

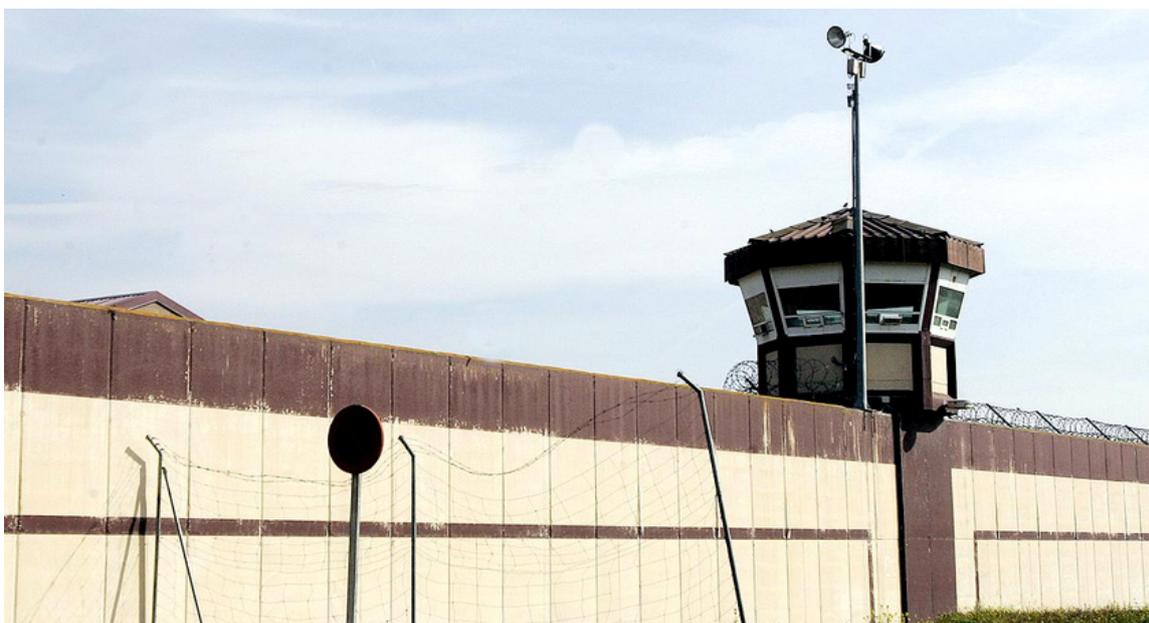
Prisión permanente revisable y falta de seguridad jurídica

by Redaccion - Viernes, junio 07, 2013

<http://www.diariojuridico.com/especiales-2/prision-permanente-revisable-y-falta-de-seguridad-juridica.html>

Por Gabriela Boldó, juez sustituta de Barcelona.

El anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del código penal, regula la pena de prisión permanente revisable (a partir de ahora PPR) para "fortalecer la confianza en la administración de justicia" según se expone en la exposición de motivos. Ello hace necesario ver si la regulación del prelegislador se ajusta al principio de legalidad del artículo 25 de la Constitución Española (CE), en sus tres vertientes: política legislativa, aplicación judicial y aplicación penitenciaria, así como analizar por qué la regulación del anteproyecto choca con el mandato constitucional de seguridad jurídica.



Es necesario examinar la regulación de la PPR desde la Constitución Española, a partir del **art 25 de la Constitución**, que reconoce y establece el **principio de legalidad**, que tiene tres facetas: la de política legislativa, la de aplicación judicial y la de aplicación penitenciaria.

En la **faceta de política legislativa**, el principio de legalidad rige en el momento de tipificar la conducta y establecer la pena, puesto que el principio de legalidad exige al legislador establecer la pena dentro de unos márgenes; mínimos y máximos; que permitan al juez, en el momento de aplicarla al caso concreto, moverse dentro de los márgenes del tipo penal para individualizar la pena, atendiendo al grado de ejecución del delito y a las circunstancias personales del autor, para, de este modo, determinar la duración de la pena privativa de libertad según las circunstancias de cada caso, pena que posteriormente se ejecutará en el centro penitenciario de acuerdo con la política penitenciaria, de ahí la importancia de establecer la duración de las penas.

El **principio de legalidad** reconocido en el art 25.1 en relación con el art 9.3 de la Constitución Española, establece, también, la garantía material del principio de legalidad y esta garantía exige la determinación, la taxatividad y la concreción tanto de la conducta o hecho punible como también de su consecuencia jurídica que es la pena, para evitar, de este modo, la inseguridad jurídica, la inconcreción y la incertidumbre. La predeterminación normativa no sólo exige que la sanción se prevea para supuestos establecidos en la norma, en la extensión y límites previstos, sino que también impone un mandato de taxatividad y certeza, como así lo ha expresado el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias entre las que destaca la STC 100/2003, 123/2001 y 142/99. **La predeterminación normativa de la pena es una garantía de la denominada vertiente subjetiva de la seguridad jurídica** (STC 273/2000) lo que comporta que el legislador debe configurar las leyes sancionadoras con el máximo esfuerzo posible para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever las consecuencias de sus acciones. **Esta garantía conlleva la indamisibilidad de fórmulas abiertas o vagas, puesto que entonces esa inconcreción, vaguedad o indefinición, hacen que la efectividad de la misma dependa de la decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete o juzgador** (STC 34/96, de 11 de marzo).

A su vez, a CE establece el **principio de proporcionalidad**, del que se desprende que la pena de PPR debería establecerse para los delitos más atroces, es decir para aquellos ataques más graves a la sociedad, e incluso, aquellas conductas que la sociedad rechaza frontalmente, y que sean habituales, sin embargo, los delitos para los que se contempla la PPR son los previstos en los artículos 140, 485.1, 572.2, 605.1, 607 y 607 bis. En lo que se refiere a los homicidios, la tasa de los mismos en España es de las más bajas de Europa, y, en relación a los atentados contra la vida de tipología terrorista hay que destacar que éstos, durante los últimos años, ha disminuido de manera drástica, lo que permite concluir que la lucha antiterrorista puede ser plenamente eficaz mediante la conjunción de una serie de medidas de diversa índole, sin necesidad de introducir la PPR en el Código Penal, puesto que hay que recordar que el derecho penal se rige por el principio de intervención mínima, por lo que por coherencia implica que la pena de prisión sólo debe aplicarse como último recurso en los casos en que las demás penas resultan ineficaces, criterio aplicable por lógica a la PPR frente a la prisión, sin que la incorporación de dicha pena para combatir dichos crímenes quede justificada.

José Miguel García Moreno, letrado del servicio de relaciones internacionales del CGPJ, apunta a la constitucionalidad de la PPR de conformidad con el art. 15 inciso inicial y 25.2 de la Constitución Española y también lo hace el TEDH, al interpretar el art. 3 CEDH, al establecer que es necesario que la PPR "permita la revisión de PPR de cara a conseguir su conmutación, remisión, terminación o la libertad condicional del penado". El TC ha declarado reiteradamente que el art. 25.2 CE contiene "un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, del que no se derivan derechos subjetivos", sin establecer "que la reeducación y la reinserción social sean la única finalidad legítima de la pena privativa de libertad" (p. ej. SSTC 2/1987 -EDJ 1987/1-, 28/1988 -EDJ 1988/344-, 91/2000 -EDJ 2000/3822- y 167/2003 -EDJ 2003/89784-), sin embargo, los criterios de revisión deben ser objetivos y claros, de modo que la revisión quede asegurada y no dependa de interpretaciones subjetivas, que puedan conllevar la permanencia en prisión de manera permanente.

Finalidad de la pena de prisión permanente revisable

Llegados a este punto considero que es interesante analizar la finalidad de la pena, puesto que considero que se está tendiendo a la inocuización del penado lo que viene a impedir, casi por completo su

reinserción, y atenta a la dignidad humana, más aún, ante la deficiencia de nuestras prisiones, la falta de medios materiales y personales y la aglomeración que se da en ellas, circunstancias todas ellas que dificultan seriamente la rehabilitación del interno y la existencia del desarrollo total de los programas adecuados en condiciones de vida adecuados dentro de los centros penitenciarios, de ahí que el sistema previsto en el anteproyecto, choque con el mandato del art 25.2 de la CE y del art 15.1 de la CE.

En la actualidad ante el fracaso de las políticas resocializadoras, se está revalorizando, de un lado, el fin retributivo de la pena llamado neoretribucionismo, y, de otro, la función de custodia y control, de neutralización del penado, de modo que la concepción actual parte de la idea de que la ejecución de la pena de prisión es un fin en si mismo, dejando el tiempo de internamiento vacío de contenido rehabilitador, considerando que cuanto más tiempo esté internado el penado mejor, puesto que así se evita que cometa delitos en el exterior y se da a la sociedad una falsa apariencia de seguridad a partir del endurecimiento de la pena, de modo que **se están incorporando ideas tales como que cuanto más años en prisión y cuanto más dura sea la pena, mejor, produciéndose de este modo una inocuización del penado que se aleja de los principios del art 15 de la CE y del art 25.2 de la CE**, dificultando seriamente su reinserción, puesto que al estar tanto tiempo alejado de su entorno social y familiar y ante la perspectiva de una vida en libertad muy lejana, será más difícil motivar al penado dentro del centro penitenciario para que se someta programas educativos y formativos, que permitan darle herramientas para facilitarle su vida en libertad, de modo que su conducta sea adecuada a la norma.

No hay ninguna estadística ni ningún estudio que avale que el neoretribucionismo y la inocuización del penado sean garantía de éxito en la lucha contra la criminalidad, y, desde un punto de vista sociológico y preventivo la sociedad se desentiende de estas personas sin asumir un poco de responsabilidad en la parte en que la propia sociedad ha contribuido a que existan estas conductas, desentendiéndose de la rehabilitación y reinserción de dichas personas a las que se le condena a la muerte civil, ya que se parte de la idea de que a los penados se les debe de tener a parte, para acallar la inquietud de la sociedad, en lugar de articular auténticas y reales políticas de educación y socialización, pensando en el bien común.

La importancia de la determinación de la pena en la fase penitenciaria es también determinante por el hecho de que una vez que el condenado entra en el establecimiento penitenciario, en la calificación del penado no sólo se tiene en cuenta la gravedad de la conducta sino también la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de la pena impuesta, el medio al que retornará y las facilidades o dificultades para el buen éxito del tratamiento.

En función de estos criterios, que rigen en la actualidad, desde el primer momento el condenado es clasificado en primer, segundo o tercer grado, y, una vez en tercer grado, si se dan determinados requisitos, el sujeto puede obtener la libertad condicional cuando ha cumplido una parte de la pena de prisión (tres cuartas partes como regla general, aunque excepcionalmente puede concederse antes). Con este sistema de cumplimiento se persigue una adaptación progresiva del condenado a la vida en libertad, igual para todo tipo de delito, que tiende a la rehabilitación y a la reinserción.

Este criterio se modificó por el apartado sexto del artículo único de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 23 junio) que dio lugar a la redacción actual del número 2 del artículo 36, al impedir la clasificación automática en tercer grado, para aquellos penados que tuvieran impuesta una pena de prisión superior a 5 años, puesto que se exigía

el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta para la clasificación en tercer grado del penado, sin distinguir dicho apartado el tiempo a cumplir en función del delito cometido, sino que establecía un criterio uniforme para todas las condenas de prisión superiores a 5 años. Sin embargo, en el anteproyecto, se añade el párrafo 3 , en el que se establece un cómputo de años necesarios de cumplimiento a partir de los cuales se puede clasificar al penado en tercer grado penitenciario, de modo que el anteproyecto pasa a fijar el número de años que se suponen que se corresponden a la mitad de la condena, pero a su vez, en lugar de dar un criterio uniforme para todos los delitos castigados con PPR, como en el art 36.2 del CP, fija el número de años en función del delito por el cual el penado ha sido condenado.

El establecimiento de una mayor dilación temporal para el acceso del tercer grado, a causa de la peculiar tipología del delito, supone una quiebra de la sistemática seguido por el Código Penal, la diferenciación cualitativa que contempla el vigente Código Penal puede ser discutible, principalmente si se tiene en cuenta que la progresión al tercer grado no es más que la consecuencia de la favorable evolución del tratamiento penitenciario. Ahora bien, si además se establece un tiempo de prisión efectiva superior para una modalidad delictiva sancionada con la misma pena que las restantes, lo que presupone que su gravedad es equiparable, la diferenciación establecida por el Anteproyecto denota que el principal propósito de la medida no es otro que el de endurecer el régimen de cumplimiento, teniendo en cuenta, exclusivamente, la tipología del delito. Por lo que determinados delitos pasan a distinguirse del resto de los delitos comunes, a los que se les da una denominación especial, en lugar de delito de asesinato o lesiones, y se les aplicación una legislación procesal especial, diferencia dos clases de delitos y contribuye a la consideración de los delitos de terrorismo como delitos políticos, diferenciados del resto, aplicando lo que ha venido en llamarse derecho penal del enemigo.

La clasificación en el tercer grado penitenciario deberá ser autorizada por el Tribunal, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, una vez oídos el Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias. Según reza el artículo 154 del Reglamento Penitenciario, para la concesión de permisos de salida ordinarios -hasta un total de treinta y seis días por año en segundo grado, o cuarenta y seis en tercer grado- es necesario haber extinguido una cuarta parte de la condena o condenas, y no haber observado mala conducta. Teniendo en cuenta las directrices enmarcadas en el precepto traído a colación, se constata que para el cálculo del cumplimiento de la cuarta parte de la condena, art 36.3 in fine, se ha tomado como referencia la cifra de 32 años, para el supuesto general (8 es la cuarta parte de 32) y de 48 años para los delitos vinculados con la actividad terrorista (12 es la cuarta parte de 48). El periodo contemplado por el prelegislador para la concesión de permisos de salida es distinto del seguido para fijar la progresión al tercer grado. Si se tiene en cuenta el criterio establecido en el vigente artículo 36.2, en cuya virtud, para la progresión al tercer grado es necesario haber cumplido la mitad de la condena, el número de años tomados en consideración por el número 3 del artículo 36 es de 30 años para el supuesto general (15 es la mitad de 30) y 40 años para los delitos de naturaleza terrorista (20 es la mitad de 40). Como se observa, los parámetros seguidos para la progresión al tercer grado y para el disfrute de permisos de salidas son diferentes. Tal diferencia no se halla aparentemente justificada y, por ello, sin perjuicio de insistir en la conveniencia de fijar un régimen homogéneo para todos los delitos sancionados con PPR, sería consecuente establecer como referente, a efectos de calcular el cumplimiento de la cuarta parte de condena, la cifra de treinta años y, en su caso, la de cuarenta años para el delito previsto en el artículo 570.2.1, de manera que los permisos de salida pudieran disfrutarse transcurridos siete años y seis meses o, para el caso de mantenerse la diferenciación por la naturaleza del delito, diez años para los delitos relacionados con la actividad terrorista.

Finalmente hay que ser conscientes de la **importancia de la concesión de los permisos de salida** en un sistema penal como el nuestro, en que por mandato constitucional las penas privativas de libertad están orientadas a la rehabilitación y a la reinserción. La importancia de estos permisos se explica por el hecho de que son el termómetro para valorar si la evolución que ven los profesionales de la junta de tratamiento se acomoda o no a la realidad, es decir, si el penado en libertad se comporta de una manera parecida al modo en que lo hace en la prisión, y, si se adapta a la vida en libertad o esta libertad le presenta dificultades que hay que valorar y tratar adecuadamente, y este cotejo entre libertad y prisión, solo se puede obtener a partir de los permisos de salida, con el riesgo que supone conceder dichos permisos, riesgo que no pueden desvincularse de la finalidad que persigue ni tampoco de la motivación que tienen hacia el penado.

Hay que tener en cuenta en relación a la revisión de la PPR que **la reinserción es un derecho que tiene el penado pero no una obligación**, por lo que aun cuando el penado no éste reinsertado, en el CP actual, cumplida la pena el penado deberá ser puesto en libertad con independencia de su reinserción o rehabilitación, situación que con la PPR se puede ver sustancialmente alterada ya que la valoración de esta reeducación o reinserción se convierte en criterio de revisión de la PPR, de modo que pese a que la constitucionalidad de la PPR se argumentaba en la necesidad de revisión de la misma, esta revisión puede no tener efectos reales en base al pronóstico de rehabilitación o reinserción y podremos estar hablando de cadena perpetua, con los problemas de inseguridad jurídica que ello conlleva y contravención de los art 9.3 y 25.1 de la CE.

Regulación positiva de la PPR y problemas con las penas accesorias

Apuntados todos estos puntos ideológicos o teleológicos considero que debe tenerse en cuenta los defectos en la redacción del articulado. **El anteproyecto no reforma el art 35 del CP, por lo que la pena de PPR no se conceptualiza, define o concreta en el Código penal.** A su vez el anteproyecto del código penal sólo añade dos párrafos al artículo 36, para regular la PPR, pero en ningún caso modifica el primer párrafo que regula la duración máxima estableciéndola en 20 años, salvo lo que excepcionalmente prevean otros artículos del mismo código penal, sin que la PPR se regule de modo excepcional en otros artículos, de modo que se da una incoherencia entre la redacción del apartado 1 y 3 del art 36, dado que una interpretación literal del art 36.1 impide la existencia de penas de prisión superiores a 20 años salvo lo que dispongan otros artículos del CP de modo excepcional, circunstancias excepcionales que se regulan en el art 70, al establecer la pena superior en grado limitándola a 30 años de prisión, y, en el art 76 al establecer el máximo de cumplimiento efectivo en el supuesto de acumulación de condenas, de modo que habría que valorar la imposibilidad de aplicar el art 36.3, ya que para ello hubiera sido necesario modificar el apartado 1 del art 36, y, establecer que la pena de prisión tendrá una duración mínima de tres meses y máxima de 20 años, añadiendo, en su caso, salvo lo dispuesto en este artículo para la PPR. Al no haberse establecido la duración máxima más allá de 20 años, salvo para la acumulación de condenas y las penas superiores en grado, el art 36 solo prevé como duración máxima la de 20 años, entiendo que por el principio de tipicidad, la ley orgánica en la que se regula el anteproyecto no establece o legitima que el máximo de la pena de prisión puede ser la permanente revisable.

Se introduce un nuevo artículo, el art 78 bis, para establecer el cumplimiento efectivo de condenas para los supuesto de acumulación de condena cuando uno de los hechos se haya castigado con PPR, distinguiendo los años de cumplimiento máximo en función de si en función de si se ha condenado por dos delitos, uno de los cuales lleve apareja la PPR y el otro otra pena, o si ambos delitos llevan pareja la

PPR.

Asimismo prevé la suspensión de la ejecución de la pena siempre que se hayan cumplido determinado número de años, en función de los delitos cometidos, y no de la suma de la pena impuesta.

En cuanto a la **concesión de la libertad condicional**, el art. 92 establece las particularidades en función de la pena de PPR, estableciendo una particularidad en relación a los delitos cometidos por organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del tit VII del capítulo XXII del Libro II, aplicando el derecho penal del enemigo.

Además de todos los problemas expuestos cabe analizar los problemas al determinar temporalmente las penas accesorias a la prisión provisional.

En primer lugar hay que analizar las penas accesorias del art 55 del CP, que deben imponerse de manera imperativa, según la redacción actual, en las penas de prisión igual o superior a 10 años, sin que el anteproyecto haya modificado dicho artículo, por lo que al ser la PPR superior a 10 años, deberá imponerse esta inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, como también sucede con la privación de la patria potestad, tutela o guarda. Sin embargo la limitación temporal de la pena de inhabilitación debe ponerse en relación con el art 40 del CP que señala los límites máximos de inhabilitación fijándola en 20 años para la inhabilitación absoluta coincidiendo con la duración máxima de la pena de prisión según el art 36.1 del CP, antes analizado, estableciendo una salvedad en el art 40.5 al establecer que la duración de cada una de estas penas será la prevista en los apartados anteriores, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos de este Código, sin embargo, al ser la pena accesoria y no principal el límite máximo será el establecido en el art 40 del CP.

El problema también surge en la pena accesoria de inhabilitaciones especiales para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, o bien la privación de la patria potestad, cuando estos derechos hubieren tenido relación directa con el delito cometido. Esta vinculación deberá determinarse expresamente en la sentencia y al no establecer que su duración podrá ser permanente revisable, entiendo que por el principio de legalidad, igual que en el caso anterior, tampoco puede tener una duración a perpetuidad, debiendo estarse a los límites previstos en la parte general.

Finalmente **el artículo 57.2 del CP no ha sido modificado, por lo que la imposición imperativa de las prohibiciones del art 48, al dictarse la pena de prisión conllevará la imposibilidad de determinación taxativa temporal de la misma.** Por ejemplo en el delito de asesinato, previsto y penado en el art 140 del CP, la pena prevista para ese delito es la de PPR, por lo que si se ha cometido contra alguna de las personas que enumera el art 57.2 será imperativa la imposición de las prohibiciones prevista en el art 48 por un tiempo que no excederá de 10 años, o bien potestativo en los casos del art 57.1 in fine, si la víctima no fueran las personas del art 57.2, y la limitación temporal que establece el propio artículo lo es por un tiempo superior entre uno y 10 años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, como lo es en el caso de asesinato que está penado con PPR. Por lo tanto si la pena impuesta en sentencia es la de PPR, difícilmente se puede establecer la duración de la prohibición del art 48 en sentencia, puesto que el tenor literal del artículo obligaría a imponerla con un redactado similar a “por un tiempo de entre 1 año y diez años superiores a la PPR”, inconcreción que debe ser rechazada por chocar frontalmente con el principio de legalidad, ya que la sentencia debe establecer la pena, para que el juez o tribunal la pueda ejecutar a tenor el art 117 de la CE, y no se puede

dejar en suspenso la ejecución de la pena condicionada ésta a que se revise la PPR, puesto que no existen las penas sujetas a condición, ya que al tratarse de la PPR, para poder fijar su duración temporal, será necesario que la PPR sea revisada, a tenor de los requisitos que antes hemos mencionados, y, si se llega a revisar y deja de ser permanente, será cuando se podrá fijar el tiempo que señala el art 57.1 puesto que habrá quedado determinada temporalmente, si bien entonces chocará con el propio art 57.1 que establece que el cumplimiento será simultáneo, no pudiendo ser simultaneo la ejecución de una pena que no se ha podido concretar su determinación temporal.

PDF generated by Kalin's PDF Creation Station