



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**EL EXAMEN DE LA LEGITIMIDAD DE LA PENA DE
PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE DESDE LAS
DISTINTAS TEORÍAS DE LA PENA**

Autor: José Dopico Quirós

Tutor: F. Javier Gómez Lanz

Derecho Penal – 5.º E3 Analytics

Madrid

Marzo de 2026

RESUMEN

Este Trabajo aborda las posibles posiciones que pueden adoptarse con respecto de la pena de prisión permanente revisable en base a las principales teorías de la pena existentes y a los distintos principios políticos y morales en que están fundadas.

El Trabajo parte de un análisis del régimen positivo de la pena: delitos a los que se aplica, carácter revisable, doctrina constitucional y doctrina jurisprudencial. A partir de dicho análisis se pasará a examinar la compatibilidad del régimen de la prisión permanente revisable con la teoría retributiva, la teoría de la prevención general y la teoría de la prevención especial.

Finalmente, se vincularán las conclusiones obtenidas en el análisis desde las distintas teorías enunciadas con los presupuestos políticos de los que parten, reflejando como estos determinan la adopción de diversas posiciones con respecto de la prisión permanente revisable.

Palabras clave: prisión permanente revisable, teoría de la pena, retribución, prevención general, prevención especial, política criminal.

ABSTRACT

This paper examines the possible positions that may be taken regarding the life imprisonment subject to review (*prisión permanente revisable*), based on the main existing theories of punishment and the various political and moral principles on which they are founded.

The paper begins with an analysis of the legal framework governing the sentence: the offences to which it applies, its reviewable nature, constitutional doctrine and case-law doctrine. Building on this analysis, it will then examine the compatibility of the reviewable life imprisonment regime with retributive theory, the theory of general deterrence and the theory of specific deterrence.

Finally, the conclusions drawn from the analysis of the various theories set out will be linked to the political premises on which they are based, reflecting how these determine the adoption of different positions regarding life imprisonment subject to review.

Title: An examination of the legitimacy of life imprisonment subject to review from the perspective of various theories of punishment

Keywords: life imprisonment subject to review, theory of punishment, retribution, general deterrence, specific deterrence, criminal policy.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

I. Introducción	10
1. Objeto y objetivos del trabajo.....	10
2. Justificación del tema	10
3. Estructura.....	11
II. Régimen positivo de la PPR	12
1. Delitos a los que se aplica.....	12
2. Régimen de revisión	13
A) Régimen general.....	13
B) Regímenes especiales: delitos de terrorismo, delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales y concurso de delitos con alguna pena de PPR.....	16
3. Algunos aspectos de la doctrina constitucional (STC 169/2021).....	17
4. Algunos aspectos de la doctrina jurisprudencial.....	20
III. PPR y la teoría retributiva	22
1. Fundamentos y propuesta general	22
2. Examen de la PPR desde la teoría retributiva.....	26
A) Compatibilidad de las penas de prisión perpetuas con la teoría retributiva	26
B) Compatibilidad de la revisabilidad de la pena con la teoría retributiva	29
IV. PPR y la teoría de la prevención general	30
1. Fundamentos y propuesta general	30
2. Examen de la PPR desde la teoría de la prevención general	33
V. PPR y la teoría de la prevención especial	36
1. Fundamentos y propuesta general	36
2. Examen de la PPR desde la teoría de la prevención especial	38
VI. Conclusiones	40
1. Balance sobre la posición que cada una de las distintas teorías de la pena adoptarían con relación a la PPR, ausencia de una posición unitaria y vinculación con postulados políticos	40
2. La adopción de una posición respecto de la PPR en base a ideas políticas.....	42

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

art.	artículo
CE	Constitución Española
CEDH	Carta Europea de Derechos Humanos
CP	Código Penal Español
CPA	Código Penal Alemán
FJ	Fundamento Jurídico
LO	Ley Orgánica
LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria
PPR	Prisión Permanente Revisable
RP	Reglamento Penitenciario
ss.	siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo
§	Sección o párrafo

I. INTRODUCCIÓN

1. OBJETO Y OBJETIVOS DEL TRABAJO

El presente trabajo pretende abordar el tratamiento que las distintas teorías de la pena existentes, y, por consiguiente, los presupuestos político-morales de los que parten, dispensarían a la pena de prisión permanente revisable, que forma parte de nuestro ordenamiento desde la aprobación de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

Pretendemos, por tanto, analizar cómo interpretan la pena de prisión permanente revisable las distintas teorías de la pena; determinar si dicha pena es compatible con los fundamentos de cada teoría; y evaluar la legitimidad de esta pena en nuestro ordenamiento desde los distintos puntos de vista, *a priori*, existentes. Asimismo, nos proponemos profundizar en los postulados políticos en que se fundan las teorías de la pena y en la influencia de estos a la hora de adoptar una determinada postura respecto de la PPR.

2. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

La pena de prisión permanente revisable ha sido objeto de amplia discusión doctrinal desde su incorporación a nuestro ordenamiento en julio de 2015. Podemos advertir dos debates diferentes pero relacionados en este sentido:

1) Por un lado, un debate sobre la constitucionalidad de esta figura en nuestro ordenamiento, por ejemplo, en torno a la tensión entre esta pena y la exigencia constitucional de reinserción social. Este debate se encuentra en el área de lo que comúnmente denominamos dogmática.

2) Por otro lado, existe también un debate sobre la legitimidad o conveniencia de esta pena en nuestro sistema. Esta discusión no es de dogmática penal, sino de política criminal.

Pues bien, en nuestra opinión ambos debates tienen en cuenta en su trasfondo la teoría de la pena. El primero, no solo por la acogida constitucional de algunos

elementos teorías concretas, sino porque la interpretación de los preceptos remite a su vez a argumentos e ideas de distintas teorías de la pena; el segundo, por cuanto la conveniencia o inconveniencia de la pena dependerá en buena medida de la finalidad que le demos a la misma.

Generalmente, la cuestión se aborda desde posturas eclécticas, es decir, ponderando argumentos de las distintas teorías de la pena para encontrar una solución intermedia. El interés de este trabajo reside, por un lado, en estudiar sistemáticamente la pena de prisión permanente revisable desde las distintas posiciones “ideales”, para así entender en mayor profundidad esos argumentos al integrarlos en corrientes de pensamiento más amplias; y, por otro, en enlazar dicho pensamiento con un determinado pensamiento político, en el que necesariamente está fundado. La utilidad del Trabajo, por consiguiente, se basa en determinar que presupuestos políticos nos pueden llevar a acoger una u otra teoría de la pena en el marco concreto del castigo más severo que impone nuestro ordenamiento: la prisión permanente revisable.

3. ESTRUCTURA

El contenido será desarrollado en un total de cinco capítulos, cada uno de los cuales constará de varios epígrafes y, en su caso, secciones y subsecciones:

a) Primero, estudiaremos la regulación positiva de esta pena en el ordenamiento español, donde nos referiremos a los delitos en que se aplica, el régimen de revisión, tercer grado y libertad condicional, así como a la doctrina constitucional y jurisprudencia relevante al respecto (capítulo II).

b) A continuación, expondremos la perspectiva retributiva, y lo haremos en dos subapartados: el primero, de fundamentos y propuesta general; el segundo, de examen de la pena de prisión permanente revisable desde la teoría retributiva (capítulo III).

c) Acto seguido desarrollaremos la teoría de la prevención general, en sus vertientes positiva y negativa, con los mismos subapartados descritos en la letra anterior (capítulo IV).

d) El cuarto capítulo se corresponde con la prevención especial y con los referidos subapartados en las dos letras anteriores (capítulo V).

e) Finalmente, incluiremos un apartado de conclusiones del trabajo, en el que, por un lado, recopilaremos las conclusiones obtenidas a partir del análisis de la PPR desde las teorías de la pena y, por otro, trataremos de determinar los distintos postulados políticos que nos pueden llevar adoptar una posición determinada con respecto de la prisión permanente revisable, sirviéndonos de las diversas teorías de la pena expuestas (capítulo VI).

II. RÉGIMEN POSITIVO DE LA PPR

Como hemos mencionado, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, incorporó la prisión permanente revisable al catálogo de penas previstas por nuestro Código Penal. En su exposición de motivos, declara:

“La necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales (...) percibidas en la sociedad como justas. Con esta finalidad, siguiendo el modelo de otros países de nuestro entorno europeo, se introduce la prisión permanente revisable para aquellos delitos de extrema gravedad, en los que los ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido”¹

Nos centramos ahora en el estudio del régimen jurídico de esos delitos “de extrema gravedad”, que el legislador ha considerado merecedores del mayor castigo previsto por nuestro ordenamiento jurídico-penal.

1. DELITOS A LOS QUE SE APLICA

Los delitos asociados a esta pena los encontramos en los artículos 140, 485.1, 573 bis 1, 605.1 y 607.1 1º y 2º de nuestro Código Penal, y son los siguientes:

En primer lugar, el art. 140 CP recoge algunos tipos agravados de asesinato, que se dará cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: que la víctima sea

¹ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE de 31 de marzo de 2015).

menor de 16 años o especialmente vulnerable por edad, enfermedad o discapacidad; que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual cometido contra la víctima; por la pertenencia del delincuente a una organización criminal; o en el caso de asesinatos múltiples.

El art. 485.1 CP, por su parte, recoge el supuesto de homicidio contra el Rey, la Reina o el Príncipe de Asturias.

En tercer lugar, el art. 573 bis 1 CP hace referencia a los delitos de terrorismo cuando causen la muerte de una persona.

El art. 605.1 CP, ubicado entre los delitos contra el Derecho de gentes, es decir, contra la comunidad internacional, recoge el supuesto de homicidio contra el jefe de un Estado extranjero o cualquier otra persona protegida por un tratado internacional que se encuentre en España.

Finalmente, el art. 607 CP prevé esta pena para los delitos de genocidio, cuando suponga el homicidio, la agresión sexual o alguna de las lesiones graves del 149 a uno de los miembros del grupo afectado.

2. RÉGIMEN DE REVISIÓN

El carácter revisable de la prisión permanente es el que ha evitado, para nuestro Tribunal Constitucional, el conflicto de esta con la exigencia de reinserción que establece el art. 25 CE². Una vez enumerados los delitos que dan lugar a la prisión permanente revisable, cabe preguntarse: ¿El ordenamiento prevé el mismo régimen de revisión para todos los delitos asociados a dicha pena? Y la respuesta, como ahora detallaremos, ha de ser negativa.

En realidad, el régimen jurídico de la prisión permanente revisable en el Código Penal es fragmentario; esto ha llevado a algunos sectores de la doctrina a elaborar una construcción más sistematizada del mismo³, que seguiremos al exponer esta cuestión:

A) Régimen General

² STC 169/2021, de 6 de octubre, FJ 10.

³ *V.gr.*, Pinto Palacios, F., “La prisión permanente revisable. Los límites del castigo en un Estado de Derecho”, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, pp. 179–184

Hablamos de régimen general al referirnos a aquellos casos en que la pena se impone como pena única y no se trata de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales (a los que, por contraste, denominaremos regímenes especiales).

El art. 36.1 CP dispone: “La pena de prisión permanente será revisada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 92”. Este último, por su parte, establece tres requisitos para que el tribunal sentenciador pueda acordar la suspensión de la ejecución de la pena: (1) que el penado haya cumplido 25 años de condena, (2) que se encuentre en régimen de tercer grado y (3) que exista un pronóstico favorable de reinserción social a ojos del tribunal y atendidas determinadas circunstancias.

El primer requisito (1) implica el cumplimiento íntegro de buena parte de la condena. Algunos autores⁴ han criticado esta premisa por cuanto se aleja del marco comparado de referencia (*v.gr.* Alemania, donde la obligación de revisar la cadena perpetua se establece a los 15 años⁵).

El tercer grado penitenciario, segundo requisito (2) del art. 92 CP, está previsto por la Ley Orgánica General Penitenciaria en su artículo setenta y dos, que establece un sistema de individualización científica, es decir, un sistema que busca la reinserción social del reo basándose en sus circunstancias y evolución personal, todo ello en cumplimiento del régimen penal basado en la reinsertabilidad del reo prefigurado por el art. 25 CE. Además del requisito general de cumplir con la responsabilidad civil derivada de delito que prevé el referido art. 72.5 LOGP, nuestro Código Penal prescribe en su artículo 36.1 la obligatoriedad de cumplir con 15 años de prisión efectiva para que los reos de este régimen general de PPR accedan al tercer grado.

La LOGP ha sido desarrollada por el RD 190/1996, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, en cuyos arts. 100 y ss. se regula la clasificación de los penados. El art. 101 RP nos dice que el tercer grado “determina la aplicación del régimen abierto en cualquiera de sus modalidades”. Por régimen abierto, nos referimos a aquellas modalidades que mantienen una mayor autonomía del reo, permitiendo que salga del centro penitenciario para realizar determinadas actividades,

⁴ Pinto Palacios, F., *op. cit.*, pp. 179–184

⁵ § 57a CPA

como trabajar o estudiar. Este régimen benigno se otorgará atendiendo a las circunstancias personales y la evolución del reo⁶; en el caso de los condenados a PPR, empero, es obligatorio cumplir con 15 años de prisión efectiva, como ya indicamos, antes de acceder al tercer grado. Esta disposición ha sido objeto de severas críticas por cuanto parece alejarse del referido sistema de individualización, restringiendo las facultades que generalmente ostenta la administración penitenciaria para reducir la estancia efectiva en prisión. Y la misma lógica encontramos en la concesión de permisos, para el que se establece un periodo obligatorio de 8 años de prisión efectiva⁷.

En lo que respecta al tercer (3) requisito, el art. 92.1 CP dispone que el tribunal deberá fundar un pronóstico favorable de reinserción social, sirviéndose de los informes del centro penitenciario y los especialistas que el propio tribunal determine y atendiendo a la personalidad del reo, sus antecedentes, efectos que quepa esperar de la suspensión, sus circunstancias familiares y sociales, etc. Parte de la doctrina⁸ ha criticado la inclusión de elementos (por ejemplo, las circunstancias del delito cometido) que nada tienen que ver con la reinsertabilidad del reo.

Finalmente, la reforma operada por la LO 1/2015 en nuestro CP ha establecido un régimen a partir del cual cabe decir que la revisión juega en la PPR un papel equivalente al de la libertad condicional en la pena de prisión. Este régimen ha modificado la libertad condicional, que no es ya una fase de cumplimiento sino una fase de suspensión de la pena, por lo que los días en libertad no computan como días de cumplimiento (al estar la pena suspendida); el mismo tratamiento dispensa a la revisión en el marco de la PPR. Algunos autores han criticado esta decisión del legislador, alegando que se desdibujan las diferencias entre dos instituciones, la libertad condicional y la suspensión de la pena, de distinta naturaleza jurídica en su origen, y supone la desnaturalización de la libertad condicional como último grado en el sistema de individualización científica de la pena⁹. Por lo demás, el tribunal debe

⁶ Cfr. art. 102 RP

⁷ Art. 36.1 CP

⁸ Daunis Rodríguez, A., “La prisión permanente revisable. Principales argumentos en contra de su incorporación al acervo punitivo español”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª época, n.º 10, 2013, pp. 80–81.

⁹ Cfr. Fernández Bermejo, D., “La desnaturalización de la libertad condicional a la luz de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal”, *La Ley Penal*, n.º 115, julio-agosto 2015.

revisar cada 2 años el cumplimiento de los requisitos de la libertad condicional (art. 92.4 CP) y podrá condicionar la suspensión al cumplimiento de deberes y medidas de diversa naturaleza (art. 83 y 84); por su parte, el juez de vigilancia penitenciaria podrá revocar la “suspensión de la ejecución del resto de la pena y la libertad condicional concedida” (art. 92.3 CP) cuando un cambio en las circunstancias no permitan mantener el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundó la suspensión.

B) Regímenes Especiales: delitos de terrorismo, delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales y concurso de delitos con alguna pena de PPR

Para evitar reiteraciones, en este apartado precisaremos únicamente aquellas cuestiones en que se dispense un tratamiento distinto al del régimen general, entendiendo que en todo lo no mencionado el régimen es idéntico al ya explicado.

Empezaremos por tratar el caso del terrorismo. Nos referimos ahora a aquellos delitos previstos en el Capítulo VII, Título XXII, Libro II del CP: “De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo”. Sin duda se trata de un régimen más severo que el general, basándonos en dos hechos:

- i. Se agravan los requisitos de acceso al tercer grado.
- ii. Se añaden requisitos para que el tribunal pueda acordar la suspensión de la ejecución de la pena.

En primer lugar, el art. 36 CP establece un cumplimiento obligatorio de 20 años de prisión efectiva, frente a los 15 del régimen general, como requisito para el acceso al régimen de tercer grado.

En segundo lugar, para que pueda acordarse la suspensión de la ejecución serán precisos dos requisitos adicionales, dispuestos por el art. 92.2 CP: que el penado haya abandonado los fines y medios de actividad terrorista y que haya colaborado activamente con las autoridades en la lucha contra el terrorismo (para atenuar los efectos de su delito, capturar a otros responsables terroristas, obtener pruebas, etc.).

Además de estos dos, el artículo 78 bis agrava los requisitos de acceso al tercer grado y a la suspensión cuando el condenado los sea por dos o más delitos y uno de ellos sea de terrorismo o cometido en el seno de una organización criminal, como señalaremos a continuación.

Pasamos ahora al caso de los concursos de delitos. Aparte de la referencia del art. 92.1 CP, que establece obligación de valorar los requisitos de la letra c) (personalidad del penado, antecedentes, circunstancias del delito, etc) tomando en conjunto todos los delitos cometidos para poder acordar la suspensión, la regulación del concurso de delitos con PPR se encuentra fundamentalmente en el art. 78 bis CP. Este último dispone los años de prisión efectiva necesarios para (i) el acceso al tercer grado y (ii) para la suspensión de la ejecución cuando el condenado lo es por varios delitos y al menos uno este castigado con la pena de PPR:

- i. El acceso al tercer grado requerirá: a) de un mínimo de 18 años de prisión cuando las penas distintas de la PPR sumen más de 5 años de prisión; b) de un mínimo de 20 años de prisión cuando las penas distintas de la PPR sumen más de 15 años de prisión; c) de un mínimo de 22 años de prisión cuando las penas distintas de la PPR sumen más de 25 años de prisión o cuando más de uno de los delitos tengan asociada la pena de PPR.
- ii. Por su parte, la suspensión de la ejecución requerirá de un mínimo de 25 años de prisión en los supuestos descritos en los apartados a) y b) y de 30 años en el del apartado c).

Ahora bien, para los delitos de terrorismo y los cometidos en el seno de organizaciones criminales, siguiendo los apartados a), b) y c) utilizados por el art. 78 bis CP, se agravan estos requisitos: (i) para el acceso al tercer grado, 24 años de prisión efectiva en el caso de los apartados a) y b) y 32 años en el caso del apartado c); (ii) para la suspensión de la ejecución, 28 años para el caso de los apartados a) y b) y 35 años para el caso del apartado c).

3. ALGUNOS ASPECTOS DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL (STC 169/2021)

En 2015, los Grupos Parlamentarios Socialista; Catalán de Convergencia i de Unió; IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural; Unión Progreso y Democracia; Vasco (EAJ-PNV) y Mixto presentaron un recurso de inconstitucionalidad contra la LO 1/2015. El TC falló declarando constitucional la norma en la STC 169/2021; conviene, empero,

hacer referencia a algunos de los argumentos esgrimidos por éste antes de pasar al análisis de la PPR desde las distintas teorías de la pena, por cuanto se trata de una doctrina interpretativa que viene a completar el régimen positivo dispuesto por el legislador. Nos centraremos en las cuestiones más próximas a la teoría de la pena, que es el objeto de nuestro estudio.

Uno de los motivos de impugnación de la norma era el entendimiento de que la misma entraba en contradicción con la prohibición del art. 15 CE de penas inhumanas o degradantes por dos razones: la posibilidad de que la misma devenga perpetua y la extrema aflicción de una pena de tales características.

El TC acoge, en lo que se refiere a la posible perpetuidad de la pena, la doctrina del TEDH que ha establecido que la cadena perpetua no es inhumana ni degradante (no contraviene el art. 3 de la CEDH) mientras exista la posibilidad de revisión de la misma, y por tanto cuando la pena sea redimible *de iure* o *de facto*; y basta con la mera posibilidad, no considerándose irredimible porque se cumpla en su integridad (FJ 4). La mera posibilidad de previsión, por tanto, humaniza la cadena perpetua. Pero en el seno de esta cuestión, el TEDH añade: “El mero hecho de que estos reclusos hayan cumplido ya un periodo largo de pena de prisión no debilita la obligación positiva del Estado de proteger a la sociedad; los Estados deben cumplir con esta obligación manteniendo en prisión a estos reclusos mientras continúen representando un peligro para la sociedad”¹⁰. Esta justificación, de carácter marcadamente inocuidador (proteger a la sociedad del peligro que representa el reo), conduce al TC a la conclusión de que la PPR no contravendrá la prohibición de penas inhumanas y degradantes (art. 15 CE) cuando se establezca un sistema de revisión que tenga en cuenta la evolución de la peligrosidad del reo.

Atendiendo a esta premisa, el Tribunal ofrece el siguiente test de humanidad (y, por tanto, de constitucionalidad a este respecto):

- i) la pena debe ser objetivamente revisable;
- ii) debe ofrecer una expectativa realista al reo;
- iii) el procedimiento para recuperar la libertad debe ser determinado, claro y cognoscible;
- iv) la decisión liberatoria debe tener en cuenta la evolución individual;

¹⁰ STEDH (Gran Sala), asunto *Vinter y otros c. Reino Unido*, de 9 de julio de 2013.

- v) el reo debe recibir, de manera voluntaria, el tratamiento adecuado para favorecer su evolución.

Los 4 primeros elementos, que se corresponden con lo que el TEDH denomina “reductibilidad *de iure*”, considera el TC que quedan garantizados el imponerse al tribunal el examen periódico de las condiciones del reo para su reinserción social (art. 92 CP).

El quinto, correspondiente a la “reductibilidad *de facto*”, plantea en su análisis de constitucionalidad un problema por cuanto se refiere a la suficiencia de medios. Como dice el tribunal [FJ 4 a) *in fine*], “la inconstitucionalidad de la norma no puede basarse en la disponibilidad de medios: se trata de una cuestión que por estar relacionada con la aplicación de la ley, no es susceptible de integrar el juicio abstracto de constitucionalidad, sin perjuicio de las consecuencias jurídicas que puedan derivarse en otros ámbitos.”

Los recurrentes argumentan, asimismo, que la PPR vulnera el principio de proporcionalidad patente en los arts. 17.1 y 25.1 CE.

Pese a la libertad que nuestra Carta Magna otorga al legislador en lo relativo a la política criminal, el TC ha admitido la posibilidad de que una pena sea inconstitucional por falta de proporcionalidad cuando se entienda que dicha falta vulnera “el valor fundamental de la justicia propio de un Estado de Derecho y de una actividad pública no arbitraria y respetuosa con la dignidad de la persona”¹¹. La PPR, para el Tribunal, es adecuada, necesaria y proporcional en sentido estricto (de acuerdo con el examen de proporcionalidad propuesto por la STC 60/2010).

En cuanto al principio de resocialización, acogido por nuestro texto constitucional en su artículo 25, lo trata la Tribunal en el FJ 10, y nos dice que queda garantizado con el ya mencionado sistema de individualización científica.

De la doctrina del TC se desprende, por tanto, que la PPR solo tiene cabida en nuestro sistema en cuanto la misma sea objetivamente revisable observando estrictamente los principios y normas que componen el sistema de individualización científica.

¹¹ V.gr. SSTC 66/1985, FJ 1; 65/1986, FJ 2; 160/1987, FJ 6 b); 111/1993, FJ 9; 50/1995, FJ 7

4. ALGUNOS ASPECTOS DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Una vez cerrada la discusión sobre la constitucionalidad de la PPR en nuestro sistema, es preciso abordar las aportaciones hechas por el Tribunal Supremo, cuya doctrina, a pesar de no ser fuente del derecho, complementa con su interpretación el contenido de las normas, en términos del artículo 1.6 de nuestro Código Civil.

Antes de acometer el análisis de la doctrina jurisprudencial en materia de PPR nos gustaría remarcar que, a diferencia de la doctrina del TC, el TS ha complementado la regulación positiva sólo en lo referido a determinados supuestos de aplicación. Por tanto, es muy poco lo que puede extraerse en relación con el tema central de este Trabajo: el fundamento de la sanción. Esta circunstancia explica la brevedad con que trataremos la cuestión. Sin embargo, en vistas a ofrecer una panorámica verdaderamente acabada del régimen vigente, es necesario aludir, siquiera sucintamente, a las aportaciones del TS en relación con la PPR.

A nuestro juicio, la doctrina jurisprudencial ha pivotado esencialmente en torno a una idea: la aplicación (o ausencia de aplicación) del principio *non bis in idem*. Así, el punto de conflicto se encuentra en determinar la compatibilidad entre la alevosía por desvalimiento y la hipercualificación del artículo 140.1.1ª CP de persona especialmente vulnerable por razón edad, enfermedad o discapacidad.

En este sentido, podemos apreciar una evolución doctrinal que, partiendo de una posición más restrictiva, ha ido avanzando hacia el compatibilismo entre ambos conceptos.

La primera posición se vería ejemplificada por la STS 716/2018¹², donde el Tribunal sostuvo la imposibilidad de apreciar el asesinato agravado (y, por ende, de imponer la pena de PPR) por aplicación del principio *non bis in idem*:

“[L]a causación de la indefensión proviene tanto del ataque sorpresivo como de la especial situación de la vulnerabilidad de la víctima por su enfermedad o discapacidad.

¹² STS 716/2018, de 16 de enero.

(...) [L]a situación de desvalimiento, o si se prefiere la especial vulnerabilidad de la víctima por razón de su enfermedad o discapacidad, tal como resulta del contenido de la resolución recurrida, integraba de modo inescindible junto al ataque sorpresivo, la situación de indefensión que posibilitó la estimación de la circunstancia de alevosía.

La consecuencia es, que no es dable estimar la hiperagravación del art. 140.1.1ª, la situación de vulnerabilidad, so pena de incurrir en proscrita doble valoración.”

Sin embargo, pronunciamientos posteriores han resultado más “flexibles” a la hora de castigar con la pena máxima en este tipo de supuestos¹³. Un ejemplo de su razonamiento lo encontramos en la STS 36/2023¹⁴:

“[L]o anterior no implica que la circunstancia de agravación tomada en cuenta para la conformación del tipo no pueda también desplegar efectos agravatorios en la determinación de la pena aplicable sin lesionar el principio de prohibición de la doble valoración. Ello será posible cuando su consideración contribuya de forma esencial a la caracterización especial del hecho particular dentro del grupo del delito del que forma parte. De tal modo, si aporta una especificidad -un cuño de individualización, se precisa por la doctrina- en la forma en que se ejecutó el hecho o en su gravedad, ese "aliud" prestará fundamento material a la cualificación punitiva del delito. De contrario, si dicha circunstancia no aporta nada nuevo en la desvalorización del supuesto concreto, carecerá de toda razón de ser que pueda utilizarse para fundar la plusagravación de la pena.

(...) Pues bien, en el caso se identifica con toda claridad ese "aliud" cualificante. No se castiga más porque se tome en cuenta la alevosía como elemento del tipo y, al tiempo, como determinante de la agravación punitiva del resultado. No estamos ante un supuesto de "doble alevosía". Sin perjuicio de la -mejorable- técnica legislativa con la que se redactó el tipo del artículo 140.1.1º CP, lo que funda la agravación penológica es que la acción alevosa que determina la calificación del delito como asesinato recae sobre una víctima que reúne determinados indicadores -por su edad o sus condiciones personales de vulnerabilidad- que le hacen merecedora de una mayor protección. Lo que comporta, como consecuencia, que esa concreta muerte alevosa

¹³ *V. gr.* STS 82/2024, de 25 de enero; STS 585/2022, de 14 de junio; o STS 560/2022, de 8 de junio.

¹⁴ STS 36/2023, de 26 de enero.

incorpore una mayor tasa de antijuricidad, de mayor desvalor, justificando, a la postre, un reproche más grave”.

Como puede apreciarse, la evolución jurisprudencial conduce a ampliar considerablemente el número de supuestos en que se impone la PPR; a nuestro juicio, de forma errónea. No compartimos el argumento de que, por un lado, se castigue el aprovechamiento del agresor de la situación de especial vulnerabilidad y, por otro, la especial vulnerabilidad que el legislador ha querido dotar de mayor protección. En nuestra opinión, se agrava el castigo cuando el delito se comete contra personas en situación de especial vulnerabilidad bajo el entendimiento de que es más grave matar a quien, precisamente por su especial vulnerabilidad, no se encuentra en condiciones de igualdad, *id est*, no puede defenderse como lo haría un sujeto estándar. La cuestión de fondo en ambos supuestos es esencialmente la misma y, por tanto, quedaría proscrita por aplicación del principio *non bis in idem*.

III. PPR Y LA TEORÍA RETRIBUTIVA

1. FUNDAMENTOS Y PROPUESTA GENERAL

La teoría retributiva forma parte de una clasificación más amplia denominada por la doctrina como “teorías absolutas”, de las cuales el retributivismo es la expresión paradigmática. Se distinguen estas teorías por oposición a las teorías relativas: mientras que las últimas afirman que la pena ha de poseer una finalidad utilitaria, las primeras consideran que la pena no es más que una respuesta necesaria contra el delito.

Como teoría diferenciada, pero a su vez como precedente histórico de la teoría retributiva, encontramos la expiación. Según esta, por medio del sufrimiento el delincuente puede aplacar su culpa (purificar sus pecados). Esta teoría, de marcado acento religioso, hunde sus raíces en la Edad Media¹⁵, en el seno de sociedades teocéntricas y de tradición filosófica escolástica, cuyo influjo perduró en la

¹⁵ *V.gr.* Tomás de Aquino, *Suma teológica*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid.

modernidad temprana¹⁶. Podemos decir que antecede al retributivismo en tanto que la pena presenta una finalidad “intrínseca”, de purificación. Por otro lado, tal y como expone Roxin en su Parte General¹⁷, las Iglesias de ambas confesiones han apoyado históricamente la retribución como fundamento de la pena. No hablamos solo de la expiación, de eminente tradición católica; existe también una teoría cristiana de la retribución, denominada por algunos autores como “Retribución Divina”¹⁸, presente tanto en la obra de autores protestantes como Althaus y Trillhaas, como en el mensaje del Papa Pío XII para el VI Congreso Internacional de Derecho Penal: “Pero el Juez supremo en su juicio final aplica únicamente el principio de la retribución. Este debe, pues, poseer ciertamente un valor no despreciable”¹⁹. Jescheck y Weigend destacan como base de este pensamiento la teoría de los dos reinos (el orden mundial como creación divina) y la teoría de la analogía del ente (correspondencia entre la esencia divina y humana)²⁰.

Pero el retributivismo en sentido estricto nace de la mano del idealismo alemán, entre cuyos teóricos suelen destacarse a este respecto dos nombres: Kant y Hegel.

Desde el punto de vista histórico, puede explicarse como una “reacción ideológica centrada en la revaloración del hombre—como tal y en sí mismo— y en la preocupación por la dignidad del condenado, frente a los abusos del antiguo régimen, de los primeros revolucionarios burgueses y en contra de las concepciones utilitaristas de la pena, muchas de ellas fundadas en el contrato social, propuestas por los penalistas de la Ilustración”²¹. Un ejemplo señalado de esta noción ilustrada y contractualista de la pena la encontramos en la obra del Marqués de Beccaria, para quien el fundamento del derecho a castigar la encuentra el soberano en “la necesidad de defender el depósito de la salud pública de las particulares usurpaciones”²² y el fin de la pena “no

¹⁶ V.gr. De Castro, A., *De potestate legis poenalis*, Ioannes Giunta, Salmanticae, 1550

¹⁷ Roxin, C., *Derecho penal. Parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 1997, p. 83.

¹⁸ Durán Migliardi, M., “Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el derecho penal actual”, *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, n.º 16, 2011, p. 94.

¹⁹ Pío XII, “Discurso a los participantes en el VI Congreso Internacional de Derecho Penal (Parte V)”, de 3 de octubre de 1953.

²⁰ Jescheck, H.-H.; Weigend, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Volumen I*, 5.ª ed., Comares, Granada, 2014, p. 105.

²¹ Durán Migliardi, M., *op. cit.*, p. 93.

²² Beccaria, C., *De los delitos y de las penas*, ed. de M. Martínez Neira, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2015, p. 20.

es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales”²³.

Kant se opuso expresamente a esta concepción. Partiendo de la idea, central en su filosofía moral, de que el hombre nunca debe ser tratado como medio sino como fin en sí mismo²⁴, es difícil aceptar teorías relativistas de la pena, a las que “precisamente reprochaba Hegel que trataba al condenado como a un perro con un palo, en lugar de respetar su honor y su libertad.”²⁵ Para Kant, el condenado no puede “ser utilizado como un simple medio de las intenciones de otros y mezclado con los objetos del Derecho patrimonial”²⁶.

De acuerdo con este pensamiento, para respetar la dignidad humana, la justificación de la pena no puede estar en fines ulteriores, sino exclusivamente en la realización de la justicia como valor ideal²⁷. Que la justicia exige castigar a los delincuentes, es algo que Moore ha justificado con su concepto de *moral desert*: “*I suspect that almost everyone at least has a tendency - one that he may correct as soon as he detects it himself, but at least a tendency - to judge culpable wrongdoers as deserving of punishment*”²⁸. La pena es un fin en sí mismo, una manifestación concreta de la realización de la justicia. Si el tercero de los *tria iura praecepta* consistía en dar a cada uno lo suyo (*suum cuique tribuere*)²⁹, la pena es, para los retributivistas, dar al delincuente lo que le corresponde; es incluso, en palabras de Hegel, un “derecho impuesto en el delincuente mismo”³⁰.

²³ Beccaria, C., *op. cit.*, p. 34.

²⁴ Kant, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, ed. de P. M. Rosario Barbosa, trad. de M. García Morente, San Juan, 2007, p. 41.

²⁵ Hassemer, W.; Muñoz Conde, F., *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 151.

²⁶ Hassemer, W.; Muñoz Conde, F., *loc. cit.*

²⁷ Cordini, en un interesante artículo, ha planteado la posibilidad de que Kant se sirviese también de finalidades preventivo-generales al tratar la imputación: para ser castigado, el sujeto debe ser capaz de ser motivado por normas. El problema habría sido que, tras la instauración de la dogmática jurídico-penal a principios del S. XIX, la doctrina sobre la imputación propuesta por Kant fue rechazada por considerarse “apriorística y metafísica”, por lo que su teoría de la pena pasó a ser estudiada de modo aislado, llevando a resultados engañosos sobre la posición que adoptaría Kant a este respecto. (*vid.* Cordini, N. S., “La finalidad de la pena es, según Kant, ¿puramente retributiva?”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XLIII, 2014, pp. 671–701).

²⁸ Moore, M. S., “The moral worth of retribution”, en Schoeman, F. (ed.), *Responsibility, character, and the emotions: New essays in moral psychology*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997, pp. 183-184.

²⁹ Ulpiano, *Digesto*, 1.1.10.1.

³⁰ Hegel, G. W. F., *Filosofía del Derecho*, § 100.

De ahí que cobre especial importancia, desde la perspectiva retributiva, el principio de proporcionalidad, “dado que la culpabilidad aquí no solo es el fundamento de la pena sino también su medida”³¹. En efecto, si la pena es la justa retribución del delito, no puede exceder la gravedad del reproche ni tampoco quedarse corta. Por ello, suele destacarse como principal aportación del retributivismo el haber desarrollado el Principio de Culpabilidad, como principal instrumento limitador del *Ius Puniendi* del Estado. Así, se ha dicho que las teorías absolutas “impiden sacrificar al individuo en favor de la generalidad”³². Como contrapartida, la pena ha de ejecutarse siempre y en su totalidad, ya que ha sido impuesta en atención a la gravedad del delito y no puede verse minorada por la concurrencia de otras circunstancias (*v.gr.* el buen comportamiento del reo) que no hacen sino poner de manifiesto consideraciones utilitarias.

Entre sus críticos más vigorosos suele destacarse a Roxin, quien, tras ponderar la gran influencia que el idealismo y la tradición cristiana (históricamente los principales adalides de la retribución, según éste) han tenido en la doctrina penal alemana, le opone tres razones³³:

- 1) En primer lugar, la teoría de la retribución presupone la necesidad de pena, sin cuidarse de su fundamentación³⁴. Nos dice que la pena sirve para retribuir el delito, pero no cuando se ha de imponer una pena; el retributivismo falla al trazar un límite en cuanto al contenido de la potestad punitiva estatal. Para Roxin, esto constituye no solo una debilidad teórica, sino también un peligro práctico, otorgando una libertad al legislador penal en la configuración de los tipos que, por otro lado, no es compatible con los sistemas constitucionales modernos (en los que el castigo se funda en la idea – cuya erosión hoy en día es evidente³⁵ – de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido³⁶)

³¹ Durán Migliardi, M. *op. cit.*, p. 95

³² Bacigalupo, E., *Derecho penal. Parte general*, 2.^a ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 32.

³³ Roxin, C., “Sentido y límites de la pena estatal”, en *Problemas básicos del Derecho penal*, Reus, Madrid, 1976, pp. 12–15.

³⁴ Puede objetarse, a este planteamiento de Roxin, que éste le imputa al retributivismo una pregunta a la que la teoría retributiva no pretende responder: la fundamentación del derecho penal. En realidad, las teorías de la pena responden a “porqué castigamos”, no a “qué debemos castigar”; Roxin y otros autores confunden ambas preguntas, aglutinándolas bajo la noción de bien jurídico protegido.

³⁵ Silva Sánchez, J.-M., “No sólo bienes jurídicos”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, 2009.

³⁶ Roxin, C., *Derecho penal. Parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 1997, p. 84.

- 2) La idea de que la pena es una compensación de culpas es igualmente insatisfactoria, por cuanto la propia idea de culpabilidad asume la existencia de una libertad de la voluntad que es científicamente indemostrable.
- 3) Finalmente, la idea de que el mal causado con la pena sirve para compensar el mal causado con el delito (es decir, de que con un mal se “borra” otro mal), “sólo se puede hacer plausible mediante un acto de fe”³⁷, lo que no puede imponerse en nuestros sistemas constitucionales.

2. EXAMEN DE LA PPR DESDE LA TEORÍA RETRIBUTIVA

A nuestro juicio, para considerar la pena de PPR compatible con la teoría retributiva es preciso evaluar dos cuestiones, en el siguiente orden discutidas:

- i. Que la posible perpetuidad de la pena de prisión sea compatible con el retributivismo.
- ii. Que el carácter revisable de la pena sea compatible con el retributivismo.

Ofrecemos a continuación dicho análisis:

A) Compatibilidad de las penas de prisión perpetuas con la teoría retributiva

A pesar de las bondades reconocidas al retributivismo en relación con el desarrollo del principio de Culpabilidad, existe la creencia errónea de que la teoría retributiva está vinculada con la imposición de penas severas. Probablemente dicha idea se funda en que, en sus orígenes, el retributivismo acogía una idea de equivalencia entre delitos y penas muy próxima a la del Talión.

Pero la idea kantiana de retribución ha sufrido una evolución que parece imprescindible poner de manifiesto. Si bien para Kant la pena es un imperativo categórico, Hegel llega a unos resultados muy parecidos entendiendo que el delito es la negación del derecho y la pena la negación de dicha negación, lo que reestablece la

³⁷ Roxin, C., “Sentido y límites de la pena estatal”, en *Problemas básicos del Derecho penal*, Reus, Madrid, 1976, p. 14.

vigencia del orden jurídico, “el restablecimiento del Derecho”³⁸. Pero, desde el punto de vista material, existe otra diferencia de suma importancia: mientras Kant aplica un principio de proporcionalidad de las penas equivalente al de la Ley del Tali3n, Hegel lo rechaza y “sustituye por la idea de la equivalencia de delito y pena, y en esta forma se ha impuesto la teor3a de la retribuci3n durante los siguientes 150 a3os”³⁹. Para Hegel “esa identidad que se funda sobre el concepto no es la igualdad en la naturaleza espec3fica, externa, de la vulneraci3n, sino en la que es en s3 de acuerdo al valor de la misma.”⁴⁰ En efecto, esta idea de equivalencia ha permanecido en el pensamiento de autores contempor3neos como Michael S. Moore⁴¹.

Dicha equivalencia parece dejar, en realidad, una ampl3sima libertad al legislador en la configuraci3n de las penas, pues 3nicamente exige una gradaci3n en funci3n de la gravedad del delito (que no se castigue m3s severamente un crimen de menor gravedad que uno de mayor y viceversa), dejando al margen la cuesti3n valorativa de la determinaci3n concreta de las penas. Es m3s, la propia cuesti3n de la gravedad de los delitos puede variar de un sistema a otro, jugando un papel decisivo las costumbres y la tradici3n jur3dica de cada pueblo; la “conciencia com3n del pueblo”, en expresi3n de Savigny⁴². Est3 equivalencia entre el delito y la pena es lo que com3nmente se ha denominado proporcionalidad absoluta.

Es particularmente claro, a este respecto, el siguiente fragmento de Moore:

“First, retributivism is sometimes identified with a particular measure of punishment such as lex talionis, an eye for an eye (e.g., Wilson and Herrnstein, 1985, p. 496), or with a kind of punishment such as the death penalty. Yet retributivism answers a question prior to the questions to which these could be answers. True enough, retributivists at some point have to answer the “how much” and “what type” questions for specific offenses, and they are committed to the principle that punishment should be graded in proportion to desert; but they are not committed to any particular penalty scheme nor to any particular penalty as being deserved. Separate argument is needed to answer these “how much” and “what type” questions,

³⁸ Hegel, G. W. F., *Filosof3a del Derecho*, § 99.

³⁹ Roxin, C., *Derecho penal. Parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teor3a del delito*, Civitas, Madrid, 1997, p. 83.

⁴⁰ Hegel, G. W. F., *Filosof3a del Derecho*, § 101.

⁴¹ Moore, M. S., *op. cit.*

⁴² Savigny, F. C. von, *De la vocaci3n de nuestra 3poca para la legislaci3n y la ciencia del Derecho*, trad. de J. D3az Garc3a, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2015, p. 20.

after one has described why one is punishing at all. It is quite possible to be a retributivist and to be against both the death penalty and lex talionis, the idea that crimes should be punished by like acts being done to the criminal.”⁴³

Por tanto, si bien queda claro que la teoría retributiva no impone penas especialmente graves para los delitos especialmente graves (como la pena de muerte o la cadena perpetua), tampoco las proscribire. Lo que sí parece es que, de existir dichas penas, deben asociarse a aquellos delitos considerados de mayor gravedad en cada sistema.

En nuestro caso, la pena de PPR es el mayor castigo que nuestro Código Penal dispensa hoy en día en España. En consecuencia, deberá imponerse en aquellos delitos también de mayor gravedad, lo que pasamos a analizar en seguida.

En su exposición de motivos, la LO 1/2015 afirma: “La reforma introduce una nueva pena de prisión permanente revisable, que podrá ser impuesta únicamente en supuestos de excepcional gravedad –asesinatos especialmente graves, homicidio del Jefe del Estado o de su heredero, de Jefes de Estado extranjeros y en los supuestos más graves de genocidio o de crímenes de lesa humanidad– en los que está justificada una respuesta extraordinaria mediante la imposición de una pena de prisión de duración indeterminada (prisión permanente)”.

Tratándose, como ya dijimos, de una cuestión valorativa el determinar que delitos son más graves, pensamos que es pacífico afirmar que, hoy en día en España, los delitos castigados con la PPR son aquellos que se consideran de mayor gravedad y, por tanto, vinculados con bienes jurídicos de especial importancia (la vida, el mantenimiento del orden constitucional, las relaciones pacíficas con otros estados, etc.). Es más, nos parece que el legislador, cuyos actos, en nuestro sistema, son entendidos como expresión de la voluntad general, estaría virtualizando este juicio que hacemos sobre qué delitos se consideran más graves para el conjunto de los españoles. Dicho planteamiento quedaría confirmado por el TC al afirmar que las consideraciones de política criminal que conducen a aprobar la PPR “no resultan axiológicamente incompatibles con la Constitución, pues tratan de hacer patente el extraordinario contenido del injusto y de la culpabilidad que representa la vulneración de bienes jurídicos del más alto rango –singularmente la vida humana– y la necesidad

⁴³ Moore, M. S., *op. cit.*, pp. 179-180

de compensarlo mediante una respuesta penal más intensa que permita mantener en la población la conciencia del Derecho y el sentimiento de Justicia”⁴⁴. Por tanto, parece claro que se cumple con el requisito de proporcionalidad absoluta antes mencionado.

Por otra parte, es preciso también estudiar la proporcionalidad de la PPR con las penas asociadas a la comisión de otros delitos, es decir, si se cumple con el requisito de proporcionalidad relativa: la correspondencia entre las penas previstas para distintas conductas. Y, en este sentido, tampoco podemos afirmar que la PPR sea desproporcionalmente severa. En nuestro sistema, la pena de prisión está prevista incluso para algunos delitos sin víctima; ejemplo notable son los delitos fiscales del artículo 305 CP, donde las penas de prisión pueden ir de 1 a 5 años de prisión, con posibilidad de agravación. Más supuestos encontramos en los delitos de malversación, fraude a la Seguridad Social o la alteración de precios en subastas públicas. También está prevista la pena de prisión para las agresiones sexuales más leves del artículo 178.1 CP. Nuestro sistema condena penalmente la omisión del deber de socorro, a diferencia de otros, como el de California, donde por otra parte existe la pena de cadena perpetua.

Lo que queremos ejemplificar es que, lejos de ser antipunitivista, la respuesta penal (y muchas veces de prisión) es utilizada frecuentemente por el legislador español en delitos de gravedad harto inferior a los asociados a la PPR, lo que supone una respuesta positiva, en nuestra opinión, al juicio de proporcionalidad relativa propio de una concepción retributivista en el marco de la PPR.

B) Compatibilidad de la revisabilidad de la pena con la teoría retributiva

Pasamos, ahora, a la segunda parte de nuestro análisis: si el carácter revisable de la PPR tiene cabida desde una concepción retributiva.

Migliardi identifica como nota común de las teorías retributivas el entendimiento de que “la pena que corresponde al delito tiene que ejecutarse siempre y en su totalidad. Por ello, para los partidarios de las teorías absolutas, la no ejecución de la pena o su ejecución parcial son actos inconcebibles y totalmente contrarios a su teoría de la pena, ya que, por principio, dichos hechos se enfrentan con las exigencias

⁴⁴ STC 169/2021, FJ6, *in fine*.

irrenunciables de la Justicia y el Derecho.”⁴⁵ Desde este punto de vista, el carácter revisable de la PPR la haría totalmente irreconciliable con la teoría retributiva.

Sin embargo, existen autores que han reconducido ciertas circunstancias posteriores a la comisión del hecho delictivo a la idea de merecimiento. Así, en sede de prescripción, se ha dicho que su justificación desde el punto de vista retributivo antecede a las consideraciones preventivo-especiales (el carácter desocializador de imponer una pena transcurrido el tiempo suficiente) y no es otra que “la falta (o al menos extrema debilidad) del grado de vinculación entre la persona que ha cometido el injusto en el pasado y la persona que se encuentra frente al tribunal en el presente.”⁴⁶ Esta lógica es en alguna medida aplicable al carácter revisable de la PPR, y ello debido a que admite la posibilidad de modular el merecimiento de ser castigado con circunstancias posteriores a la comisión del delito. Si el hombre que se encuentra frente al tribunal ya no es el mismo por el paso del tiempo, lo mismo puede decirse por la concurrencia de otras circunstancias ajenas al injusto penal, como la evolución en su comportamiento. A pesar de ello, por cuanto la revisión está supeditada explícitamente a la posibilidad de formar un pronóstico favorable de reinserción social, es difícil compatibilizarla totalmente con la perspectiva retributiva, ajena a este tipo de consideraciones.

IV. PPR Y LA TEORÍA DE LA PREVENCIÓN GENERAL

1. FUNDAMENTOS Y PROPUESTA GENERAL

Hablamos de la Prevención General para referirnos a aquellas teorías de la pena que fundan el fin último del castigo penal en evitar o limitar la comisión de delitos influyendo en el comportamiento de la colectividad. Tradicionalmente se han dividido dichas teorías en negativas y positivas, destacando en las primeras el carácter

⁴⁵ Durán Migliardi, M., *op. cit.*, p. 95.

⁴⁶ Demetrio Crespo, E., “Prescripción penal y Estado de Derecho”, *Revista Penal*, n.º 52, 2023, p. 75.

“intimidatorio” de la pena y en las segundas la voluntad de “reforzar la confianza en el ordenamiento jurídico”.

El planteamiento de que la pena tiene una finalidad preventiva no es nuevo y hunde sus raíces en la filosofía clásica. A Séneca le atribuimos el famoso aforismo *nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur* (Ninguna persona prudente castiga porque se ha pecado, sino para que no se peque) que en el *De Ira* pone en boca de Platón, y este mismo escribió en el *Protágoras*: “Nadie al castigar un culpable tiene por mira ni toma por móvil el hecho mismo de la falta cometida, a menos de abandonarse como bestia feroz a una venganza desprovista de razón; pero el que cuida de castigar inteligentemente no castiga por el pasado—porque lo que está hecho, hecho está—sino en previsión del porvenir, para que el culpable y los testigos de su punición no sientan intención de recaer”⁴⁷. En la obra citada, Antón y Oneca señala, en medio de una considerable enumeración de autores “preventivistas” a lo largo de la historia, que “Al mismo Cerdan de Tallada, tan preocupado por la situación de los presos, le parece conveniente - siguiendo a Tito Livio - que las prisiones se encuentren en lugar público de la ciudad y que sean temerosas para espantar a los hombres malos y delincuentes”.⁴⁸ Así pues, parece claro que la prevención general, quizás no en tales términos enunciada, ha permanecido en el pensamiento sobre los fines de la pena desde tiempos remotos.

Durante la ilustración, sin embargo, tales doctrinas nacen de la mano del contractualismo (nos remitimos, a este respecto, a la ya mencionada obra del Marqués de Beccaria). Naturalmente, si el estado surge como consecuencia de un contrato entre sus miembros, estos sólo han podido permitir el mal que entraña la pena en la medida en que sea necesario para la conservación social. El arraigo filosófico se encuentra, a su vez, en la doctrina utilitarista propuesta por Jeremy Bentham: si la moralidad de una acción se funda en su capacidad para producir el mayor bien (o el menor mal) al mayor número de personas, el castigo es un mal admisible en cuanto sirva para

⁴⁷ *Vid.*, Antón y Oneca, J., *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1944, p. 10.

⁴⁸ Antón y Oneca, J., *op. cit.*, p. 27

maximizar la “felicidad general”, es decir, en cuanto produzca más bien que mal, o menos mal que las demás opciones.⁴⁹

Su sorprendente parecido con los fines de la pena propuestos durante el antiguo régimen lo salvan los ilustrados aludiendo a que aquella pena era “singularmente dispendiosa - como dirá Bentham -, había sobrepasado con creces la medida de la necesidad”⁵⁰. Para moderar este aspecto, se sirvieron del principio de legalidad y el de proporcionalidad, sin reparar en que con este último daban la medida de la retribución para su teoría, aunque argumentando, por otra parte, que las penas desproporcionadas son tan enemigas de la prevención general bien entendida como la total ausencia de penas.

Respecto de la bifurcación *ab initio* aludida, es de señalar que la prevención general nació antes en su vertiente negativa que positiva. A comienzos del S. XIX, Feuerbach desarrolló su teoría de la coacción psicológica: según está, la finalidad de la pena consistía en provocar en la psique del indeciso (esto es, del potencial delincuente) un desagrado capaz de detraerle de sus impulsos hacia el delito. Este planteamiento afirma que muchas personas solo contienen sus impulsos antijurídicos por los graves inconvenientes en que pueden resultar. Más adelante, Freud dirá que es necesario privar al (delincuente) envidiado “del fruto de su atrevimiento”⁵¹. Como puede apreciarse, estas teorías constituyen fundamentalmente una doctrina de la amenaza penal.

Posteriormente, como consecuencia de la lucha de escuelas entre los partidarios de la pena retributiva, de la prevención general y de la prevención especial, cobraron relevancia las teorías eclécticas de la pena: aquellas que mezclaban y equilibraban aspectos de las distintas teorías existentes. Este eclecticismo, empero, hizo aflorar tensiones entre los principios relativos a los distintos fines de la pena, ahora presentes en un mismo sistema, a las que algunos autores se han referido como “antinomias de

⁴⁹ Conviene advertir que tanto el contractualismo como el utilitarismo son concepciones que “rompen” con el derecho natural clásico y con la idea de un orden moral previo o superior al individuo. Ambas corrientes pueden inscribirse en la tradición racionalista que dominó el pensamiento ilustrado.

⁵⁰ Antón y Oneca, J., *op. cit.*, p. 35

⁵¹ Roxin, C., *Derecho penal. Parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 1997, p. 91.

los fines de la pena”⁵². En efecto, en ocasiones la proporcionalidad puede ser contraria a consideraciones de tipo preventivo, como la peligrosidad del reo o la ejemplaridad de los castigos. La prevención general positiva vendría a superar estas antinomias, buscando afirmar la “conciencia social de la norma” a través del castigo penal. Así, sus valedores dirán que la confirmación de la vigencia de la norma requiere que se impongan penas proporcionadas.

Como puede colegirse de la evolución histórica que llevó a la formulación de la prevención general positiva, esta guarda mayor similitud con los postulados retribucionistas; desde el punto de vista conceptual, como advierte Mir Puig⁵³, la afirmación de Jakobs de que la pena reafirma la vigencia del derecho recuerda mucho al constructo propuesto por Hegel.

Aún podemos añadir otra diferencia con respecto a la prevención general negativa: la pena no se dirige ya solo a potenciales delincuentes, si no al conjunto de la sociedad.

En resumidas cuentas, mientras que en su vertiente negativa la prevención general pretende detraer a los que se ven tentados a delinquir de sus tendencias antijurídicas, en su concepción positiva busca recordar a los ciudadanos la vigencia del derecho penal: que quien delinca será castigado. Aglutinamos ambas concepciones bajo la más amplia de “prevención general” al operar las dos sobre la colectividad, aunque, en principio, parece tratarse de una colectividad más amplia en la prevención general positiva.

2. EXAMEN DE LA PPR DESDE LA TEORÍA DE LA PREVENCIÓN GENERAL

Como consecuencia de la división entre positiva y negativa, es preciso abordar separadamente la cuestión sobre la conveniencia de la PPR para cada vertiente. Por ello, primero se discutirá su aplicación a la prevención general negativa y, después, a la prevención general positiva.

⁵² Mir Puig, S., “Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva”, ponencia presentada en el Seminario «Pena y prevención», Universidad Autónoma de Barcelona, 1985, p. 50.

⁵³ Mir Puig, S., *op. cit.*, p. 53

En primer lugar, un importante sector de la doctrina ha discutido que las penas más severas constituyan una amenaza más efectiva a la hora de prevenir la comisión de delitos. En efecto, la evidencia empírica muestra como la certeza del castigo constituye una mayor “amenaza” que la dureza del reproche penal⁵⁴. Es preciso recordar que, en los postulados clásicos, “las características preventivas de las sanciones formales asociadas a la transgresión de normas son su *certeza*, su *prontitud* y su *severidad*”⁵⁵. Desde el mencionado punto de vista, la certeza y, en menor medida, la prontitud del castigo constituirían factores más influyentes que la severidad. Por ello, no podemos afirmar que la prevención general negativa apoye incondicionalmente la institución de penas de mayor gravedad; antes bien, parece más acorde con dicho pensamiento el incremento en la probabilidad de detección y sanción de delitos⁵⁶.

Por otra parte, conviene discutir, como han hecho algunos autores, si, a partir de determinados umbrales, la severidad (e incluso la certeza y la celeridad) de las penas constituye en realidad un factor contraproducente para los fines de la prevención general negativa. Algunos, a este respecto, señalan que “el incremento de la eficacia preventiva derivado de una modificación de la pena dependerá de que el incremento de los costes sea suficiente para que éstos superen a los beneficios”⁵⁷. Ahora bien, dicha eficacia disuasoria se ve atemperada cuando la pena anterior ya imponía unos “costes” superiores a los “beneficios”⁵⁸; por tanto, “una vez que la pena supone un coste superior a los beneficios, el incremento del coste (aumentando la celeridad, severidad y/o certeza) no alterararía la decisión de omitir la realización del delito”⁵⁹. Otros autores van más lejos, llegando a afirmar que las penas inusitadamente graves aumentan la delincuencia: “*When poorly bonded offenders deny the shame they feel*

⁵⁴ En este sentido, *vid.*, Nagin, D. S., “Deterrence in the twenty-first century”, *Crime and Justice*, vol. 42, n.º 1, 2013, pp. 199–263.

⁵⁵ Miró Llinares, F.; Bautista Ortuño, R., “¿Por qué cumplimos las normas penales? Sobre la disuasión en materia de seguridad vial”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, 2013, p. 8.

⁵⁶ *V. gr.* aumentando la presencia policial.

⁵⁷ Cardenal Montraveta, S., “¿Eficacia preventiva general intimidatoria de la pena? Consecuencias para la decisión sobre la suspensión de su ejecución”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 17-18, 2015, p. 11.

⁵⁸ Puede criticarse, a nuestro juicio, la vaguedad de este cálculo de beneficios y costes propia de las doctrinas utilitaristas.

⁵⁹ Cardenal Montraveta, S., *loc. cit.*

and respond with rage, the unfair stigmatizing sanction will increase their future rates of offending”⁶⁰.

De manera similar, pero desde una perspectiva económica, se ha postulado que la capacidad intimidatoria de la pena está esencialmente fundada en el coste marginal que supone para el delincuente⁶¹. A partir de este planteamiento, parte de la literatura económica posterior ha afirmado que la pena dejaría de cumplir su función intimidatoria a partir de ciertos umbrales, por dejar de generar efectos disuasorios adicionales⁶².

En realidad, este tipo planteamientos están presentes también en las primeras teorías modernas sobre la finalidad preventiva de la pena; como ya mencionamos, para los ilustrados, las finalidades preventivas de la pena propuestas en el antiguo régimen erraban en la intensidad del castigo, razonando que las penas demasiado severas tienen un efecto contrario al deseado⁶³. De hecho, para Beccaria la “atrocidad de la pena hace que se ponga tanto más esfuerzo en eludirla y evitarla, cuanto es mayor el mal contra quien se combate; hace que se cometan muchos delitos para huir la pena de uno solo”⁶⁴.

En lo que se refiere a la prevención general positiva, parte de la doctrina entiende que el elemento “confianza en el ordenamiento” descansa sobre percepciones sociales, antes que en efectos demostrados. Y, en esta línea, se ha defendido que desde dichas posturas pueden ampararse las penas más severas, como la pena de muerte, bajo el entendimiento (del conjunto de los ciudadanos) de que con ellas se protege de manera suficiente determinados bienes jurídicos de primera importancia, como la vida humana⁶⁵.

⁶⁰ Sherman, L. W., “Defiance, deterrence, and irrelevance: A theory of the criminal sanction”, *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol. 30, n.º 4, 1993, p. 461.

⁶¹ *V.gr.*, Becker, G. S., “Crime and punishment: An economic approach”, *Journal of Political Economy*, vol. 76, n.º 2, 1968, pp. 169-217.

⁶² *Cfr.*, Polinsky, A. M.; Shavell, S., *The economic theory of public enforcement of law*, NBER Working Paper n.º 6993, 1999.

⁶³ No pensamos que este razonamiento se contradiga con lo expresado anteriormente: que los preventivistas se servían de la retribución como límite máximo; solo constituye otro argumento a favor de la reducción de penas.

⁶⁴ Beccaria, C., *op. cit.*, p. 27

⁶⁵ *Cfr.*, Albrecht, H.-J., “The death penalty, deterrence and policy making”, en Arroyo Zapatero, L.; Schabas, W.; Takayama, K. (eds.), *Death penalty: A cruel and inhuman punishment*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2013, pp. 29-45.

Por otro lado y como ya señalamos, existen similitudes relevantes entre la prevención general positiva y la teoría de la retribución. En este sentido, la confirmación social de la vigencia del ordenamiento jurídico se produciría cuando se castiga a quienes se lo merecen como les corresponde; frase que bien podría afirmar un partidario de la teoría retributiva. Por ello, reiteramos en este punto lo aludido al tratar la aplicación de la teoría retributiva a la PPR, si bien matizando que, evidentemente, la proporcionalidad juega aquí un papel más secundario y, por tanto, más prescindible en la determinación de las penas.

En conclusión, la PPR será viable desde el punto de vista de la prevención general negativa cuando constituya una amenaza suficiente para que aquellos potenciales delincuentes (un ejemplo verosímil serían los recién entrados a una banda terrorista) se alejen de sus inclinaciones delictivas, lo que no parece apoyar del todo la evidencia empírica; y, desde la prevención general positiva, cuando sirva para reafirmar la vigencia del ordenamiento jurídico en la conciencia del pueblo, conciencia, por otra parte, cambiante y difícilmente determinable, y que ha de respetar, por lo menos según muchos de sus valedores, ciertas exigencias mínimas de proporcionalidad.

V. PPR Y LA TEORÍA DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL

1. FUNDAMENTOS Y PROPUESTA GENERAL

Hablamos de prevención especial para referirnos a aquellas teorías relativas que fundan el fin del castigo en evitar la reincidencia, actuando específicamente sobre la persona del delincuente.

Cabe reiterar aquí lo ya dicho al tratar la prevención general sobre la concepción y auge de las teorías relativas desde la antigüedad, por lo que nos remitimos a dicho punto para evitar repeticiones.

Sin embargo, en la Modernidad comenzaron a perfilarse en mayor medida la distinción entre ambas teorías. Así, Mir Puig afirma que la prevención especial se

presentó en el S.XIX como una alternativa más moderna que la prevención general, y en la que afloraron distintas tendencias⁶⁶: El correccionalismo de Dorado Montero⁶⁷, la Escuela Positiva en Italia⁶⁸ o la “dirección moderna” de von Liszt en Alemania. Fue este último quien ejerció mayor influencia en las reformas penales que se llevaron a cabo en toda Europa, especialmente bajo el signo del “movimiento internacional de la reforma penal”, por el que se promulgaron diversas instituciones para rebajar la imposición de penas (como la libertad condicional) y se impuso la concepción resocializadora de las prisiones.

En su “Programa de Marburgo”, von Liszt distinguió tres finalidades distintas, en función de la naturaleza del delincuente:

- 1) corrección, para el delincuente no ocasional y corregible;
- 2) intimidación, para el delincuente ocasional; e
- 3) inocuización, para el delincuente habitual incorregible.

Es de señalar que, de estas tres vertientes, la corrección o resocialización es la que mayor impacto ha tenido en nuestros días, quedando consagrada en nuestro sistema por el artículo 25.2 de nuestra Carta Magna.

Finalmente, es preciso mencionar una serie de problemas que los autores han destacado en la aceptación de la estricta idea de prevención especial. En primer lugar, la prevención especial por sí misma no puede proporcionar un baremo para la pena, y sería posible imponer penas en extremo severas aún para delitos de escasa relevancia cuando pueda fundarse un pronóstico de alta peligrosidad del sujeto, y asimismo penas muy leves para delitos graves, cuando el diagnóstico de peligrosidad sea especialmente bajo. Al hilo de esto, la pena sería innecesaria en determinados supuestos a los que, sin embargo, sería absurdo tratar con impunidad: los delitos imprudentes y otros supuestos en que no pueda fundarse ningún peligro⁶⁹. Otro punto

⁶⁶ Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, 8.ª ed., Repertor, Barcelona, 2006, p. 84

⁶⁷ Dorado Montero concebía el derecho penal como un “Derecho protector de los criminales”.

⁶⁸ Propuso la sustitución de las penas por medidas de seguridad.

⁶⁹ Roxin señala como ejemplo los delincuentes violentos del nacional-socialismo que, tras la caída del tercer *Reich*, son inofensivos y viven discretamente en sociedad (*vid.* Roxin, C., *Derecho penal. Parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 1997, p. 89).

conflictivo sería hasta qué punto le corresponde al Estado educar a ciudadanos adultos mediante la imposición de penas⁷⁰.

Debido a estos problemas, principalmente a la ausencia de una idea de proporcionalidad que la prevención especial es incapaz de darse a sí misma, la mayoría de los autores próximos a una posición de prevención especial han acogido postulados eclécticos que aceptan la idea de proporcionalidad entre delito y pena, en mayor o menor medida. Pese a todo, el triunfo de las concepciones resocializadoras de la pena es patente en nuestros días.

2. EXAMEN DE LA PPR DESDE LA TEORÍA DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL

A pesar de que, como más adelante se dirá, la prevención especial suele asociarse, por lo menos en España, a posiciones políticas “progresistas” contrarias a la PPR, autónomamente considerada (es decir, sin consideraciones adicionales propias de otras teorías de la pena) es difícil afirmar su oposición a dicha pena.

Ya hemos comentado como, en los postulados clásicos de von Liszt, se contemplaba la posibilidad de castigar con cadena perpetua a aquellos delincuentes “incorregibles”. Desde este punto de vista, la justicia “no es para el Derecho Penal sino la correcta observancia de la medida necesaria de la pena respecto a las exigencias del fin que informa la norma jurídica. El Derecho Penal tiene la tarea de proporcionar al delincuente ocasional, que no necesita ser resocializado, una reprensión suficientemente fuerte para intimidarlo y que así no vuelva a delinquir. El delincuente semihabitual, capaz de ser reeducado y de rehabilitarse, debe ser resocializado por métodos educativos durante el proceso de ejecución de la pena; y, por último, el delincuente habitual debe ser neutralizado por imposición de medidas de "servidumbre penal" (*Strafknechtschaft*) por tiempo indeterminado”⁷¹.

La cuestión radica, por tanto, en determinar si los sujetos activos relativos a los delitos castigados con la PPR pueden asimilarse a este último tipo de delincuentes;

⁷⁰ Lo que sin duda Kant o Hegel hubieran visto como una ofensa contra la dignidad del hombre.

⁷¹ Ashton, P. W., “La evolución del pensamiento penal en Alemania”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 22, n.º 2, 1995, p. 306.

donde estaría justificada la imposición de una pena de duración indeterminada. En realidad, la “incurabilidad” del delincuente no depende en sí misma de la gravedad de los delitos (que en este caso son indudablemente graves) si no en la posibilidad de fundar un diagnóstico de alta peligrosidad del reo.

La regulación de la PPR se ocupa de determinar esta peligrosidad a través del sistema de individualización científica por el que se instrumenta el carácter revisable de la pena. Nos remitimos a lo ya tratado en el apartado correspondiente, en el que se expuso como, tras un contenido mínimo de retribución (de 25 a 35 años de obligado cumplimiento, según el supuesto concreto), se impone la revisión de la condena a partir de ciertos parámetros que permitan determinar la peligrosidad del reo. Sin embargo, también mencionamos como se habían incluido, entre las circunstancias a tener en cuenta por el tribunal para la suspensión de la pena, circunstancias ajenas a la reinsertabilidad⁷².

Por todo ello, con la salvedad de las mencionadas circunstancias a tener en cuenta por el tribunal ajenas a la peligrosidad del reo, la PPR parece perfectamente acorde con la concepción clásica de la prevención especial: se castiga por tiempo ilimitado, pero con la posibilidad de revisar la condena en atención a un juicio de peligrosidad que, de determinar la ausencia de la misma, justificaría la suspensión de la pena (ya que esta, para Von Lizst, carecería de fin). Aún cabría añadir otra salvedad, que ya hemos advertido: la del cumplimiento mínimo obligatorio, que constituye, como se dijo, un contenido indispensable de retribución para el legislador.

Todo ello se deduce de la concepción más estricta de prevención especial; sin embargo, no podemos dejar de mencionar que, hoy en día, los autores cercanos a dicha teoría han criticado con severidad esta pena, con argumentos a los que es preciso aducir. Así, Lascuráin ha reprobado la idea de merecimiento que (según este) está presente en la PPR: considera, con Séneca, que la restricción de la libertad que entraña la pena solo está justificada por cuanto evita la comisión de males futuros, de suerte que la “necesidad preventiva de la pena y su propia esencia antilibertaria contiene así uno de sus frenos”⁷³. El otro freno sería nuestra idea de dignidad humana (idea, por

⁷² *V.gr.*, las circunstancias del delito cometido.

⁷³ Lascuráin, J. A., “Contra la prisión permanente revisable”, *Almacén de Derecho*, 15 de febrero de 2018 (disponible en <https://almacendederecho.org/la-prision-permanente-revisable>; última consulta 24/03/2026).

otra parte, de tradición kantiana, como ya mencionamos⁷⁴), que el autor relaciona con la indecencia de la pena en el seno de nuestras sociedades benignas (penalmente, se entiende), en las que, en lo que excede de su función disuasoria, la pena no es más que un “derroche inútil de coacción”⁷⁵.

Por otra parte, la PPR sería inconciliable con el mandato de resocialización contenido en la CE: “¿quién es el que sale de la cárcel, si sale, después de al menos veinticinco años de incierto encierro?”⁷⁶. En efecto, nuestros sistemas constitucionales han consagrado la prevención especial solamente en su vertiente resocializadora, alejándose de los cánones de sus teóricos del S.XIX. De ahí la deriva crítica que han tomado los partidarios de la prevención especial contra las penas de larga duración: lo importante no es ya evitar la comisión de nuevos delitos (a toda costa, por así decirlo), sino conseguir que el delincuente sea capaz de convivir pacíficamente en sociedad. Desde este punto de vista, la cadena perpetua se torna inadmisibile, al no contemplar la reinserción del reo. Lascurain lleva este planteamiento hasta sus últimas consecuencias, denunciando la inadmisibilidad de una pena que puede ser perpetua, aun cuando no sea así siempre, como la PPR⁷⁷.

VI. CONCLUSIONES

1. BALANCE SOBRE LA POSICIÓN QUE CADA UNA DE LAS DISTINTAS TEORÍAS DE LA PENA ADOPTARÍAN CON RELACIÓN A LA PPR, AUSENCIA DE UNA

⁷⁴ Nos referimos al imperativo categórico como paradigma de la dignidad humana en nuestros sistemas constitucionales: la de tratar al hombre siempre como fin en sí mismo y nunca como medio. Bajo el entendimiento de que la consecuencia lógica de la aceptación de dicha idea es adoptar una posición retributiva como la propuesta por Kant, el pronunciamiento aludido no hace sino poner de manifiesto el eclecticismo propio de la mayoría de autores contemporáneos.

⁷⁵ STC 55/1996, de 28 de marzo.

⁷⁶ Lascurain, J. A., *op. cit.*

⁷⁷ En efecto, entendemos con el autor que, de considerar una pena de prisión perpetua inaceptable, no deja de ser inaceptable porque podría no ser perpetua o, dicho de otro modo, no sería coherente tolerar una pena inaceptable aunque sólo se imponga “a veces”.

POSICIÓN UNITARIA Y VINCULACIÓN CON POSTULADOS POLÍTICOS

Se hace necesario, en este punto, ofrecer un balance final sobre las distintas conclusiones extraídas del análisis de la PPR desde las distintas teorías de la pena estudiadas.

En primer lugar, tenemos la retribución, cuyo análisis de la PPR incide esencialmente en dos elementos: la posible perpetuidad de la pena y la revisabilidad de la misma. La pena de prisión perpetua no es, *a priori*, contraria a la teoría retributiva, pues cumple con el principio de proporcionalidad en sus vertientes absoluta y relativa. Por el contrario, la revisabilidad de la pena sí presenta problemas de compatibilidad con la teoría retributiva, por cuanto el juicio de revisabilidad se funda esencialmente en factores ajenos a la idea de merecimiento.

En segundo lugar, tenemos la prevención general: negativa y positiva. En su vertiente negativa, si bien la evidencia empírica no apoya incondicionalmente la tesis de que las penas más graves reducen el número de delitos, si se observa una tendencia a aceptar la PPR ya que, por lo menos apriorísticamente, la impresión es que constituye una mayor amenaza penal. Menos objeciones puede hacerse desde la prevención general positiva, ya que, por un lado, el sentimiento común de justicia puede afirmarse en la decisión del legislador de incorporar la PPR al catálogo de penas y, por otro, se cumplen los cánones de proporcionalidad (relativa y absoluta) destacados por sus teóricos (de acuerdo con lo expuesto al discutir la teoría retributiva).

Finalmente, en la prevención especial debemos distinguir dos “corrientes”. La más clásica, deudora del pensamiento de Von Lizst, sería proclive a la PPR, ya que supone el internamiento indefinido de aquellos delincuentes de mayor peligrosidad, con la posibilidad de reinsertarlos según un juicio fundado en la evolución de tal peligrosidad. Esta concepción, empero, pondría dos salvedades con respecto de la pena estudiada: la concurrencia de factores ajenos a la evolución de la peligrosidad del reo en el sistema de individualización científica, por un lado, y la existencia de un periodo mínimo de cumplimiento de la pena (fundado en la idea de merecimiento), por otro. Sin embargo, esta visión clásica ha sido abandonada, tanto por autores como

por ordenamientos jurídicos⁷⁸, en favor de una concepción puramente resocializadora de la pena. Desde este punto de vista, se torna inadmisibile la PPR por cuanto constituye la única pena en nuestro sistema en que cabe la posibilidad de que el reo nunca sea reinsertado en la sociedad.

Como puede apreciarse, es difícil dar una respuesta unitaria desde cada teoría de la pena respecto de la PPR. Lejos de ser monolíticas, las teorías de la pena están fundadas en diversos pilares, y la importancia que otorguemos a uno u otro determinará nuestra posición respecto de la PPR, así como de cualquier otra pena. En última instancia, esto implica reconocer que las distintas posiciones relativas a una pena o a la finalidad de una pena encuentran su origen en ideas políticas⁷⁹. Por tanto, se torna imprescindible profundizar en las distintas ideas políticas en que están fundadas cada una de las teorías de la pena, y en como estas influyen en nuestro juicio sobre la PPR. A continuación, ofrecemos dicho análisis.

2. LA ADOPCIÓN DE UNA POSICIÓN RESPECTO DE LA PPR EN BASE A IDEAS POLÍTICAS

Ya hemos discutido la posición de las principales teorías de la pena sobre la PPR. Como se ha puesto de manifiesto, ninguna de dichas teorías, que se encuentran en posiciones “ideales” sobre la finalidad del castigo penal, se ajusta perfectamente a la pena estudiada. Así, la PPR responde a una concepción penológica ecléctica, propia de nuestros tiempos, en la que parecen mezclarse elementos de las distintas teorías existentes: retribuir justamente aquellos delitos de mayor gravedad, detraer con la amenaza penal la comisión de tales delitos, reforzar el sentimiento de justicia en la conciencia social⁸⁰ u ofrecer un sistema de revisión que posibilite la reinserción del condenado. Sin embargo, las distintas teorías de la pena constituyen pilares fundamentales para juzgar la conveniencia de la PPR, y ya hemos desarrollado la posición, los “pros y contras”, que cada teoría tiene con respecto a dicha pena.

⁷⁸ *Vid.* art. 25.2 CE.

⁷⁹ Lo que genera divergencias no sólo entre las distintas teorías sino también en el seno de una misma teoría. Por ejemplo, dentro de la prevención especial, una postura política más “conservadora” se aproximaría a la inocularización y sería, por tanto, más favorable a la PPR que una postura más “progresista” centrada en la resocialización.

⁸⁰ Es evidente que buena parte de los españoles consideraban necesario castigar aquellos delitos más “atroces” con penas de mayor severidad.

Como se ha dicho, el acogimiento a una u otra teoría⁸¹, lejos de constituir un conocimiento, racional o empíricamente, demostrable, está fundado en juicios de valor políticos y morales. Compartimos, en este sentido, la tesis formulada por Gómez-Lanz sobre la existencia de una “vinculación más o menos consciente entre las posiciones fundamentales que se defienden en el ámbito de las disciplinas penales con un conjunto de ideas políticas y, en última instancia, morales, estén o no organizadas en torno a una ideología o a una filosofía política o moral”⁸². En el artículo citado, se identifican, a grandes rasgos, dos grandes corrientes políticas: el liberalismo y el comunitarismo. El primero se caracterizaría, esencialmente, por elevar al máximo rango la libertad individual del hombre como ser racional, por entender que el origen de la comunidad política se encuentra en el libre consentimiento de sus miembros y por querer minorar la intervención estatal tanto como sea posible; el segundo, por su parte, dotaría de mayor importancia la existencia de ideas comunes en el seno de la sociedad y, por consiguiente, favorecería la intervención del Estado como elemento unificador de tales valores compartidos, incluso a través del castigo penal⁸³. Por supuesto, estos postulados pueden ir desdoblándose sucesivamente dando lugar a posiciones intermedias, en las que emergen distintos valores políticos que conducen a asumir, en mayor o menor medida, determinadas posiciones con respecto de la PPR. Utilizaremos, por tanto, sendos polos como punto de partida.

En el “lado” liberal, se han venido identificado dos corrientes⁸⁴: una kantiana y otra utilitarista, podríamos decir. Comparten, como liberales, una preferencia por la libertad individual y el entendimiento de que la sociedad política surge (o está

⁸¹ Ya sea total o parcialmente.

⁸² Gómez Lanz, J., “La filosofía del Derecho penal como marco para la conexión entre la filosofía política y las disciplinas penales”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, 2018, p. 2

⁸³ No podemos olvidar la existencia de autores, frecuentemente bajo el signo de lo que se ha denominado como “tradicionalismo” o, como mínimo, próximos a posiciones políticas conservadoras, que han defendido que es justamente el liberalismo de cuño racionalista el que ha favorecido el auge de los Estados como entidades aglutinadoras de todo el poder político. Estos autores, si bien se posicionan en defensa de valores comunes (de un *ethos* en la comunidad política) y pueden por tanto considerarse “comunitaristas”, se manifiestan contrarios al “estatismo” como modo de organización política que se habría impuesto, de manera singular, tras la caída del antiguo régimen (En este sentido, puede citarse: Gallego García, E. A., “La cuestión económica”, *Derecho & Libertad*, 24 de junio de 2025 (disponible en <https://derechoylibertad.org/la-cuestion-economica/>; última consulta 24/03/2026)). Sin embargo, no puede negarse que, hoy en día, las posiciones políticas imperantes son fácilmente subsumibles bajo la disyuntiva entre liberalismo y comunitarismo propuestas por Gómez-Lanz, y más fidedigna, a nuestro juicio, que la convencional entre izquierda y derecha.

⁸⁴ Entre otros, Mir Puig, S., *Introducción a las bases del Derecho penal: concepto y método*, 2.ª ed., reimp., B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2003.

legitimada) por un contrato: un intercambio de voluntades entre individuos libres y racionales. Ahora bien, mientras que la vertiente “kantiana” enfatiza la autonomía individual y la responsabilidad personal, dando a parar a una teoría de la pena retributiva, la vertiente utilitarista parte de una concepción de la moralidad basada en un cálculo de goces y penalidades, lo que inevitablemente conduce a la justificación de la pena siempre que cumpla una función preventiva, como ya explicamos en su momento.

El “bando” comunitarista es todavía más heterogéneo, pues en su seno pueden aglutinarse todas aquellas variedades críticas con liberalismo en su sentido clásico de no intervención estatal, de las que son expresiones paradigmáticas comunismo y fascismo⁸⁵. Pese a esta gran diversidad de postulados, en lo que respecta a la teoría de la pena, es tal vez su componente común comunitarista lo más definitivo. En efecto, cuanta más importancia se otorga a los “valores compartidos” por la comunidad, más fácil es encontrar una justificación de la pena basada en la prevención general positiva: la pena busca precisamente reafirmar esos valores comunes, contenidos en normas jurídicas que conforman el sentimiento social, frente a su negación por el delincuente. El fenómeno criminal se torna un obstáculo para los avances de la comunidad, y con frecuencia afloran los tipos penales: en posiciones extremas, se llega a castigar toda disidencia.

Hecha esta pequeña introducción, es preciso determinar los distintos principios político-morales que nos llevaran a adoptar diversas posiciones con respecto de la PPR.

En primer lugar, si partimos de una prevalencia del individuo como ser racional y libre frente a las intervenciones colectivas, singularmente las estatales, en su esfera de autonomía personal, podremos considerarnos liberales.

Si, además, entendemos, con Kant, que el ser humano nunca debe ser utilizado como medio para un fin⁸⁶, aceptaremos sin dificultad una justificación retributiva de

⁸⁵ Cuyos auges puede encontrarse en un periodo histórico similar, tras la primera guerra mundial, momento en que, como señalan algunos, el liberalismo clásico entró en crisis.

⁸⁶ Nos referimos a darle a esta afirmación una posición especialmente prevalente, ya que, hoy en día en España, prácticamente todos los postulados políticos suscribirían esa máxima en mayor o menor medida.

la pena. Así entendidos⁸⁷, los partidarios de la teoría retributiva se manifiestan contrarios a la utilización de la pena como mecanismo de intervención en la libertad de los ciudadanos. Partiendo de estos presupuestos, lo más razonable sería adoptar una postura contraria a la PPR con matices: pues dicha pena no carece de justificación mientras se mantengan otros tipos penales singularmente elevados para delitos de escasa gravedad (como expusimos en el apartado correspondiente), siendo un elemento clave la idea de proporcionalidad.

Si, en cambio, minoramos esta concepción kantiana de respeto a la dignidad del hombre bajo el entendimiento de que constituye un fin en sí mismo y, como contrapartida, entendemos que la intervención estatal en la esfera individual solo queda justificada por cuanto sirva para proteger esa misma libertad individual, nos situaremos más próximos a la corriente utilitarista. Esto enlaza bien con la concepción contractualista del origen del Estado, según la cual la libertad individual innata en el ser humano solo queda enajenada cuando sirva para dotarse a sí misma de mayor libertad (la que surge al amparo del Estado como “contrato”, se entiende), ya que este es el único pacto que haría un ser racional, de acuerdo con la formulación propuesta por Rousseau en *El contrato social*. Está “mayor libertad” se determina, según los presupuestos utilitaristas (cuya conexión con la tradición racionalista liberal es patente) como un mero cálculo de goces y tormentos, lo que conduce a justificar la pena en tanto produzca el mayor bien para el mayor número de personas.

Esta última tendencia puede, asimismo, subdividirse en dos. Por un lado, una posición “progresista” entendería que la pena tiene como finalidad la reinserción social promulgada por los teóricos de la prevención especial. Esta visión paternalista del Estado defendería que al mismo le corresponde ofrecer a los reos los medios necesarios para que puedan prescindir de su actividad delictiva⁸⁸. Desde este punto de vista, no será difícil manifestarse en contra de la PPR al ser esta la única pena vigente en el ordenamiento español en que cabe la posibilidad de que el reo no se reincorpore a la sociedad. Por otro lado, una postura política más conservadora nos conduciría a defender la clásica prevención general negativa como teoría de la pena. Su vinculación con el comunitarismo es clara por cuanto la pena operaría sobre la

⁸⁷ Pues no todos los autores partidarios de la teoría retributiva pueden considerarse liberales, verbigracia, Hegel.

⁸⁸ Puede apreciarse cierta influenciada del positivismo criminológico, tesis que defiende la preponderancia de factores sociales, económicos y psicológicos en el fenómeno criminal.

colectividad, detrayendo a la comunidad con la amenaza del castigo penal. Bajo esta premisa, nos será más fácil ser favorables a la PPR⁸⁹, pues constituye, hoy en día, la más severa amenaza penal de nuestro sistema.

A nuestro juicio, se aprecia una tendencia hacia el comunitarismo en estas teorías (más acusada en la prevención general negativa) frente a la de pura retribución. Esta parece poner en el primer lugar la pura libertad del individuo, mientras que en aquellas se otorga mayor importancia al papel que ha de jugar el Estado en el aseguramiento de dichas libertades.

Pero la teoría de la pena más próxima al comunitarismo, como ya se expuso, es la prevención general positiva. En este sentido, si otorgamos una posición privilegiada a los valores compartidos por la comunidad frente a la libre elección de estos por el individuo y consideramos que corresponde al Estado asegurar el mantenimiento de dichos valores, sostendremos una concepción de la pena basada en la defensa de lo común frente a los ataques individuales. La finalidad de la pena no sería otra que la imposición de los valores comunes, la reafirmación de la justicia en el sentimiento popular, ante el desafío que constituye el fenómeno criminal al apartarse de dichos valores. Si se apoya o no la PPR, constituye en realidad una incógnita que depende de lo que conciba una determinada sociedad en un determinado momento como justo; pero nos parece preciso advertir lo siguiente: mientras que muchos autores tienden, como ya se vio al tratar la prevención general positiva, a considerar la proporcionalidad como un elemento presente en el sentimiento común de justicia, no nos parece del todo claro que dicha proporcionalidad sea un elemento sumamente determinante para el conjunto de la sociedad. En efecto, son relativamente frecuentes, fuera del ámbito académico, las opiniones que apoyan la imposición de penas más severas para los delitos más atroces, aquellos que producen un especial desagrado en la conciencia social. No en vano, las sociedades comunitaristas se han caracterizado a este respecto por la severidad de sus penas. Y, por otro lado, parece claro que la voluntad del legislador español, como expresión de la “voluntad popular” en nuestro sistema, ha considerado pertinente introducir la PPR al catálogo de castigos penales. Así pues, consideramos que las ideas políticas descritas nos conducirán a apoyar la PPR como medio para castigar aquellos ilícitos de mayor gravedad.

⁸⁹ Con las salvedades que ya expusimos en el apartado correspondiente.

Para concluir nos gustaría incluir una reflexión final. Las teorías de la pena han buscado, a lo largo de la historia, ofrecer respuestas a una pregunta radical en el seno de nuestras sociedades políticas: qué finalidad debe buscar el aparato político (singularmente, el Estado⁹⁰) al castigar a sus miembros. Las respuestas han sido diversas y son muchas las que merecen la mayor atención; sin embargo, dependen en última instancia de concepciones políticas y morales y, como tales, ninguna resulta plenamente satisfactoria. Pero no por ello deben olvidarse. Muy al contrario, es preciso estudiarlas y tenerlas en cuenta en el debate académico cuando se tratan temas próximos a la pena y a la política criminal. Lejos de ofrecer una postura novedosa, hemos tratado de desarrollar este Trabajo, como decían paradójicamente algunos pensadores medievales, sobre los “hombros de gigantes”, adaptando sus planteamientos en torno a la, no exenta de polémica, pena de prisión permanente revisable.

⁹⁰ Incluimos esta aclaración para no preterir a aquellos autores que reservan la palabra “Estado” para referirse a la forma de organización política que se impone en la Edad Moderna tras el triunfo del racionalismo. Sobre esta cuestión, *vid.*, D’Ors, Á., “Sobre el no-estatismo de Roma”; Schmitt, C., “El Estado como mecanismo en Hobbes y Descartes”; entre otros.

BIBLIOGRAFÍA

1. DOCTRINA CIENTÍFICA

Albrecht, H.-J., “The death penalty, deterrence and policy making”, en Arroyo Zapatero, L.; Schabas, W.; Takayama, K. (eds.), *Death penalty: A cruel and inhuman punishment*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2013, pp. 29–45.

Antón y Oneca, J., *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1944.

Ashton, P. W., “La evolución del pensamiento penal en Alemania”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 22, n.º 2, 1995, pp. 297–308.

Bacigalupo, E., *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

Beccaria, C., *De los delitos y de las penas*, ed. de M. Martínez Neira, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2015.

Cardenal Montraveta, S., “¿Eficacia preventiva general intimidatoria de la pena? Consecuencias para la decisión sobre la suspensión de su ejecución”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 17-18, 2015, p. 11.

Cordini, N. S., “La finalidad de la pena es, según Kant, ¿puramente retributiva?”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XLIII, 2014, pp. 671–701

Daunis Rodríguez, A., “La prisión permanente revisable. Principales argumentos en contra de su incorporación al acervo punitivo español”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.^a época, n.º 10, 2013, pp. 65–114.

Demetrio Crespo, E., “Prescripción penal y Estado de Derecho”, *Revista Penal*, n.º 52, 2023.

Durán Migliardi, M., “Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el derecho penal actual”, *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, n.º 16, 2011.

Fernández Bermejo, D., “La desnaturalización de la libertad condicional a la luz de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal”, *La Ley Penal*, n.º 115, julio-agosto 2015.

Gómez Lanz, J., “La filosofía del Derecho penal como marco para la conexión entre la filosofía política y las disciplinas penales”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, 2018.

Hassemer, W.; Muñoz Conde, F., *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

Hegel, G. W. F., *Filosofía del Derecho*.

Jescheck, H.-H.; Weigend, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Volumen I*, 5.^a ed., Comares, Granada, 2014, p. 105.

Kant, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, ed. de P. M. Rosario Barbosa, trad. de M. García Morente, San Juan, 2007.

Lascuraín, J. A., “Contra la prisión permanente revisable”, *Almacén de Derecho*, 15 de febrero de 2018 (disponible en

<https://almacenederecho.org/la-prision-permanente-revisable>; última consulta 24/03/2026).

Mir Puig, S., “Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva”, ponencia presentada en el Seminario «Pena y prevención», Universidad Autónoma de Barcelona, 1985.

Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, 8.^a ed., Repertor, Barcelona, 2006.

Miró Llinares, F.; Bautista Ortuño, R., “¿Por qué cumplimos las normas penales? Sobre la disuasión en materia de seguridad vial”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, 2013.

Moore, M. S., “The moral worth of retribution”, en Schoeman, F. (ed.), *Responsibility, character, and the emotions: New essays in moral psychology*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997, pp. 179–219.

Nagin, D. S., “Deterrence in the twenty-first century”, *Crime and Justice*, vol. 42, n.º 1, 2013, pp. 199–263.

Pinto Palacios, F., *La prisión permanente revisable. Los límites del castigo en un Estado de Derecho*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, pp. 179–184

Pío XII, “Discurso a los participantes en el VI Congreso Internacional de Derecho Penal (Parte V)”, de 3 de octubre de 1953.

Roxin, C., “Sentido y límites de la pena estatal”, en *Problemas básicos del Derecho penal*, Reus, Madrid, 1976, pp. 11–44.

Roxin, C., *Derecho penal. Parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 1997.

Savigny, F. C. von, *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*, trad. de J. Díaz García, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2015.

Sherman, L. W., “Defiance, deterrence, and irrelevance: A theory of the criminal sanction”, *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol. 30, n.º 4, 1993.

Silva Sánchez, J.-M., “No sólo bienes jurídicos”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, 2009.

Ulpiano, *Digesto*, 1.1.10.1, en *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano.

Vidal Rodríguez, G., “Prisión permanente revisable: ¿qué es y en qué casos se puede aplicar?”, *GersonVidal*, 1 de septiembre de 2025 (disponible en <https://www.gersonvidal.com/blog/prision-permanente-revisable/>; última consulta 24/03/2026).

2. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

STC 160/1987, de 27 de octubre

STC 60/2010, de 7 de octubre

STC 169/2021, de 6 de octubre

STS 716/2018, de 16 de enero de 2019.

STS 82/2024, de 25 de enero.

STS 585/2022, de 14 de junio.

STS 560/2022, de 8 de junio.

STS 716/2018, de 16 de enero de 2019.

STEDH (Gran Sala), asunto *Vinter y otros c. Reino Unido*, de 9 de julio de 2013.

3. NORMATIVA

Strafgesetzbuch (StGB), de 15 de mayo de 1871 (última reforma de 31 de enero de 1998).

Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (BOE de 5 de octubre de 1979).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE de 24 de noviembre de 1995).

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE de 31 de marzo de 2015).

Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (BOE de 15 de febrero de 1996).