁷⁶ Caso *MURRAY c. Países Bajos* 2016, apartados 15 y 47.

⁷⁷ Caso *MURRAY c. Países Bajos* 2016, apartados 12 y 15, recoge literalmente la parte más relevante del informe y de las razones asumidas por los tribunales tanto de instancia como de apelación, en el que se afirma que el reo posee una alteración patológica con un desarrollo muy limitado de sus facultades mentales. Sin embargo a renglón seguido se establece que su capacidad criminal disminuida no impide que deba hacerse responsable criminalmente de su acción. Técnicamente no incurre en un supuesto de alteración psíquica y su riesgo de reincidencia en consecuencia no debería ser atajado mediante su envío a un hospital mental regular, que carece además de medidas de seguridad y vigilancia adecuadas, sino más bien a un clínica de seguridad para psicópatas (*custodial clinic for psychopaths: psychopatenasiel*). Pero tal clínica, que sería lo ideal, no está disponible en las islas ni es posible ni recomendable que se transfiera al prisionero al continente (Holanda) por su incapacidad adicional de expresarse verbalmente y por ello la única opción es la de ser enviado a prisión. Eso sí, añade el informe que en prisión debería intentarse, en la medida de lo posible, trabajar por lograr una personalidad más estable (*stronger*) del interno para evitar la reincidencia.

to que resumaba de forma bastante evidente un afán inocuidador de la peligrosidad criminal⁷⁸.

III.1.2. Confirmando y ampliando la doctrina Vinter

Impuesta la pena, la cuestión principal a debate ante el Tribunal de Estrasburgo se centra en la alegación del demandante de que la prisión perpetua incluso siendo reducible «de iure» no lo era «de facto». Se entra así de lleno en el debate sobre las condiciones establecidas en la llamada doctrina Vinter y, desde esta última óptica, se revela como un aspecto clave la actividad o, mejor aún, la ausencia de actividad por parte del Estado a la hora de posibilitar un programa rehabilitador efectivo que colocara al interno en situación de poder ser evaluado positivamente como puerta de entrada a la liberación condicional. El caso Murrey, por tanto, como veremos, consolida, por un lado, pero también, amplía, por otro, la doctrina Vinter en la medida en que parece anudar de forma más clara una obligación positiva del Estado a desplegar programas de tratamiento que posibiliten la reinserción del preso. Pero veamos exactamente en qué términos.

MURRAY, después de numerosas peticiones de indulto (*pardon*), todas denegadas, pasó más de 34 años en prisión antes de ser liberado el 31 de marzo de 2014 por el estado de deterioro de su salud y con vistas a posibilitar una muerte digna⁷⁹. Aparte de las peticiones de perdón, la pena perpetua impuesta fue revisada formalmente el 21 de septiembre de 2012⁸⁰ ya que la regulación de dicha sanción había sido objeto de una reforma que entró en vigor en 2011 y que establecía la obligación de un mecanismo de revisión al menos a los veinte años para determinar si la pena todavía cumplía alguna «finalidad razonable». Finalidad razonable que debía ser contrastada necesariamente, como criterio material preceptivo *ex legem*, con la posición de cualquier víctima o cualquier familiar cercano superviviente y con el riesgo de reincidencia⁸¹. La Corte Común de Justicia, competente para revisar esta pena, debería volver a revisarla cada cinco años en caso de denegar la libertad.

⁷⁸ Sentencia TEDH, 3.ª sección, caso MURRAY c. Países Bajos, de 10 de diciembre de 2013 (App. no. 10511/10), apartado 16, que recoge con nitidez la argumentación de la corte común de justicia a favor de optar por la pena perpetua —y no por la alternativa de 20 años de prisión— precisamente ante la perspectiva de un claro pronóstico de reincidencia y en aras, por tanto, a proteger a la sociedad (*public safety should prevail*) evitando el retorno a la misma del reo.

⁷⁹ Caso MURRAY c. Países Bajos 2016, apartados 30, 21 ss. y 49 ss.

⁸⁰ Caso MURRAY c. Países Bajos 2016, apartado 31.

⁸¹ El artículo 1:30 del Código Penal de Curaçao, párrafo 2 establece: «*The [Joint] Court [of Justice] will in any event take into account the position of any victim or surviving close relatives and the risk of recidivism.*» Véase caso MURRAY c. Países Bajos 2016, apartados 55, 56 y 31.

La doctrina Vinter se encontraba ante un interesante caso desde distintos puntos de vista ya que dicho canon de control hacía depender la legitimidad de la pena perpetua de que existiera, en primer lugar, una expectativa —esperanza— de revisión (de iure), pero sobre todo de determinados aspectos ligados a la reducibilidad de facto (existencia y efectividad del mecanismo, plazo y criterios para la revisión). El primer fallo de la Corte de Estrasburgo previo a la remisión ante la Gran Sala, sin embargo, no encontró incompatibilidad alguna entre la regulación ya indicada y su aplicación al caso y el artículo 3 CEDH. En la Sentencia de 10 de diciembre de 2013 se afirma que la expectativa de iure existe y que el mecanismo de revisión tras la reforma penal de 2011 cumple los estándares exigibles⁸². Pero hay un aspecto que resulta clave: la sección tercera analiza la reducibilidad de la pena perpetua y las condiciones de detención por separado, de tal forma que la ausencia en este caso de un tratamiento psiquiátrico adecuado en prisión no es objeto de escrutinio con relación a su efecto en la imposibilidad de mejorar su pronóstico de peligrosidad bloqueando de facto cualquier revisión. Dicho de forma sintética: sin tratamiento el pronóstico de peligrosidad no mejora y este bloqueará cualquier revisión por el riesgo —no atajado— de reincidencia. Tal estrategia de separación —reducibilidad por un lado y condiciones de detención por otro— afecta, sin embargo, al modelo material de revisión como veremos. Por eso es de importancia capital que dicha separación de planos fuera impugnada y rechazada —como lo fue— por la Gran Sala como punto de partida para dar la vuelta de raíz a la valoración del caso⁸³.

Ligar el análisis del mecanismo de revisión de la prisión perpetua con las condiciones de detención —estancia en prisión— es un corolario de pretender que la reducibilidad de dicha pena sea no sólo algo teórico o ilusorio sino real⁸⁴. Y para ello debe aclararse el qué —el contenido u objeto— de la revisión y los criterios para determinar si el resultado será positivo —liberación— o negativo —mantenimiento en prisión—. Es por ello que en sede de principios la Gran Sala, al partir de la doctrina Vinter, rápidamente ajusta el foco a aclarar «las razones penológicas» que pueden legítimamente fundamentar que la prisión perpetua se mantenga sin liberación condicional. A tal respecto insisten en una visión dinámica, no estática, de los fines de la pena con preponderancia evidente del proceso de rehabilitación —prevención especial: ausencia de peligrosidad criminal— como criterio rector de la revisión. Una persona presa puede ser mantenida en prisión por razones retributivas, preven-

⁸² Caso MURRAY c. Países Bajos 2013, apartados 47 ss. y 71 ss. La sentencia no procede a examinar la situación de la pena perpetua aplicada al caso antes de que entrara en vigor la reforma de 2011 ya que la demanda ante el TEDH se presentó casi treinta años después de la condena penal (apartado 58).

⁸³ Caso MURRAY c. Países Bajos 2016, apartado 114.

⁸⁴ Caso MURRAY c. Países Bajos 2016, apartado 104.

tivo generales y de prevención especial pero, si bien todas o algunas de ellas pueden estar presentes e informar la decisión al momento de imponer la pena, el balance y los equilibrios entre tales perspectivas pueden variar y desplazarse con el paso de tiempo en prisión. La revisión por tanto se dirige a detectar si durante la ejecución dicho balance se ha modificado a la luz «(...) de los cambios operados en la persona condenada a cadena perpetua y de los progresos hechos en su rehabilitación hasta el punto que pudieran privar de fuerza justificadora a las razones penológicas que hasta entonces eran legítimas para mantener al interno en prisión»⁸⁵. La mejora en la rehabilitación hace que ésta legitime la liberación por encima de otras consideraciones —retributivas o preventivo generales— que pierden su fuerza justificadora decayendo como títulos suficientes para retener al condenado en prisión. Con otras palabras: la revisión no puede permanecer indiferente a una evolución positiva del pronóstico de reinserción que alberga el potencial de hacer prevalecer el mismo por encima de consideraciones de prevención general o puramente retributivas.

Este criterio rector, material, de revisión, ya sugerido en el caso *Vinter*, se reitera y se rodea de garantías también indicadas pero ahora recogidas de forma sistemática y sintética de la siguiente manera: la evaluación que la revisión posibilita debe basarse en normas con un grado suficiente de claridad y certeza o, con otras palabras, deben remitir a criterios objetivos pre-establecidos; deben incluir además toda la información relevante y suficientes garantías procesales⁸⁶. Pero volviendo a criterios materiales se establece también un suelo mínimo del filtro de revisión que no cumpliría con el estándar de Estrasburgo: no basta con que la revisión se ciña a posibilitar el perdón o la liberación por motivos humanitarios basados en razones de salud, incapacidad física o avanzada edad⁸⁷.

Debe haber por tanto espacio para revisar otros contenidos necesariamente en conexión con su evolución en positivo —o negativo— respecto del pronóstico de peligrosidad. Y hasta aquí los criterios materiales de contenido más directos. Porque la Gran Sala añade algunos criterios complementarios en ese ir decantando de forma progresiva el filtro de revisión. Criterios que inciden directamente en la reducibilidad de facto. En primer lugar, destaca que puede resultar relevante el dato estadístico de un país respecto del previo uso que haya estado haciendo del mecanismo de revisión incluido el número concreto de personas que fueron «perdonadas»⁸⁸. Si el mecanismo aparenta ser efectivo pero, de facto, no

⁸⁵ Caso MURRAY c. Países Bajos 2016, apartado 100.

⁸⁶ Caso MURRAY c. Países Bajos 2016, apartado 100.

⁸⁷ Caso MURRAY c. Países Bajos 2016, apartado 100.

⁸⁸ «(...) including the number of persons having been granted a pardon», caso MURRAY c. Países Bajos 2016, apartado 100.

libera, no funciona, parece razonable la tacha de ineffectividad y en su caso conllevaría el reproche del tribunal por ausencia de reducibilidad de facto.

Pero el aspecto más novedoso tiene que ver, sin duda, con la inclusión entre los criterios complementarios de obligaciones de «medios» en conexión con el principio de reinserción. A ello dedica la Gran Sala una prolija explicación de principio que debe ser a continuación brevemente expuesta.

III.1.3. Reinserción y obligaciones —positivas— del Estado

El punto de partida de este argumento final se remite a la preeminencia del principio de rehabilitación como piedra angular de la revisión de la pena perpetua: el mecanismo de revisión debe poder detectar, debe ser sensible y recoger, cualquier progreso en la rehabilitación⁸⁹. Pero no basta con esta actitud pasiva de observación. Ello nos remite a una petición de principio: el espacio carcelario debe ser un entorno en el que dicha rehabilitación sea posible incluso en el que sea promovida de forma activa. El tribunal no llega a afirmar que la rehabilitación sea un derecho: ese es un aspecto que no garantiza⁹⁰. Pero sí que debe garantizarse que exista la oportunidad de rehabilitarse incluso si se ha sido condenado a delitos tan graves como aquéllos que acaranean la pena perpetua. La oportunidad además debe ser real. Por tanto es menos que un derecho a la reinserción pero algo más que una mera obligación pasiva de quien —a modo de mero notario— tuviera que registrar progresos en la reinserción como si ésta no dependiera también de cómo se organiza el espacio de prisión. Por eso, continua el TEDH afirmando, expresamente, aunque dicho espacio cerrado de encierro puede ofrecer límites, deber haber un esfuerzo activo, positivo, de las autoridades por posibilitar la rehabilitación, por ejemplo, mediante un programa individualizado que promueva y motive una conducción de vida futura responsable y sin recurrir al crimen⁹¹.

La Gran Sala introduce la individualización del programa de rehabilitación preso a preso como un ejemplo de un tipo de obligación positiva cuya naturaleza desciende a aquilatar. El Estado tiene obligaciones para con el diseño del programa rehabilitador del interno: pero ¿en qué términos? Debe posibilitar que los internos se rehabiliten si tienen voluntad para ello. Pero es el Estado quien tiene que esforzarse en crear tales condiciones de posibilidad pues, de otra manera, podría ocurrir que se cruzara de brazos para esperar que en el momento de revisar la pena se

⁸⁹ Caso MURRAY c. Países Bajos 2016, apartado 101.

⁹⁰ Caso MURRAY c. Países Bajos 2016, apartado 103.

⁹¹ Caso MURRAY c. Países Bajos 2016, apartado 103.

constate una falta de progresión que desde el principio era evidente que no se fuera a dar. De nada sirve instaurar un mecanismo de revisión condenado a constatar la fatal imposibilidad *ab initio* de conceder la libertad condicional. Hay por tanto una obligación de «medios» no de resultado; una obligación positiva que asegure regímenes penitenciarios compatibles con la rehabilitación y que permitan una efectiva progresión. Termina categórica la Gran Sala afirmando:

«En este contexto la Corte ya ha sostenido con anterioridad que una tal obligación existe en aquellos casos en que es el propio régimen penitenciario o las condiciones de la detención las que obstruyen («obstruct») la rehabilitación⁹².

Hasta aquí la declaración de principio del Tribunal que podría parafrasearse y sintetizarse de la siguiente manera: si el Estado, por omisión, no hace nada por facilitar la rehabilitación está obstruyéndola y por tanto no será luego legítimo un mero constatar a posteriori que no hace progresos. Avancemos ya una idea desde una visión crítica para con la normativa penitenciaria española: si la regulación normativa estableciera presupuestos imposibles por ilegítimos; imposibles por lesionar contenidos esenciales de derechos fundamentales del preso; imposibles pues su contenido no tuviera conexión funcional con un proceso de reinserción propio de un Estado democrático; imposibles por sujetarse a «presupuestos-obstáculo»⁹³ que dificultan la progresión antes que facilitarla.....en tales casos el Estado incumpliría sus obligaciones positivas no ya sólo por omisión sino de forma activa. Usemos una imagen provocadora: el Estado estaría realizando una voladura controlada del proceso de reinserción antes de que éste se pueda poner en marcha estableciendo condiciones imposibles de cumplir. El planteamiento de la Gran Sala en el caso MURRAY parece en definitiva elevar el estándar de control de la prisión perpetua al incluir en su análisis de suficiencia y legitimidad la actividad del Estado, sus esfuerzos —o su ausencia— para facilitar de verdad, de facto, que se pueda rehabilitar el interno. La mera constatación del fracaso de ese proceso mediante la regulación y aplicación de un mecanismo de revisión puede no ser suficiente para que un Estado pase el filtro de tratar a sus presos sin incurrir en trato inhumano y degradante.

⁹² Caso MURRAY c. Países Bajos 2016, apartado 104.

⁹³ Debe subrayarse la coincidencia terminológica del TEDH en este caso al aludir a condiciones que obstruyen la rehabilitación con la mención que ya realizamos en su momento a los «presupuestos obstáculo» que se introdujeron de la mano de la LO 7/2003 en la normativa penal y penitenciaria española para dificultar el acceso al tercer grado y la libertad condicional. Véase LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, «Delitos de terrorismo y reformas penitenciarias (1996-2004): un golpe de timón y correcciones de rumbo ¿Hacia dónde?», CANCIO MELIA, Manuel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coord.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, Edisofer, Madrid, 2006, p. 172 y 169.

III.1.4. Doctrina general y el caso particular: consideraciones sobre el potencial de esta nueva jurisprudencia a la espera del caso Hutchinson

El caso Murrey presenta la particularidad de que el interno en prisión adolecía de rasgos psicopáticos y cierta discapacidad intelectual. El TEDH proyecta esencialmente sobre este aspecto la cuestión de hasta qué punto fue conforme el trato en prisión con el artículo 3 CEDH siendo consciente además de que la reducibilidad de la prisión perpetua nunca antes se había analizado cuando afectaba a este tipo de constelaciones de casos⁹⁴. Se concreta así el planteamiento de la cuestión dando por sentado que un tratamiento médico, psicológico y psiquiátrico adecuado es presupuesto para poder incidir positivamente en una mejora de su pronóstico de peligrosidad y, por ello, incidiría en definitiva en la eventual reducibilidad de facto de su pena⁹⁵. Cuál haya de ser, en particular, el tipo de tratamiento o de centro debería quedar relegado al margen de apreciación de cada Estado sin que el TEDH pudiera al respecto hacer una interpretación que suponga una carga excesiva⁹⁶. No obstante, en el caso concreto, entiende la Gran Sala que no se cumple con tal obligación: no hay un tratamiento psiquiátrico adecuado. Y además, como ya antes señalábamos, se integra la ausencia de cumplimiento de tal obligación con un reproche de vaciamiento del sentido del mecanismo de revisión de la pena. Sin tratamiento adecuado se impide crear condiciones, que caen directamente en el ámbito de responsabilidad de las autoridades, para que el interno pueda intentar mejorar su pronóstico⁹⁷. No cabe reprochar al interno que no mejora cuando no se le deja efectivamente intentarlo. Con otras palabras, al ligar las condiciones de detención con el mecanismo de revisión, se hace responsable al Estado por no haber provisto de medios: falló el Estado al no dar un tratamiento adecuado y, por ello, el mal pronóstico de reincidencia no tiene sólo como responsable al interno sino también al Estado. El riesgo de reincidencia que es una razón penológica legítima para retener a una persona en prisión, o denegarle regímenes de libertad condicional, deviene ilegítima cuando la no mejora de su pronóstico es «culpa» también de las autoridades por omisión.

Podría argumentarse, no obstante, que el caso Murrey no es más que un supuesto particular muy ligado a un tipo de casos: aquéllos que presentan un cierto cuadro psiquiátrico que demanda una intervención especial del Estado. Pero lo cierto es que el TEDH ya venía sosteniendo una línea de interpretación del control de la ejecución de

⁹⁴ Caso MURRAY c. Países Bajos 2016, apartado 107.

⁹⁵ Caso MURRAY c. Países Bajos 2016, apartado 108.

⁹⁶ Caso MURRAY c. Países Bajos 2016, apartado 110.

⁹⁷ Caso MURRAY c. Países Bajos 2016, apartado 122.

penas de prisión en que se utilizaba como argumento clave las obligaciones del Estado en proveer al interno con programas efectivos de rehabilitación⁹⁸. Y ello da pie, a nuestro juicio, a una interpretación de que la Gran Sala en realidad quiere refinar y enriquecer la doctrina Vinter dando un paso más allá. Y esta es precisamente la posición, que muy acertadamente y con prolija argumentación, despliega el juez del TEDH Pinto de Albuquerque en su voto parcialmente concurrente del caso MURRAY⁹⁹.

Efectivamente el voto particular del Juez Pinto afirma coincidir plenamente con el pronunciamiento de fondo y dedica todo su esfuerzo a explicarlo más en detalle debido a que se trata, a su juicio, de un avance transcendental en la protección de los derechos humanos de los presos. En concreto señala desde el principio que la clave es precisamente la relevancia que la sentencia otorga a las obligaciones positivas¹⁰⁰ de los Estados en materia penitenciaria como quicio a partir del cual deben armonizarse, por un lado, los deberes de promoción de la resocialización del interno a través de un plan individualizado de ejecución; y, por otro lado, la obligación de garantizar un mecanismo judicial de revisión de la prisión permanente y de su necesidad penológica de acuerdo con estándares objetivos y equitativos¹⁰¹.

El voto particular del Juez Pinto trasluce optimismo y parece apuntar incluso a la necesidad de que las garantías que rodean al control de la libertad condicional respecto de la prisión perpetua, deberían extenderse al conjunto de penas¹⁰². Parecía, desde su óptica, que se asentaba la

⁹⁸ Véase al respecto la capital Sentencia TEDH, Sección 4ª, caso James, Wells y Lee c. Reino Unido, de 18 de septiembre de 2012 (App. nos. 25119/09, 57715/09 y 57877/09), *passim* y especialmente apartado 218 que, si bien se centra en la violación del artículo 5 CEDH, respecto de la controvertida prisión indeterminada para la protección del público (*IPP Imprisonment for the Public Protection*), alude al incumplimiento de la administración de proveer con determinados cursos a los internos como aspecto clave para declarar la detención como arbitraria. El razonamiento, en la línea de lo visto en el caso MURRAY, apunta a que de haberse ofertado los cursos, estos hubieran podido permitir una valoración de la peligrosidad diferente y una decisión también distinta por parte de la Junta de libertad condicional. No cabe negar oportunidades de rehabilitación para luego afirmar que los internos siguen siendo peligrosos cuando no han tenido la oportunidad de trabajar su peligrosidad. Sobre la controvertida figura de la prisión para la protección del público véase, por todos, el magnífico resumen desde su introducción en la legislación inglesa hasta su derogación posterior en ROSE, Chistopher, «RIP the IPP: a look back at the sentence of imprisonment for public protection», *The Journal of Criminal Law* 2012, 76(4), p. 303 ss.

⁹⁹ También el Juez Silvis, en su voto concurrente, coincide en interpretar que este nuevo fallo supone un cambio de calado respecto de la forma en que deberá determinarse en el futuro la reducibilidad de facto de las penas perpetuas. Véase Caso MURRAY c. Países Bajos 2016, voto del juez Silvis, apartado 1.

¹⁰⁰ En el mismo sentido MEIJER, *Rehabilitation*, 2017, p. 146.

¹⁰¹ Caso MURRAY c. Países Bajos 2016, voto del juez Pinto de Albuquerque, apartado 1.

¹⁰² Caso MURRAY c. Países Bajos 2016, voto del juez Pinto de Albuquerque, apartado 13.

doctrina Vinter y que se ampliaba ya definitivamente. Pero el fallo de la Gran Sala del caso Hutchinson estaba por llegar y no se materializó precisamente en esa línea¹⁰³.

III.2. El caso Hutchinson

Al caso MURRAY debía seguir un esperado fallo de gran trascendencia porque afectaba otra vez al Reino Unido después del terremoto generado por la sentencia de la Gran Sala que acuñó la doctrina Vinter el 9 de Julio de 2013. Una vez más era la prisión perpetua «para toda la vida» (*whole life*) la que tenía que contrastarse con el artículo 3 CEDH después de que, aparentemente, ya se dedujera de la decisión de los jueces de Estrasburgo que la regulación debía ser modificada¹⁰⁴. Es necesario, no obstante, antes de analizar el caso Hutchinson dar la información necesaria de contexto sobre la regulación inglesa ya que sobre su claridad o falta de la misma es sobre la que gira todo el eje argumental del fallo de Estrasburgo como veremos posteriormente.

III.2.1. El contexto previo: la regulación de la prisión perpetua «para toda la vida» (*whole life*)

Debe comenzarse por recordar que en Inglaterra y Gales existe toda una gama de penas indeterminadas que podrían incluirse en un concepto amplio de prisión perpetua¹⁰⁵ con peculiaridades normativas dentro de un sistema de determinación de la pena complejo. En efecto, es conocido que el sistema jurídico del *common law* ofrece una enorme flexibilidad en la determinación de la pena gobernada en gran medida por el ejercicio de una amplia discrecionalidad judicial limitada únicamente por topes fijados por ley¹⁰⁶ y, en algunas constelaciones de casos, también limitada por penas mínimas preceptivas y periodos mínimos de cumplimiento¹⁰⁷. A ello deben sumarse

¹⁰³ Véase la opinión disidente extraordinariamente crítica (y extensa) de este Juez en el caso Hutchinson c. Reino Unido 2017.

¹⁰⁴ APPLETON, Catherine/VAN ZYL SMIT, Dirk, «The Paradox of Reform: Life Imprisonment in England and Wales», *Life Imprisonment and Human Rights* (VAN ZYL SMIT, Dirk/APPLETON, Catherine ed.), Oñati International Series in Law and Society, HART/Bloombsbury, Oxford/London/Portland, Oregon, 2016, pp. 229 y 230.

¹⁰⁵ VAN ZYL SMIT/APPLETON/BENFORD, *Introduction*, 2016, p. 2 ss.

¹⁰⁶ Con la excepción de algunos delitos de *common law* —esto es no definidos por ley sino por construcción jurisprudencial— que carecen incluso de topes máximos de pena como indica ASHWORTH, Andrew/ROBERTS, Julian, «Sentencing: Theory, Principle and Practice», *Sentencing* (BROOKS, Thom ed.), Ashgate, Surrey/Burlington, 2014, p. 11; también ASHWORTH, Andrew, *Sentencing and Criminal Justice*, Cambridge, 6th ed., 2015, p. 1.

¹⁰⁷ ASHWORTH, *Sentencing*, 2015, p. 5 ss.

además los criterios de orientación (*sentencing guidelines*) que se van decantando de manera ad hoc delito a delito¹⁰⁸. Dentro de ese marco general, sin embargo, la pena perpetua encuentra una regulación más detallada debido a su particular identidad como castigo más duro y, como ahora veremos, debido también a la aspiración de control de la ejecución por el poder ejecutivo probablemente más sensible en estas penas a la presión política por la alarma que generan los hechos a los que se aplican.

En realidad más que una regulación, debe insistirse en ello, son varias las modalidades de pena perpetua que puede imponerse en Inglaterra y Gales¹⁰⁹, las cuales se articulan esencialmente en torno a dos claves que remiten, por un lado, a si dicha pena es preceptiva o facultativa; y, por otro lado, a si se imponen o no límites mínimos de cumplimiento a partir de los cuales cabe su revisión para acceder a regímenes de libertad condicional. Dentro de esa amplia variedad interesa en este momento fijar nuestra atención en la modalidad preceptiva de pena perpetua prevista para el supuesto de asesinato. En el derecho inglés desde la abolición de la pena de muerte en 1969, se estableció como única pena imperativa para los casos de asesinato (*Murder*) la pena perpetua la cual se divide a efectos de ejecución en tres partes o tramos. La primera parte, conocida hoy como periodo mínimo (o «tarifa» —*tariff*— con anterioridad a una reforma legal de 2012) tiende a reflejar la gravedad del delito y las demandas preventivo-generales (*deterrence*) y debe ser cumplida en su integridad. Una vez cumplido el periodo mínimo el foco de atención se dirige, sin embargo, a consideraciones de protección de la sociedad en función de la peligrosidad —neutralizada o todavía presente— del preso. La tercera y última parte, que acompañará de por vida al condenado, correspondería a la posibilidad de acceder a la libertad con condiciones¹¹⁰ que podrían incluir, entre otras, supervisión en la comunidad o incluso una eventual vuelta a prisión¹¹¹.

En la evolución de la prisión perpetua resulta clave la cuestión de la competencia sobre quién toma en última instancia decisiones tales como fijar el periodo mínimo de cumplimiento o la eventual fecha de liberación condicional. Es precisamente en torno a este punto donde

¹⁰⁸ ASHWORTH, Andrew/ROBERTS, Julian, «The Origins and Nature of the Sentencing Guidelines in England and Wales», *Sentencing Guidelines. Exploring the English Model* (ed. ASHWORTH, Andrew/ROBERTS, Julian), Oxford, 2013, p. 1 ss.

¹⁰⁹ APPLETON/VAN ZYL SMIT, *The paradox*, 2016, p. 218 ss.; y también EASTON, Susan/PIPER, Christine, *Sentencing and Punishment. The Quest for Justice*, Oxford, 3rd ed., 2012, p. 145 ss. Véase también la documentada síntesis de 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», *Cuadernos de Política Criminal* 2013 (111), p. 102 ss.

¹¹⁰ ASHWORTH, *Sentencing*, 2015, p. 124 ss.

¹¹¹ APPLETON/VAN ZYL SMIT, *The paradox*, 2016, p. 217 ss.

la jurisprudencia de Estrasburgo y también la propia jurisprudencia doméstica han ido forzando una elevación del estándar de garantías en un batalla entre ejecutivo y judicial que se prolonga hasta nuestros días¹¹².

Como señalan Appleton y Van Zyl Smit, las decisiones clave indicadas estaban históricamente en manos del ejecutivo (Secretario de Estado¹¹³) que tenía la última palabra. Por más que los diversos órganos judiciales o técnicos elevaban recomendaciones sobre periodos mínimos a cumplir o sobre la fecha de liberación del condenado, siempre era el ejecutivo el que tenía la última palabra¹¹⁴. Y esa sobre-presencia del ejecutivo trasladada a veces, además, mediante puras declaraciones públicas, y no por vía de modificaciones legales o judiciales, terminó por generar una imagen de falta de transparencia y arbitrariedad en las decisiones sobre la ejecución de la pena perpetua que alimentaron la batalla judicial en aras de una mayor seguridad y garantías de equidad. Desde los años 80 las diversas penas indeterminadas empiezan a ser transferidas a instancias judiciales¹¹⁵ hasta que en el año 2002 una trascendental sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Caso Stafford c. Reino Unido 2012¹¹⁶) cierra el círculo forzando el cambio en la parte más simbólica del sistema: la pena perpetua preceptiva por asesinato cometido por adultos. Después del fallo de Estrasburgo, los propios tribunales ingleses por mor de la Ley de Derechos Humanos 1998 (*Human Rights Act*) asumen que la determinación e imposición del periodo mínimo debe ser una decisión judicial independiente del ejecutivo¹¹⁷ y éste reacciona con una legis-

¹¹² ASHWORTH, *Sentencing*, 2015, p. 125.

¹¹³ Esto es un ministro, primero de Interior hasta 2007, y a partir de entonces, fruto de una reordenación de la competencias de prisiones, de Justicia. APPLETON/VAN ZYL SMIT, *The paradox*, 2016, p. 226.

¹¹⁴ En el caso de las tarifas o periodos mínimos era el juez sentenciador y el Juez supremo (Lord Chief Justice) quien sugería un número de años que luego eran ratificados o modificados por el Secretario de Estado; en el caso de la liberación condicional era la Junta de Libertad Condicional (Parole Board) la que desde su creación en 1967 servía el criterio técnico susceptible de veto y modificación final por el ejecutivo. APPLETON/VAN ZYL SMIT, *The paradox*, 2016, p. 226.

¹¹⁵ Primero fueron las penas perpetuas discrecionales y luego las relativas a penas perpetuas para menores. En detalle APPLETON/VAN ZYL SMIT, *The paradox*, 2016, p. 227.

¹¹⁶ Sentencia TEDH, Gran Sala, caso Stafford c. Reino Unido, de 28 de mayo de 2002 (App. no. 46295/99), que considera violatorio del artículo 5 CEDH el poder del ejecutivo para revocar decisiones de la Junta de Libertad Condicional (*Parole Board*).

¹¹⁷ Mediante el fallo subsiguiente al del TEDH, ANDERSON v Secretary of State for the Home Department 2002 tal y como indican APPLETON/VAN ZYL SMIT, *The paradox*, 2016, p. 227 que hace referencia a remover la competencia del ejecutivo en este caso respecto de la fijación definitiva de la tarifa para hacer compatible la regulación inglesa con la jurisprudencia de Estrasburgo de conformidad con el artículo 6 de la Human Rights Act 1998.

lación ad hoc, la reforma del 2003, que intenta embridar esa decisión judicial¹¹⁸.

Parece imposible no recordar en este punto que precisamente en España, también, en el mismo año 2003, por LO 7/2003, se introdujo la modificación de la normativa penitenciaria conocida como del cumplimiento «íntegro y efectivo de las penas» que alarga los topes de cumplimiento de prisión, introduce el periodo de seguridad y trasluce en su vocación legislativa una voluntad manifiesta de drenar el espacio de arbitrio judicial con sobrepresencia de «presupuestos-obs-táculo» para afirmar sin posible enmienda jurisprudencial decisiones que el ejecutivo trasladó al instrumento legal por vía de su mayoría absoluta en las Cortes Generales¹¹⁹. La reacción legislativa inglesa no llegó, sin embargo, tan lejos. Se introduce, sin embargo, por Ley de Justicia criminal de 2003 (*Criminal Justice Act*), un conjunto de tarifas o periodos mínimos que tras reformas posteriores se han acabado fijando en 15, 25 o 30 años y pueden incluso llegar hasta un periodo «mínimo» que coincide con el máximo: «para toda la vida»¹²⁰. Si se establece tal periodo mínimo y a cuántos años debe ascender es, no obstante, una decisión potestativa del juez que podría argumentar, en su caso, por qué se aparta de la aparentemente taxativa letra de la ley que da indicaciones precisas según el tipo de agravantes o circunstancias que acompañan al asesinato a la hora de aparejar al mismo un determinado periodo mínimo. Es un rasgo de flexibilidad que sea una decisión a la postre potestativa incluso en aquellos supuestos que pueden afectar a los casos de máxima gravedad¹²¹ como lo será el del propio Hutchinson.

Esta pena, la más grave entre las graves, impuesta esencialmente por razones retributivas, concentra la controversia jurídica porque carece ya en fase de ejecución penitenciaria, a primera vista, de ningún

¹¹⁸ Así lo indica expresamente en su manual de referencia ASHWORTH, *Sentencing*, 2015, p. 125, quien subraya que se estaba afectando a un punto esencial y sensible de la cultura política de los dos principales partidos ingleses según la cual decidir cuántos años debe pasar en prisión un asesino debía corresponder a un «político electo». APPLETON/VAN ZYL SMIT, *The paradox*, 2016, p. 227, aluden a que el ejecutivo reaccionó «airadamente» (*angrily*) impulsando la reforma legislativa de 2003 que ahora desgranaremos.

¹¹⁹ LANDA GOROSTIZA, *Delitos de terrorismo*, 2006, p. 177 y *passim*.

¹²⁰ Sección 269 de conformidad con los principios establecidos en la clausula 21 (Schedule 21) de la citada ley. Véase en detalle ASHWORTH, *Sentencing*, 2015, p. 125.

¹²¹ Por ejemplo, según la sección 269 y la cláusula 21 de la Ley de 2003 se reserva la orden «para toda la vida» para asesinatos premeditados de más de dos personas, asesinatos sádicos o sexuales de niños o asesinatos políticos. Según el *Sentencing Council*, órgano independiente integrado en el Ministerio de Justicia, a 30 de junio de 2016 había 59 condenados en Inglaterra y Gales cumpliendo pena de prisión perpetua «para toda la vida» según datos oficiales extraídos del servicio de publicaciones de estadística criminal del propio Ministerio. Véase <https://www.sentencingcouncil.org.uk/about-sentencing/types-of-sentence/life-sentences/> (último acceso 7 de abril de 2017).

plazo ni mecanismo de revisión. Pero en realidad cabe una revisión que está regulada en la sección 30 de la Ley Penal (de ejecución) de 1997 (*The Crime Sentences Act*) que alude a que el Secretario de Estado —no una instancia judicial— puede en cualquier momento (*at any time*) liberar por motivos humanitarios (*compassionate grounds*) al preso condenado a cadena perpetua si se producen «circunstancias excepcionales»¹²². Esta norma se complementa y explica ulteriormente por la Orden 4700 del año 2010 del Servicio de Prisiones, también conocido como el «manual del preso perpetuo», que apunta, según la letra de la ley, a conceder la liberación sólo en situaciones durísimas en que se acumulen todas las siguientes circunstancias: enfermedad terminal con unos tres meses de expectativa de vida, total postramiento en cama, o parálisis severa; con un riesgo mínimo de reincidencia; se constate adicionalmente que su mantenimiento en prisión reducirá aún más sus expectativas de vida; existan en el medio abierto recursos médicos adecuados para su tratamiento y cuidado; y, finalmente, se pueda constatar que la liberación beneficiará al condenado y/o a su familia¹²³.

Hasta qué punto es este un mecanismo de revisión «claro» que puede cumplir con las condiciones de reducibilidad de iure y de facto establecidas en Vinter es lo que se discute y a lo que, sorprendentemente, la Gran Sala del TEDH no va a encontrar incompatibilidad con el artículo 3 CEDH.

¹²² Véase Caso Hutchinson c. Reino Unido 2017, apartado 16 que se reproduce por su importancia a continuación:

The Crime (Sentences) Act 1997 Section 30:

«(1) The Secretary of State may at any time release a life prisoner on licence if he is satisfied that exceptional circumstances exist which justify the prisoner's release on compassionate grounds.»

¹²³ *Prison Service Order 4700*

The policy of the Secretary of State for Justice on the exercise of the power of release on compassionate grounds is set out in chapter 12 of the Indeterminate Sentence Manual («the Lifer Manual»), issued as Prison Service Order 4700. The criteria, as formulated in April 2010, provide as follows:

«the prisoner is suffering from a terminal illness and death is likely to occur very shortly (although there are no set time limits, 3 months may be considered to be an appropriate period for an application to be made to Public Protection Casework Section [PPCS]), or the ISP is bedridden or similarly incapacitated, for example, those paralysed or suffering from a severe stroke;

and

the risk of re-offending (particularly of a sexual or violent nature) is minimal;

and

further imprisonment would reduce the prisoner's life expectancy;

and

there are adequate arrangements for the prisoner's care and treatment outside prison;

and

early release will bring some significant benefit to the prisoner or his/her family».

III.2.2. Hechos y argumentos del caso Hutchinson

El caso Hutchinson es uno de esos supuestos paradigmáticos en los que por la gravedad extrema de los hechos se estableció¹²⁴ un periodo mínimo de cumplimiento «para toda la vida». Los hechos se remontan a octubre de 1983 fecha en la que, el posteriormente condenado, irrumpió violentamente en un domicilio asesinando a puñaladas a un padre de familia, a su esposa y a su hijo adulto. Tras arrastrar por delante del cadáver de su padre a su otra hija de 18 años Hutchinson la violó repetidamente de forma sádica¹²⁵. Fue condenado finalmente por asesinato, violación y un delito agravado contra la inviolabilidad domiciliaria a pena perpetua «para toda la vida» y se va a plantear si el mecanismo de revisión de tal castigo permite una expectativa de liberación adecuada al canon de reducibilidad de iure y de facto ya establecido en Vinter.

Después del caso Vinter, bajo la sospecha de que la regulación inglesa expuesta fuera un mecanismo de revisión demasiado estrecho y falto de claridad, se constituyó en la jurisdicción británica un tribunal especial de apelación que, dicho de forma sencilla, pudiera sacar las consecuencias del fallo de Estrasburgo a la luz de su vinculación rigurosa a tal doctrina según los términos de la Ley inglesa de Derechos Humanos (*Human Rights Act 1998*). El conocido como caso *Newell (2014)*¹²⁶, atormentando los términos literales de la ley, viene a quitar la razón a Estrasburgo en el caso Vinter, asegurando que el poder que tiene el Secretario de Estado para liberar condicionalmente a los condenados a prisión perpetua para

¹²⁴ En este caso particular rige, por la fecha de comisión de los hechos, la normativa previa a la reforma de 2003 que transfirió al juez la competencia plena para establecer la entonces llamada «tarifa» o periodo mínimo de cumplimiento. En este caso, por tanto, el juez sentenciador recomendó, en una primera ocasión, al Secretario de Estado de interior una tarifa de 18 años. Pero en una segunda consulta, el 12 de enero de 1988, ya insistió en que se trataba de un caso «genuino», paradigmático, de prisión perpetua en atención a razones retributivas y de prevención general. Por ello el Juez superior —Lord Chief Justice— el 15 de enero de 1988 recomendó que el periodo mínimo se estableciera para toda la vida afirmando literalmente: «No creo que este hombre deba ser nunca liberado al margen del riesgo que pudiera implicar». Sobre esta base el Secretario de Estado estableció definitivamente la orden para toda vida el 16 de Diciembre de 1994. (Caso Hutchinson c. Reino Unido 2017, apartado 11). Puede resumirse la evolución posterior señalando que, tras la reforma de 2003, se pudo beneficiar el reo de revisiones judiciales de esta tarifa de conformidad con las disposiciones transitorias incluidas al efecto para casos previos al de entrada en vigor de la ley. La Corte Suprema (*High Court*) falló definitivamente el 16 de mayo de 2008 que quedaba confirmada con su autoridad judicial la previa decisión del Secretario de Estado por razones de gravedad de los hechos. Una posterior apelación el 6 de octubre de ese mismo año también fue rechazada. (Caso Hutchinson c. Reino Unido 2017, apartado 12).

¹²⁵ Caso Hutchinson c. Reino Unido 2017, apartado 10.

¹²⁶ En realidad casos *McLoughlin* y *Newell*. Véase al respecto *Court of Appeal decision in R v. Newell; R v. McLoughlin* 18 de febrero de 2014 [2014] EWCA Crim 188 Case No: 2013/05646/A7 & 2013/05317/A5 accesible en <https://www.judiciary.gov.uk/judgments/r-v-mcloughlin-and-r-v-newell/> (último acceso 7 de abril de 2017).

toda la vida puede ser interpretado de manera compatible con el artículo 3 CEDH. Y para ello despliega una línea argumental que ya se remonta a casos previos en los que la propia jurisprudencia inglesa, en diálogo con diferentes fallos de Estrasburgo, defendía esa interpretación. Particularmente significativa es la referencia al Caso *R v. Bieber (2008)*¹²⁷ en el que analizan los jueces británicos las consecuencias del fallo *Kafkaris c. Chipre 2008* a la hora de revisar el TEDH una pena perpetua de aquél país¹²⁸. Se acaba por proponer, por tanto, una pretendida interpretación asentada en el tiempo que allí donde se alude a un mecanismo de revisión a activar en circunstancias excepcionales, por motivos humanitarios, en situación terminal, con ausencia de plazo concreto de revisión, etc...se debe ver, en una suerte de acto de fe a nuestro juicio, que los jueces ingleses serán capaces de ir más allá de los términos literales y hacer una interpretación, digámoslo así, «ensanchada» del mecanismo de revisión¹²⁹.

Lo sorprendente es que esta interpretación de la Corte de apelación inglesa en el caso *Newell* fue asumida por el primer fallo del caso *Hutchinson*¹³⁰ y ahora, de forma definitiva, por la propia Gran Sala.

En síntesis, la Corte de apelación inglesa en el caso *Newell* y *McLoughlin* ha convencido a la Gran Sala del TEDH al haberse clarificado —al parecer— el significado confuso que tenía la interpretación de la normativa doméstica propia del Reino Unido. En particular acepta Estrasburgo que, como aseguran los jueces ingleses, la sección 30 de la Ley Penal (de ejecución) de 1997 y la Orden del Servicio de Prisiones 4700 («manual del preso perpetuo») permiten considerar el progreso excepcional que un preso condenado a pena perpetua para toda la vida haya podido llevar a cabo hacia su rehabilitación¹³¹. Contra el tenor literal, al parecer no hace falta constatar que el condenado esté siempre y sólo en situación terminal, por tanto, y cabe que el Secretario de Estado pueda comprobar si continúan existiendo razones penológicas legítimas para mantener la prisión o, por el contrario, la progresión rehabilitadora permite una revisión positiva. Además el hecho de que no haya un plazo tasado para revisar no parece tampoco ser un problema: cabe revisarse en cualquier momento a iniciativa del interno¹³². La sección 30 de la ley se despega de la interpretación estricta de la instrucción gubernativa

¹²⁷ APPLETON/VAN ZYL SMIT, *The paradox*, 2016, p. 228.

¹²⁸ Sentencia TEDH, Gran Sala, caso *Kafkaris c. Chipre*, de 12 de Febrero de 2018 (App. no. 21906/04).

¹²⁹ Ashworth, *Sentencing*, 2015, p. 126 asegura literalmente que la Corte de apelación en el caso *Newell* estira el término motivos humanitarios «hasta un límite poco convincente» (*to an unconvincing extent*).

¹³⁰ Sentencia TEDH, sección 4ª, caso *Hutchinson c. Reino Unido*, de 3 de Febrero de 2015 (App. no. 57592/08).

¹³¹ Caso *Hutchinson c. Reino Unido* 2017, apartados 57 y 54 ss.

¹³² Caso *Hutchinson c. Reino Unido* 2017, apartados 69 y 66 ss.

(«manual del preso») y cree Estrasburgo que tiempo habrá, en el futuro, para comprobar si el Secretario de Estado se maneja con miras más amplias. Confía la Gran Sala en que la Ley de Derechos Humanos (Human Rights Act) obliga al Reino Unido a interpretar estrictamente su ordenamiento, también la sección 30, de conformidad con la jurisprudencia de Estrasburgo y en la medida en que la jurisprudencia inglesa lo asume expresamente da, por el momento, por zanjada la cuestión¹³³.

Una de las consecuencias positivas, paradójicamente, de este fallo de la Gran Sala es que se reafirma la doctrina Vinter tal y como se formuló punto por punto en el fallo del 9 de julio de 2013¹³⁴. Aunque, bien es cierto, que se demuestra que puede ser objeto de interpretaciones muy forzadas¹³⁵ o alambicadas como es el caso. Caso en el que, de cualquier manera, se esquivo en cierto modo el debate de fondo sustituyendo el análisis estricto de un tenor literal de la ley muy deficiente¹³⁶ por su interpretación a la luz del complemento interpretativo creativo, generoso

¹³³ Caso Hutchinson c. Reino Unido 2017, apartados 63 y 64.

¹³⁴ Doctrina que venimos indicando a lo largo del trabajo consiste, en síntesis, en la consolidación de un «derecho a la esperanza» que se recoja en el ordenamiento *de iure y de facto*, esto es, con un mecanismo efectivo que revise en un plazo no superior a los 25 años si las razones penológicas para mantener en prisión al reo siguen siendo legítimas o debe considerarse la excarcelación con condiciones a la luz del progreso rehabilitador. Véase en detalle la exposición de la tal doctrina en LANDA GOROSTIZA, *Prisión*, 2015, p. 6 ss.; también, más recientemente, DEL MISMO, *Prisión permanente revisable*, 2016, p. 42 ss. y DEL MISMO, «Long-Term and Life Imprisonment in Spain: Release Procedures and Terrorism», *Life Imprisonment and Human Rights* (VAN ZYL SMIT, Dirk/APPLETON, Catherine ed.), *Oñati International Series in Law and Society*, HART/Bloomsbury, Oxford/London/Portland, Oregon, 2016, pp. 404, 405 y *passim*.

¹³⁵ Véanse al respecto, con sólidos argumentos, los votos particulares del caso Hutchinson que revelan certeramente los flancos débiles de la posición mayoritaria. En primer lugar, la breve pero contundente opinión disidente del juez López Guerra que señala que dar ahora, en 2017, por clarificado el estado de interpretación de la ley inglesa cuando en 2013 no era claro a juicio de este mismo tribunal (caso Vinter), deja sin tutelar el periodo de tiempo —décadas— en el que el recurrente estuvo en prisión perpetua en un estado de oscuridad legal. Dicho de otra forma: si tras el caso inglés *Newell y Mcloughlin* (2014) se ha aclarado la cuestión, desde que el recurrente fue condenado en 1984 hasta el 2014 su prisión perpetua no tenía un mecanismo claro de revisión. Esa eventual violación del artículo 3 se deja fuera del objeto de análisis desde el principio por la opinión mayoritaria con el argumento formal de que se le pregunta por el estado «actual» de la legislación y no por el que había antes del caso *Newell*. Véase Caso Hutchinson c. Reino Unido 2017, apartados 37 y 73. La segunda opinión disidente del juez Pinto de Albuquerque desciende al detalle a lo largo de más de 20 páginas con críticas tanto contra el caso *Newell y Mcloughlin*, el sistema inglés de recepción de la jurisprudencia de Estrasburgo, las oportunidades perdidas de no ir más allá siguiendo la estela del caso MURRAY (aspecto este último al que se adhiere una tercera opinión disidente del juez Sajó) y un largo etcétera.

¹³⁶ Bien puede ser reflejo de ello la pulcra y educada llamada de atención de la Gran Sala a que el Reino Unido revise el «manual del preso a perpetuidad» y las otras fuentes oficiales de información para que se adapte en su contenido a lo que la jurisprudencia doméstica interpreta que puede llegar a querer decir para salvar su compatibilidad con el artículo 3 CEDH. Literalmente afirma la Gran Sala que «sería deseable» tal revisión. Véase Caso Hutchinson c. Reino Unido 2017, apartado 65.

y pro-reo que supone la nueva jurisprudencia inglesa. Estrasburgo cree a los jueces ingleses cuando le dicen que se irá más allá de la ley en el futuro y sobre esa «promesa» asienta su «acto de fe». Ello también es un aviso a navegantes pues en la medida en que nuevos casos llegaran al TEDH este aplicará sin variaciones sustanciales la doctrina Vinter.

IV. Reflexión final y conclusiones

De lo expuesto hasta ahora cabe extraer, a modo de síntesis, seis conclusiones y una reflexión final.

PRIMERA. Esta contribución apunta a un modelo de ejecución penitenciaria que se puede cifrar en dos claves básicas: preeminencia del pronóstico de peligrosidad y reincidencia, por un lado, y, por el otro, flexibilidad en la regulación. Y estas deberían ser claves de una ejecución de la prisión perpetua o prisión permanente revisable pero también, con matices que ahora no cabe añadir, de toda pena de prisión.

La primera clave apunta a la idea de que una fase inicial de la ejecución penitenciaria en prisión debe cumplir esencialmente con las finalidades de retribución y prevención general negativa del castigo. Los periodos de seguridad, expresos o tácitos, recogidos en el ordenamiento jurídico-español deberían reconducirse a esta idea básica. A partir de un periodo mínimo de cumplimiento, matrices conceptuales tales como la dignidad humana; la filosofía del Estado social de proteger a la sociedad —evitar la reincidencia— y proteger a todos sus ciudadanos —también los presos—; la prohibición de exceso o el principio de reinserción, deberían invertir los términos del «filtrado» de revisión: esto es, debe pasar a ser la clave de la progresión en grado, del acceso a beneficios penitenciarios, permisos, régimen abierto o libertad condicional, la capacidad de la persona presa para integrarse en la sociedad respetando la ley penal traducida y actualizada según un juicio de pronóstico de (ausencia) de peligrosidad. En esta segunda fase consideraciones meramente retributivas, de gravedad del delito o de prevención (sea negativa o positiva) no deberían tener capacidad de bloquear *per se* la progresiva liberación condicional. Este *desiderátum* de preeminencia no *ab initio* de la ejecución, sino pasado un periodo mínimo de cumplimiento, debe hacerse efectivo y real mediante una regulación flexible que permita prioritariamente al juez ejercer su poder decisorio según pautas de arbitrio reglado debidamente rodeado de garantías. Se trata, por tanto, de una preeminencia de la reinserción como criterio rector pero no como mera declaración de intenciones o principal, sino a modo de afirmación «con consecuencias y garantías». Esta últimas exigen un modelo no en forma de «corsé» sino «flexible».

SEGUNDA. El punto de partida acabado de señalar se debe reflejar en el modelo de ejecución de la prisión perpetua como castigo más grave

y de cierre del sistema de penas allí dónde, de conformidad con los estándares básicos del derecho internacional de los derechos humanos, otros castigos como la pena de muerte están o deberían estar abolidos. Pero centrándonos ahora en la cadena perpetua, el modelo alemán responde de manera eficaz y eficiente a las claves indicadas. La preeminencia del pronóstico de peligrosidad se convierte en clave rectora de la libertad condicional después de cumplido el periodo mínimo de 15 años. Bien es cierto que dicho periodo mínimo de 15 años es hasta cierto punto «inflexible» (preceptivo y no reversible) pero, en realidad, la praxis jurisprudencial germana ha transformado lo que era una pena preceptiva («absoluta» según su terminología) a imponer por ministerio de la ley en una más de índole potestativa lo que implica un cierto margen de maniobra para «evitar» la pena perpetua en fase sentenciadora. Una vez impuesta, el modelo es flexible y garantista: el juez de ejecución, no el sentenciador, se hace cargo de la revisión de los progresos rehabilitadores y sólo en el caso excepcional de la «culpabilidad más grave» se extiende el periodo mínimo de cumplimiento con base en criterios «mixtos» que remiten también a la gravedad del delito marcado en origen (juez sentenciador) pero nunca en criterios preventivo-generales. Ello dibuja una ejecución de la prisión perpetua en dos regímenes: uno general consistente en 15 años y liberación con pronóstico de no reincidencia; y otro para los casos de extrema gravedad en que el periodo se puede ampliar hasta 20 o más años retrasando algo más la liberación condicional con pronóstico favorable. No existen factores de bloqueo: consideraciones sobre el arrepentimiento «expreso», perdón a la víctimas, colaboración con la justicia en términos de revelación de hechos o autores...son factores a premiar por vía de un eventual indulto pero no tienen capacidad de malograr el juicio de pronóstico. Tampoco hay agravaciones del régimen en casos de acumulación delictiva que se reconducen al esquema general mediante un expediente unificado de ejecución.

TERCERA. El modelo alemán ha influido en parte en la doctrina (*Vinter*) del TEDH. Con una aproximación menos dogmática como corresponde a su esencia y *modus operandi ad casum* se parte de una «campo base» en el que la dignidad de la persona enraíza el derecho a la esperanza como algo irrenunciable para el encerrado de por vida. La reducibilidad *de iure* y *de facto* no es sino el trasunto terminológico de dotar de garantías el modelo de filtrado de ejecución para que sea conforme a la prohibición de malos tratos (artículo 3 CEDH). Esas garantías ahorman la preeminencia del progreso en la rehabilitación como criterio material que puede transmutar de legítimas en ilegítimas las razones penológicas para retener al preso a perpetuidad. Este canon de control se acompaña además de garantías transversales como la de claridad de la ley (principio de legalidad: taxatividad) y señala un plazo aproximativo de 25 años como referente de revisión de conformidad con el estándar emergente en derecho internacional de los derechos humanos. Todo ello se ve ratificado a modo de «una de cal y otra de arena» en los casos *MU-*

RRAY y *Hutchinson*. El primero con un potencial futuro de desarrollo a partir de la necesidad de combinar el canon de reducibilidad basado en los progresos hacia la reinserción, con un escrutinio del papel de la autoridad penitenciaria al que se puede acabar exigiendo mucho más que un mero «esperar» los pasos del preso: el potencial de las obligaciones positivas de derechos humanos en este terreno marca una eventual elevación de exigencia del canon de control. La de «arena», de la mano del caso *Hutchinson*, consiste en que «sólo» se consolida el canon *Vinter* no dándose pasos que se vislumbraban en el caso *MURRAY*.

CUARTA. El canon de control de la prisión perpetua del TEDH está demostrando su virtualidad y eficacia incluso en «casos difíciles» como el de la regulación inglesa. Atendiendo sólo a la modalidad de prisión perpetua para toda la vida (*whole life*), esa regulación ha sido de momento convalidada como no atentatoria del artículo 3 CEDH sobre la doble base de una aclaración jurisprudencial ad hoc de los tribunales ingleses y sobre la expectativa de que toda interpretación futura de esa pena, de conformidad con la Ley de Derechos Humanos (Human Rights Act) 1998, se hará respetando el canon *Vinter*. A pesar de que, aparentemente, el sistema de liberación condicional inglés para esa pena no disponía de un plazo expreso de revisión y se basaba en circunstancias excepcionales restringidas a motivos humanitarios cercanos a la situación de muerte terminal (Ley penitenciaria 1997 y «manual del preso perpetuo»), el control del TEDH ha concluido que los jueces británicos irán más allá de la letra de la ley para garantizar que el mecanismo de revisión se active en plazo (cabe a iniciativa del penado en cualquier momento) y permitiendo que se puedan comprobar los progresos para la rehabilitación como elemento clave para determinar la continuación de la detención en prisión. Estrasburgo hace un acto de fe pero los tribunales ingleses se lo facilitan con una jurisprudencia creativa pro-reo sin parangón. El sistema inglés, con penas determinadas muy duras y un amplio espectro de penas perpetuas, queda así caracterizado como un sistema relativamente flexible y con garantías incluso en su modalidad más dura «para toda la vida» ya que no deja de ser un periodo mínimo que se impone potestativamente y sobre cuyo control el paso del tiempo permite que se acomode a la lógica de control en tres tramos: primera parte dirigida a satisfacer los fines retributivos y preventivos; segunda parte basada en el pronóstico de peligrosidad para, por último, acceder a la libertad condicional cuando dicho pronóstico es positivo. Las garantías y la flexibilidad se derivan de facto, por el momento, de la «gran cintura» judicial.

QUINTA. El modelo de control de la ejecución de la pena perpetua del TEDH no deja, por otra parte, de ser el trasunto europeo de un estándar internacional emergente en la materia. El Estatuto de Roma, como parte del derecho penal internacional, representa un modelo en la misma línea pero con características propias que parecen haber inspirado —en parte— el modelo español. Una mirada desde Estrasburgo al Estatuto de Roma permitiría convalidar su propuesta: la pena perpetua se debe

revisar a los 25 años y los criterios para ello incluyen también los progresos hacia la rehabilitación como base legitimadora para la liberación adelantada. El modelo no es que «prime» expresamente el pronóstico de reinserción favorable como piedra de toque pero tampoco lo somete a condiciones imposibles ajenas a su lógica. Y ello porque el amplio conjunto de criterios para revisar exitosamente este castigo, aun apuntando a lógicas penológicas diferentes (retributivas, preventivas...) con fuerte presencia de elementos de control de la actitud «pro-víctima», no son requisitos acumulativos. De facto, entonces, la rehabilitación puede ser base única para una eventual progresión y el resto de elementos podrán servir al mismo propósito cumpliendo, así, con una función premial y no de bloqueo. Si a ello se añade que imponer la pena perpetua no es preceptivo sino potestativo y que tampoco hay regímenes de concurso que endurezcan las condiciones, el sistema resulta ser razonable. El Estatuto de Roma pasaría el canon Vinter por flexible y por no ahogar intrusiva e indebidamente el derecho de inserción.

SEXTA. El modelo español de revisión de la pena perpetua¹³⁷ se aleja de las líneas realzadas hasta ahora. En sus sub-regímenes más duros la imposición de la prisión permanente revisable es preceptiva, como lo son los periodos impuestos para la revisión de la libertad condicional. Periodos mínimos de cumplimiento que tienden a superar los 25 años con regulaciones más duras en casos de acumulación delictiva y un exceso de detallismo y control sin parangón en el ámbito comparado por lo que respecta a autorizar incluso permisos o el régimen abierto. Rezuma este detallismo la vocación de control por parte del poder ejecutivo —vía legislativa (por ministerio de la ley)— frente al poder judicial. El poder ejecutivo parece desconfiar del judicial cuando niega con sobreabundancia de requisitos y plazos preceptivos, no revisables, toda flexibilidad. Pero además la configuración de criterios y requisitos de revisión de forma acumulativa, no alternativa, priva de la posibilidad de que el progreso en materia de reinserción pueda, por sí, precipitar la liberación condicional. Ni preeminencia del principio de reinserción como clave para determinar la revisión —y la legitimidad— de la (continuación de la) prisión perpetua. Ni tampoco flexibilidad. La lógica retributiva o preventivo-general parecen tener capacidad de bloqueo de la progresión de grado ante la «malla reticular» de la multiplicidad de requisitos o, más bien, «presupuestos obstáculo» (periodos mínimos de tiempo, responsabilidad civil y, en casos de terrorismo o criminalidad organizada abandono de la violencia, cooperación con la justicia...) que se exigen. Por ello no parece que sea una casualidad que la competencia de revisión en estos casos no recaiga sobre el juez de vigilancia, más cercano a la eventual progresión resocializadora de la persona presa, sino precisamente sobre el tribunal sentenciador.

¹³⁷ Para una caracterización en detalle de la nueva regulación positiva véase LANDA GOROSTIZA, *Prisión*, 2015, p. 13 ss.

SEPTIMA. Reflexión final. Volviendo al principio de este trabajo, en la regulación española de la prisión perpetua acaba por proyectarse una imagen normativa del ciudadano-preso que no parece se cohoneste fluidamente con la que debería regir en un Estado social y democrático de Derecho. En un tal Estado el proceso de reinserción debe orientarse a lograr el respeto externo a la ley: no el interno. El foro interno de la persona, su «transformación» o «reorientación» en determinada dirección, no puede ser legítimamente la diana a la que dirigir exigencias en forma de requisitos sin los cuales (sine qua non) no se abren las compuertas para la progresión de grado hacia regímenes de semi-libertad o liberación condicional. Confirmada la capacidad y voluntad de la persona presa para respetar la ley penal, los motivos por los cuales se toma la citada decisión pueden ser éticos, fruto del sincero arrepentimiento, resultado de una transformación de las creencias religiosas de la persona, consecuencia de su contraste con las víctimas de sus crímenes. O también puede ser fruto de un cálculo de utilidad, estratégico, incluso sostenido en motivos cínicos¹³⁸ pero firmes e irreversibles. La «calidad» de tales motivos puede precipitar mecanismos premiales y estar a disposición del programa rehabilitador pero no como elementos coactivos sin los cuales se bloquea la progresión de grado. Los elementos coactivos, «presupuestos obstáculo», que van más allá de la nuda exigencia de abandono de la violencia o del correspondiente programa vital pro futuro sin recurso al delito resultan intrusivos, ilegítimos.

A la persona presa, como al ciudadano libre, se le puede exigir una disposición jurídica mínima de respeto a la ley¹³⁹. Al preso, a diferencia del ciudadano, la administración penitenciaria le «puede» abordar de forma concreta, precisa y cotidiana con ofertas¹⁴⁰ de programas que busquen medir, conformar y rehabilitar tal disposición¹⁴¹. Pero el tener al preso a disposición —relación de sujeción especial¹⁴²— no le habilita a

¹³⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, *La culpabilidad 2012*, p. 114.

¹³⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, *La culpabilidad 2012*, p. 119.

¹⁴⁰ Insiste en ello adecuadamente desde una concepción en la que se afirma la condición —no perdida por la comisión del delito— del estatus de ciudadano PAWLK, Michael, *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*, Duncker & Humblot, Berlin, 2004, pp. 94 y 95.

¹⁴¹ Acertadamente resalta PÉREZ BARBERÁ, *Problemas*, 2014, p. 23 ss., que el Estado y el autor del delito no se encuentran en la imposición de la pena en una situación de igualdad desde un punto de vista fáctico —como práctica institucional— lo que aleja la posibilidad de identificar dicha práctica con una situación discursiva. En efecto, no sólo a la hora de su imposición, también durante su ejecución hay una asimetría de posiciones que se revela como mínimo en las limitaciones de libertad de desplazamiento y de sometimiento a una ordenación de la vida en el espacio de reclusión de la prisión de conformidad con los dictados de la sentencia condenatoria a privación de libertad. Pero esa situación también tiene límites de respeto del Estado respecto de otros derechos que no se ven afectados por la sentencia condenatoria (artículo 3 LOGP). Véase por todos JUANATEY DORADO, Carmen, *Manual de Derecho Penitenciario*, Iustel, Madrid, 3.ª ed., 2016, p. 91 y ss.

¹⁴² JUANATEY DORADO, *Manual*, 2016, p. 94 ss.

la Administración penitenciaria a intentar conquistar el foro interno. El despliegue de recursos debe respetar sus derechos fundamentales, también la libertad ideológica y de opinión o pensamiento¹⁴³.

Pero no sólo se «puede» abordar a la persona presa con ofertas eso sí no coactivas ni intrusivas. Se debe. Una cabal asunción de la perspectiva del caso MURRAY debería llevar a asumir un papel proactivo para precipitar la resocialización en el marco de la filosofía de las obligaciones positivas derivadas de los estándares de los derechos humanos. Se trata de una obligación de medios, afirma literalmente Estrasburgo, no de resultado: no hay un derecho a ser reinsertado pero sí a que sean ofrecidos medios idóneos para que la reinsertión —si el reo quiere— pueda materializarse. En el caso de la legislación penitenciaria española respecto de la pena perpetua y, más acusadamente, en casos de terrorismo, se produce, sin embargo, a mi juicio, no ya un mero incumplimiento de tal obligación sino casi lo contrario: esto es, hay un diseño legal que promueve activamente una actuación que bloquea el proceso de reinsertión. No es que el Estado no facilite medios o programas para reinsertar a los presos citados, sino que establece un programa coactivo, obligatorio, de «reinsertión» cuyo foco no es evitar la reincidencia ni disminuir la peligrosidad criminal: se va mucho más allá y el foco es la transformación ideológica del reo. No basta con renunciar a la violencia ni tomar una decisión creíble de no volver a delinquir: no basta con neutralizar la peligrosidad criminal. Mucho más allá el programa de reinsertión —no como ofrecimiento sino como requisito *sine qua non* para cualquier progresión a regímenes de semilibertad— es en realidad un programa de tipo «retributivo» o «preventivo general positivo» que se hace depender, a modo de requisitos acumulados, de contenidos como: el pago de la responsabilidad civil; la desvinculación de la organización terrorista u otras del «entorno»; abandono no ya de los medios violentos sino también de los «fines» de la organización; petición de perdón a las víctimas y colaboración de la justicia para descubrir otros delitos, autores o neutralizar la propia organización. Es un programa, al margen de su compatibilidad con derechos fundamentales a la libertad ideológica, por ejemplo, de máximos que en vez de un ofrecimiento del Estado se convierte en una condición «imposible» para el preso o, al menos, «no exigible» al mismo. Si al ciudadano de un estado democrático no se le puede exigir con la

¹⁴³ Incluso posiciones como las que representa PAWLIK, Michael, *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de Libertades* (trad. ROBLES PLANAS, Ricardo/PASTOR MUÑOZ, Nuria/COCA VILA, Ivó/GARCÍA DE LA TORRE, Héctor), Atelier, Barcelona, 2016, p. 33ss, en las que se apuesta por teorías de la retribución —incluso muy cercanas en sus propias palabras a teorías de la prevención general positiva (p. 37)— y que no duda en elevar el deber de corresponsabilidad en el mantenimiento del orden jurídico a elemento clave sobre el que fundamentar su estatus de ciudadano, se advierte sin ambages que la actitud de lealtad ciudadana no puede imponerse de forma coactiva. Véase categórico PAWLIK, Michael, *Person*, 2004, p. 84.

amenaza coactiva del derecho penal una adhesión interna al derecho¹⁴⁴, a la norma, tampoco al preso se le puede exigir —legítimamente— dicha adhesión interna como requisito para acceder a la liberación condicional. El Estado exigiendo lo inexigible en realidad pone condiciones de imposible cumplimiento que harán que cualquier revisión de la pena devenga de facto infructuosa. Las condiciones o requisitos que de forma coactiva resultan imprescindibles para una reducibilidad de iure y de facto no entrañan «razones penológicas que legítimamente» permitan retener a la persona presa en prisión. El reo por terrorismo que ya no es peligroso, que ha renunciado a la violencia, que no tiene ya pronóstico de reincidencia y, por tanto, desde esta óptica rehabilitado, se queda en prisión porque, en realidad, se le exige mucho más allá de ese estándar desenfocando el filtro de revisión no ya a detectar lo ya señalado, sino a comprobar que el «nuevo» reo ha asumido e internalizado valores (arrepentimiento, delación...) y ha «pagado» en términos expresivos (petición de perdón, desvinculación del entorno...). A mi juicio, poner condiciones imposibles: esto es, ilegítimas, convierte el filtro de revisión —esto es el modelo legal de revisión— en contrario al espíritu que inspira la doctrina Vinter o MURRAY del TEDH.

Es posible que la exacerbación de la dimensión comunicativa y expresivo-simbólica en sede de ejecución penitenciaria de la prisión perpetua y, en particular, en los subregímenes más duros de esta (terrorismo), se retrotraiga a la enorme proximidad de este modelo regulativo con el derecho penal internacional cuya esencia apunta precisamente a ese juego simbólico más allá que el derecho penal ordinario¹⁴⁵. No por casualidad hemos venido subrayando que la prisión permanente revisable tiene muchos rasgos en común con la regulación del Estatuto de Roma en la materia. Se importa la matriz del derecho penal internacional y se endurece aún más en una tendencia que ya se ha venido señalando en otros campos del derecho penal español¹⁴⁶. El terrorismo, sin duda en el origen de la voluntad legislativa de la prisión permanente revisable, es también un fenómeno esencialmente «político», comunicativo¹⁴⁷, cuya aspiración transformadora, subversiva, insurgente, sobreexcita la expresividad que parece inevitable sea contestada con igual énfasis por el Estado.

¹⁴⁴ PAWLIK, *Person*, 2004, p. 84.

¹⁴⁵ SLOANE, *The expressive*, 2007, p. 42 y ss.

¹⁴⁶ Ya advertíamos de la indebida infiltración de categorías del derecho penal internacional en el derecho penal ordinario del CP español en LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, «La sombra de los crímenes contra la humanidad en la política antiterrorista española: reflexiones críticas», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea) RECPC 2010 núm 12*, p. 3 ss.

¹⁴⁷ Por todos PAWLIK, *Der Terrorist*, 2008, p. 11 ss. Véase también MÜNKLER, Herfried, *Viejas y nuevas guerras. Asimetría y privatización de la violencia* (trad. MARTÍN RAMÍREZ, Carlos), Siglo XXI, Madrid, 2005, p. 131 ss.

Pero el campo emotivo, simbólico, altamente expresivo del fenómeno terrorista y la respuesta del Estado con recurso directo al campo particular de los modelos del derecho penal internacional no deberían marcar el terreno de juego del derecho penal ordinario. La «parte» no debería determinar de esa manera el «todo». La acentuación de la dimensión expresiva en las teorías de la pena, su repercusión en los modelos concretos de ejecución penitenciaria —también en el de las penas más graves como la perpetua— no debe renunciar a que el castigo juegue su función comunicativa de afirmación respetuosa del derecho. Pero sólo un modelo que prime la reinserción con flexibilidad, como se ha expuesto, realizará tal afirmación expresiva de forma legítima y respetuosa con un Estado de Libertades.

Bibliografía¹⁴⁸

- ACALE SÁNCHEZ, María (coord.), **La prisión** permanente revisable: ¿pena o cadalso?, Iustel, Madrid, 2016.
- ALBRECHT, Hans-Jörg, «**Sentencing** in Germany: explaining long-term stability in the structure of criminal sanctions and sentencing», *Law and Contemporary Problems 2013* (Vol. 76, núm. 1), pp. 211-236.
- AMBOS, Kai, «¿**Castigo** sin soberano? La cuestión del ius puniendi en derecho penal internacional. Una primera contribución para una teoría del derecho penal internacional consistente.», *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos 68* (2013), pp. 5-38.
- AMBOS, Kai, «**Bien jurídico** y harm principle: bases teóricas para determinar la «función global» del derecho penal internacional. Una segunda contribución para una teoría coherente del derecho penal internacional», *Revista de Derecho Penal y Criminología 10* (2013), pp. 343-378.
- ARROYO ZAPATERO, Luis/LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio/PÉREZ MANZANO, Mercedes (ed.)/RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina (coord.), **Contra la cadena perpetua**, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2016.
- ASHWORTH, Andrew, **Sentencing and Criminal Justice**, Cambridge, 6th ed., 2015.
- ASHWORTH, Andrew/ROBERTS, Julian, «**Sentencing**: Theory, Principle and Practice», *Sentencing* (BROOKS, Thom ed.), Ashgate, Surrey/Burlington, 2014, pp. 3-31.

¹⁴⁸ En la Bibliografía se resaltan en negrita aquellas palabras clave que son utilizadas (junto con la mención del año de publicación) en el texto para realizar las citas abreviadas de una obra después de haber sido referenciadas de forma completa la primera vez que son incluidas en una nota a pié de página.

- ASHWORTH, Andrew/ROBERTS, Julian, «**The Origins** and Nature of the Sentencing Guidelines in England and Wales», *Sentencing Guidelines. Exploring the English Model* (ed. ASHWORTH, Andrew/ROBERTS, Julian), Oxford, 2013, pp. 1-14.
- APPLETON, Catherine/VAN ZYL SMIT, Dirk, «**The Paradox** of Reform: Life Imprisonment in England and Wales», *Life Imprisonment and Human Rights* (VAN ZYL SMIT, Dirk/APPLETON, Catherine ed.), Oñati International Series in Law and Society, HART/Bloomsbury, Oxford/London/Portland, Oregon, 2016, pp. 217-240.
- BELTRÁN MONTOLIÚ, Ana, «**Capítulo XIX** El proceso ante la Corte Penal Internacional», *Derecho penal Internacional* (GIL GIL, Alicia/MACULAN, Elena Dirs.), Dykinson, Madrid, 2016, pp. 435-461.
- CARDENAL MONTRAVETA, Sergi, «**Función** de la pena y suspensión de su ejecución. ¿Ya no «se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto»?», *Indret 4/2015*, pp. 1-33.
- CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford, 2nd ed., 2008.
- CZERNER, Frank, «**Die Schuldschwere-Feststellung** in §57 a I. Nr. 2 StGB als kumulative Aufgabe von Schwurgericht und Vollstreckungsgericht bei Strafrestausssetzung einer lebenslangen Freiheitsstrafe wegen Mordes?», *Kriminologie-Kriminalpolitik-Strafrecht. Festschrift für Hans-Jürgen Kerner zum 70. Geburtstag* (BOERS, Klaus/FELTES, Thomas/KINZIG, Jörg/SHERMAN, Lawrence W./STRENG, Franz/TRÜG, Gerson Hg.), Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, pp. 547-560.
- DESSECKER, Axel, *Die Vollstreckung lebenslanger Freiheitsstrafen. Dauer und Gründe der Beendigung im Jahr 2014*, Elektronische Schriftenreihe der Kriminologischen Zentralstelle e.V. (KrimZ), Band 5, Eigenverlag Kriminologische Zentralstelle e.V., Wiesbaden, 2016.
- DESSECKER, Axel, «**Constitutional Limits** on Life Imprisonment and Post-Sentence Preventive Detention in Germany», *Life Imprisonment and Human Rights* (VAN ZYL SMIT, Dirk/APPLETON, Catherine ed.), Oñati International Series in Law and Society, HART/Bloomsbury, Oxford/London/Portland, Oregon, 2016, pp. 411-434.
- DUTTGE, Gunnar, «**Zur Problematik** der Schuldschwereklausel des §57 a StGB», *Festschrift für Ulrich Eisenberg*, Beck, München, 2009, pp. 271-286.
- DÜNKEL, Frieder, «§57a StGB», *NomosKommentar* (ed. KINDHÄUSER, Urs/NEUMANN, Ulfrid/PAEFFGEN, Hans-Ullrich), Nomos, Baden-Baden, 4. Auflage, 2013, pp. 2141-2169.
- DÜNKEL, Frieder, «§57b StGB», *NomosKommentar* (ed. KINDHÄUSER, Urs/NEUMANN, Ulfrid/PAEFFGEN, Hans-Ullrich), Nomos, Baden-Baden, 4. Auflage, 2013, pp. 2169-2172.
- EASTON, Susan/PIPER, Christine, *Sentencing and Punishment. The Quest for Justice*, Oxford, 3rd ed., 2012.

- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La legitimidad de la pena estatal. Un breve recorrido por las teorías de la pena*, Iustel, Madrid, 2014.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, «**La culpabilidad** jurídico-penal en el Estado democrático de Derecho», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales* 2012 (LXV), pp. 100-125.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*, B de F, Buenos Aires, 2007.
- FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, Beck, München, 62. Auflage, 2015.
- FRISCH, Wolfgang, «**Pena**, delito y sistema de delito en transformación», *Indret* 3/2014, pp. 1-31.
- GIL GIL, Alicia/MACULAN, Elena, «**Capítulo I** Qué es el derecho penal internacional», *Derecho penal Internacional* (GIL GIL, Alicia/MACULAN, Elena Dirs.), Dykinson, Madrid, 2016, pp. 35-49.
- JUANATEY DORADO, Carmen, *Manual de Derecho Penitenciario*, Iustel, Madrid, 3.ª ed., 2016.
- KETT-STRAUB, Gabriele, *Die lebenslange Freiheitsstrafe. Legitimation, Praxis, Strafrechtsaussetzung und besondere Schwere der Schuld*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.
- KETT-STRAUB, Gabriele, «**Auch Terroristen** haben einen Rechtsanspruch auf Freiheit. Die Aussetzung der Reststrafe in Mordfällen mit besonderer Schuldschwere», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* GA 2007, pp. 332-347.
- LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, «**Prisión permanente revisable**, prisión de muy larga duración, terrorismo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015* (Dir. LANDA GOROSTIZA, J./Coords. GARRO CARRERA, Enara; ORTUBAY FUENTES, Miren), IISJ Oñati/Dykinson, Madrid, 2016, pp. 37-71.
- LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, «**Long-Term** and Life Imprisonment in Spain: Release Procedures and Terrorism», *Life Imprisonment and Human Rights* (VAN ZYL SMIT, Dirk/APPLETON, Catherine ed.), Oñati International Series in Law and Society, HART/Bloomsbury, Oxford/London/Portland, Oregon, 2016, pp. 389-407.
- 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», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea) RECPC* 2015 núm. 17-20, pp. 1-42.
- LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, «**La sombra** de los crímenes contra la humanidad en la política antiterrorista española: reflexiones críticas», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea) RECPC* 2010 núm. 12-10, pp. 1-30.

- LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, «**Delitos de terrorismo** y reformas penitenciarias (1996-2004): un golpe de timón y correcciones de rumbo ¿Hacia dónde?», CANCIO MELIA, Manuel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (coord.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, Edisofer, Madrid, 2006, pp. 165-202.
- MEIER, Bernd-Dieter, *Strafrechtliche Sanktionen*, Springer, Heidelberg/Dordrecht/London/New York, 4. Auflage, 2015.
- MEIJER, Sonja, «**Rehabilitation** as a Positive Obligation», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 25 (2017), pp. 145-162.
- MÜNKLER, Herfried, *Viejas y nuevas guerras. Asimetría y privatización de la violencia* (trad. MARTÍN RAMÍREZ, Carlos), Siglo XXI, Madrid, 2005.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General* (con colaboración de GÓMEZ, Victor/VALIENTE, Vicente), Reppertor, Barcelona, 10ª edición, 2016.
- MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y Teoría del Delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Bosch, Barcelona, 2.ª edición, 1982.
- MITGLIEDERN DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS (Hg.), *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 45 Band, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1978, pp. 187-271.
- NEUBACHER, Frank, «B. Vollzugsgrundsätze», *Strafvollzugsgesetze* (LAUBENTHAL, Klaus/NESTLER, Nina/NEUBACHER, Frank/VERREL, Torsten), Beck, München, 12. Auflage, 2015.
- OLLÉ SESÉ, Manuel, «**Capítulo VI** La aplicación del derecho penal internacional por los tribunales nacionales», *Derecho penal Internacional* (GIL GIL, Alicia/MACULAN, Elena Dirs.), Dykinson, Madrid, 2016, pp. 129-154.
- PAWLIK, Michael, *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de Libertades* (trad. ROBLES PLANAS, Ricardo/PASTOR MUÑOZ, Nuria/COCA VILA, Ivó/GARCÍA DE LA TORRE, Héctor), Atelier, Barcelona, 2016.
- PAWLIK, Michael, *Der Terrorist und sein Recht. Zur rechtstheoretischen Einordnung des modernen Terrorismus*, Beck, München, 2008.
- PAWLIK, Michael «**El terrorista** y su Derecho: sobre la posición teórico-jurídica del terrorista moderno» (trad. BACIGALUPO, Enrique), *Circunstancia* 16 (2008), pp. 1-28.
- PAWLIK, Michael, *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*, Duncker & Humblot, Berlin, 2004.
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, «**Problemas** y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. Una justificación deontológica de la pena como institución», *Indret* 4/2014, pp. 1-43.
- ROIG TORRES, Margarita, *La cadena perpetua en el derecho alemán y británico. La prisión permanente revisable*, Iustel, Madrid, 2016.

- 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», *Cuadernos de Política Criminal* 2013 (111), pp. 97-144.
- ROSE, Chistopher, «**RIP the IPP**: a look back at the sentence of imprisonment for public protection», *The Journal of Criminal Law* 2012, 76(4), pp. 303-313.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso/SERRANO MAÍLLO, Isabel, *Constitucionalidad de la prisión permanente revisable y razones para su derogación*, Dykinson, Madrid, 2016.
- SILKE, Andrew, «**Disengagement** or Deradicalization: A Look at Prison Programs for Jailed Terrorists», *CTC Sentinel January 2011 (Vol. 4 Issue 1)*, pp. 18-21.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, B de F, Buenos Aires/Montevideo, 2.ª edición, 2012.
- SLOANE, Robert D., «**The expressive** capacity of international punishment: the limits of the national law analogy and the potential of international criminal law», *Standford Journal for International Law* 2007, pp. 39-94.
- SPANNO, Robert, «**Deprivation of Liberty** and Human Dignity in the Case-Law of the European Court of Human Rights», *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice* 2016 (Volume 4, Issue 2), pp. 150-166.
- STREE, Walter/KINZIG, Jörg., «§57a, b», *Strafgesetzbuch* (SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst), Beck, München, 29. Auflage, 2014.
- STRENG, Franz, *Strafrechtliche Sanktionen. Die Strafzumessung und ihre Grundlagen*, Kohlhammer, Stuttgart, 3. Auflage, 2012.
- STRENG, Franz, «<<**Besonders Schwer**>> in Relation wozu? §57 a I. S.1 Nr. 2 StGB», *Juristen Zeitung* 1995, pp. 556-562.
- VAN ZYL SMIT, Dirk/APPLETON, Catherine (ed.), *Life Imprisonment and Human Rights*, Oñati International Series in Law and Society, HART/Bloomsbury, Oxford/London/Portland, Oregon, 2016.
- VAN ZYL SMIT, Dirk/APPLETON, Catherine/BENFORD, Georgie, «**Introduction**», *Life Imprisonment and Human Rights* (VAN ZYL SMIT, Dirk/APPLETON, Catherine ed.), Oñati International Series in Law and Society, HART/Bloomsbury, Oxford/London/Portland, Oregon, 2016, pp. 1-20.
- VAN ZYL SMIT, Dirk/SNACKEN, Sonja, *Principles of European Prison Law and Policy. Penology and Human Rights*, OUP, Oxford, 2011.
- VAN ZYL SMIT, Dirk/SNACKEN, Sonja, *Principios de Derechos y Política Penitenciaria Europea. Penología y Derechos Humanos*, (edición en español coordinada por MUÑOZ AUNION, Antonio), tirant lo blanch, Valencia, 2013.

LAS CRIPTOMONEDAS: CONSIDERACIONES GENERALES Y EMPLEO DE LAS CRIPTOMONEDAS COMO INSTRUMENTO DE BLANQUEO DE CAPITALES EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN ESPAÑA¹

Xesús Pérez López

Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)

Resumen: El trabajo, que se abre con un breve análisis introductorio del funcionamiento de las criptomonedas, afronta en su primera parte el análisis de las reacciones institucionales en la UE a los riesgos que éstas presentan desde el punto de vista de la ciberdelincuencia y de la delincuencia económica (incluyendo un análisis del proyecto de reforma de la Directiva (UE) 849, de blanqueo de capitales). La segunda parte del mismo presenta un panorama actualizado de la percepción social, reacciones institucionales y jurisprudenciales y práctica del uso de las criptomonedas en España, especialmente desde el punto de vista de su empleo criminal en el contexto del blanqueo de capitales.

Palabras clave: Criptomonedas, criptodivisas, *bitcoin*, *blockchain*, blanqueo de capitales, delincuencia económica, cibercrimen, ciberdelincuencia, Directiva (UE) 849/2015, estafa, ICOs

Abstract: The present work deals with the criminal uses of cryptocurrencies in Europe and, in particular, Spain. In order to do so, it is preceded by a summary introduction to the economical and technical mechanics of the main virtual currencies. It studies then the institutional reactions

¹ El presente trabajo fue elaborado en el marco del proyecto de investigación «Ciberlaundry» (ref. DER2014-58257-R), financiado con cargo al Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad del MINECO y dirigido por C. Mallada Fernández y por D. Fernández Bermejo desde la Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA), y está basado en la aportación del autor al Informe de Situación desarrollado por el equipo de dicho proyecto.