

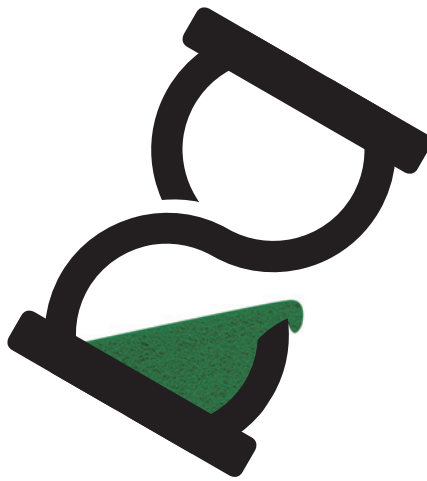
Contra la cadena perpetua

Editores:

**Luis Arroyo Zapatero, Juan Antonio Lascaraín Sánchez y
Mercedes Pérez Manzano**

Coordinadora:

Cristina Rodríguez Yagüe



CONTRA LA CADENA PERPETUA

Editores:
Luis Arroyo Zapatero, Juan Antonio Lascuráin Sánchez
y Mercedes Pérez Manzano

CONTRA LA CADENA PERPETUA

Coordinadora:
Cristina Rodríguez Yagüe



Ediciones de la Universidad
de Castilla-La Mancha

Cuenca, 2016

CONTRA la cadena perpetua / Luis Arroyo Zapatero, Juan Antonio Lascuraín Sánchez, Mercedes Pérez Manzano (Edit.) ; Cristina Rodríguez Yagüe (Coord.). – Cuenca : Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2016

188 p.– (Marino Barbero Santos ; 16)

ISBN 978-84-9044-220-3

1. Cadena perpetua 2. Penas de prisión - España I. Arroyo Zapatero, Luis ed. II. Lascuraín Sánchez, Juan Antonio, ed. III. Pérez Manzano, Mercedes ed. IV. Rodríguez Yagüe, Cristina, coord. V. Universidad de Castilla-La Mancha, ed. VI. Serie

343.26(460)

343.261

LNF

LNDC

Este libro ha sido financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España a través del Proyecto «La abolición de la pena de muerte en el Derecho» (Ref. DER2012-31859 MINECO2012).

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación solo puede ser realizada con la autorización de EDICIONES DE LA UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA, salvo excepción prevista por la ley.

Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos – www.cedro.org), si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

© de los textos e imágenes: sus autores.

© de la edición: Universidad de Castilla-La Mancha.

Edita: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Colección de estudios penales

MARINO BARBERO SANTOS nº 16

Dirigida por Luis Arroyo Zapatero

Diseño de la colección y de la cubierta:

CIDI (Universidad de Castilla-La Mancha)



Esta editorial es miembro de la UNE, lo que garantiza la difusión y comercialización de sus publicaciones a nivel nacional e internacional.

I.S.B.N.: 978-84-9044-220-3

Fotocomposición: Compobell, S.L.

Hecho en España (U.E.) – *Made in Spain (U.E.)*

ÍNDICE

<i>Prólogo</i> . Luis Arroyo Zapatero	11
---	----

PARTE I. DICTAMEN SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA PENA DE PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE

<i>Dictamen sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable</i> Lascuraín Sánchez, Juan Antonio; Pérez Manzano, Mercedes; Alcácer Guirao, Rafael; Arroyo Zapatero, Luis; de León Villalba, Javier; Martínez Garay, Lucía	17
I. ANTECEDENTES	17
II. OBJETO DEL DICTAMEN.....	22
III. DICTAMEN.....	22
III.1. Introducción: los pronunciamientos previos del Tribunal Consti- tucional y el estándar aplicable en la resolución de un recurso de inconstitucionalidad sobre la prisión perpetua revisable.....	22
A. Sobre los pronunciamientos previos del Tribunal Constitu- cional	22
B. Sobre el valor de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el estándar aplicable por el Tribunal Constitucional español	24

C. El valor de los pronunciamientos del TEDH sobre la cadena perpetua	26
D. Recapitulación.....	27
III.2. Sobre la posible inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable por su contrariedad a la prohibición de penas inhumanas o degradantes contenida (art. 15 CE).....	28
A. La cadena perpetua es inhumana y vulnera los arts. 15 CE y 3 CEDH y así ha sido declarado por el Tribunal Constitucional español y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos	28
a. La cadena perpetua es denigrante porque priva al reo de forma absoluta y de por vida de su autonomía personal ...	29
b. La prisión permanente es cruel e inhumana porque ocasiona al reo padecimientos psíquicos de gran intensidad..	30
c. La prisión permanente es cruel e inhumana porque produce el deterioro de la personalidad del reo.....	30
d. La prisión permanente es una pena de naturaleza corporal...	32
B. El carácter revisable de la privación perpetua de la libertad no la convierte en una pena humana	32
a. Aunque la prisión permanente sea revisable, se mantiene la posibilidad de que sea perpetua y, por tanto, inconstitucional	33
b. Tampoco la pena de muerte sería constitucional si se la sometiera a la condición de reinsertabilidad social del reo .	34
c. La libertad del reo no depende de su autonomía.....	34
d. Para la revisibilidad de la cadena perpetua no dispone el juez de un instrumento racional y certero	37
e. Las condiciones absolutamente indeterminadas de la revisión no pueden generar una expectativa razonable sobre la puesta en libertad	38
C. La inconstitucionalidad por falta de garantías de preservación de la humanidad de la pena	40
D. Recapitulación.....	41
III.3. Sobre la posible inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable por su contrariedad con los principios de culpabilidad y proporcionalidad y por vulnerar, en consecuencia, el derecho a la libertad (art. 17 CE).....	42
A. Sobre el canon aplicable.....	43
B. La vulneración del derecho a la libertad (art. 17 CE) derivada de la conculcación de los principios de proporcionalidad y culpabilidad por el hecho propio.....	45
C. Recapitulación.....	49

III.4. Sobre la posible inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable por su contrariedad al mandato de determinación (art. 25.1 CE)	49
A. El mandato de determinación	49
B. La prisión permanente revisable desde la perspectiva del mandato de determinación	50
C. El canon constitucional de la determinación penal	56
D. Recapitulación	59
III.5. Sobre la posible inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable por su contrariedad al mandato de resocialización (art. 25.2 CE)	60
A. El canon de constitucionalidad	60
B. La inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable <i>ex</i> mandato de resocialización	63
a. Desproporcionada duración del periodo de cumplimiento efectivo sin posibilidad de revisión	63
b. Indeterminación y arbitrariedad de los criterios que permiten suspender la ejecución de la pena	67
c. La perpetuidad de la condena que se impone al ciudadano	72
C. La inconstitucionalidad por falta de garantías de preservación del mandato de resocialización	74
D. Recapitulación	75
IV. CONCLUSIONES	76

**PARTE II.
REFLEXIONES PARA EL DEBATE**

<i>La ideología expiatoria y la cadena perpetua</i> Quintero Olivares, Gonzalo	83
<i>La esperanza</i> Álvarez García, Francisco Javier	87
<i>Prisión permanente revisable y derechos humanos</i> de León Villalba, Francisco Javier	91
<i>La prisión permanente revisable en los informes de los órganos consultivos</i> García Rivas, Nicolás	107

<i>Está terminantemente prohibido legislar sin evaluar</i>	
Nieto Martín, Adán	115
<i>No solo mala: inconstitucional</i>	
Lascuraín Sánchez, Juan Antonio	119
<i>Principio de humanidad y prisión perpetua</i>	
de la Cuesta Arzamendi, José Luis	125
<i>La cadena perpetua vulnera el artículo 14 de la Constitución, que prohíbe cualquier trato discriminatorio</i>	
Cuerda Riezu, Antonio	135
<i>Predicción de peligrosidad y juicio de constitucionalidad de la prisión perpetua</i>	
Martínez Garay, Lucía	139
<i>Apuntes sobre la inconstitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable desde la perspectiva del derecho penitenciario</i>	
Acale Sánchez, María	163
<i>Sobre la prisión permanente y sus consecuencias penitenciarias</i>	
García Valdés, Carlos	171
<i>La dignidad de todas las personas</i>	
Vives Antón, Tomás S.	179
<i>Relación de Profesores que se han sumado a la Declaración contra la pena de prisión perpetua</i>	183

PREDICCIÓN DE PELIGROSIDAD Y JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA PRISIÓN PERPETUA¹

LUCÍA MARTÍNEZ GARAY
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Valencia

Este trabajo analiza las consecuencias que tiene la incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad en la adecuación a la Constitución Española de la pena de prisión permanente revisable que ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico la LO 1/2015. En la primera parte se expone cuál es el grado que alcanza dicha incertidumbre y a qué factores se debe, y en la segunda se extraen las conclusiones que de ello derivan respecto de la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua.

I. SOBRE LA INCERTIDUMBRE DE LOS PRONÓSTICOS DE PELIGROSIDAD

En toda predicción de comportamientos futuros pueden producirse dos clases de errores al comparar lo predicho con lo efectivamente acaecido. Por un lado están los falsos positivos, que son los sujetos respecto de los cuales se ha predicho la ocurrencia de un fenómeno X (por ejemplo, que delinquirá en el futuro), y sin embargo dicho evento finalmente no se produce. Los falsos negativos, por el contrario, son aquellos sujetos respecto de los que se predijo que el fenómeno X no ocurriría (que

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de I+D+I «Ejecución de penas y medidas de seguridad. Tendencias político-criminales en las modernas reformas penales» (DER2013-47859-R), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

no delinquirían), y sin embargo en realidad sí que tiene lugar. En la predicción de la peligrosidad, la experiencia histórica y los estudios más recientes demuestran que la peligrosidad es sistemáticamente sobreestimada y da lugar a una proporción muy importante de falsos positivos, lo que conduce a limitar muy gravemente derechos fundamentales de muchas personas que en realidad no supondrían un peligro para la sociedad.

Hay ejemplos alejados en el tiempo pero muy aleccionadores. En los años 60 y 70 dos conocidas sentencias del Tribunal Supremo de los EEUU (casos Baxstrom y Dixon) ordenaron la puesta en libertad o el traslado a hospitales civiles por vulneración de garantías procesales de unos mil quinientos sujetos que permanecían reclusos indefinidamente en establecimientos para enfermos mentales criminales de alta peligrosidad. Los estudios de seguimiento realizados sobre estos contingentes para comprobar si volvían a reincidir arrojaron resultados inesperados: en el caso Baxstrom, y tras un seguimiento de 4 años, sólo 24 personas (de entre más de 900) tuvieron que volver a ingresar en centros de alta seguridad para criminales mentalmente enfermos, lo que da como resultado una tasa de falsos positivos de más del 97%². Y en el caso Dixon sólo el 14,5% volvió a cometer delitos violentos o actos violentos que comportaran el reingreso³. Como conclusión del estudio de seguimiento realizado sobre estos pacientes, los autores declararon que «si quisiéramos utilizar esta información para predecir estadísticamente la peligrosidad nuestra mejor estrategia sería asumir que ninguno de los pacientes era peligroso. Con ello, nos equivocaríamos en 14 de los 98 casos. Cualquier otro método incrementaría nuestro error»⁴.

Pero hay también estudios mucho más recientes que evidencian igualmente elevadísimos porcentajes de errores en las predicciones de peligrosidad. En una investigación realizada entre 2010 y 2013 en Alemania sobre la custodia de seguridad se hizo un seguimiento de dos grupos de delincuentes para los que, tras el cumplimiento de la condena, la Fiscalía había solicitado la imposición de la custodia de seguridad a posteriori, existiendo además en la mayor parte de los casos un informe pericial que constataba una elevada peligrosidad, pero respecto de los cuales los tribunales por diferentes razones no acordaron la medida. Si se pone en relación la

2 Cfr. KINZIG: *Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand. Ergebnisse einer theoretischen und empirischen Bestandsaufnahme des Zustandes einer Maßregel*, Freiburg, edition iuscrim, 1996, p. 87.

3 AUERHAHN, K.: *Selective incapacitation and public policy, Evaluating California's imprisonment crisis*, State University of New York Press, 2003, p. 82, quien a su vez cita el trabajo original de THORNBERRY, T.P./JACOBY sobre el caso Dixon (*The Criminally Insane: A Community Follow-up of Mentally Ill Offenders*, Oxford University Press, 1979).

4 Cita extraída de AUERHAHN: *Selective incapacitation and public policy*, 2003, pp. 82 y 83; la cita es de THORNBERRY, T.P./JACOBY, J.E.: *The criminally insane: a community follow-up of mentally ill offenders*, Chicago, University of Chicago Press, 1979.

reincidencia realmente ocurrida con la peligrosidad predicha, los números de falsos y verdaderos positivos y falsos y verdaderos negativos son los siguientes⁵:

		Reincidencia observada		suma
		grave	inexistente o leve	
Peligrosidad pronosticada	alta	17 verdaderos positivos	39 falsos positivos	56
	baja	1 falsos negativos	16 verdaderos negativos	17
Suma		18	55	73

Lo que se observa en esta tabla es que los pronósticos de peligrosidad tienen un grado elevado de acierto cuando concluyen que el sujeto es poco peligroso, mientras que yerran mucho más cuando afirman la elevada peligrosidad del sujeto; en concreto, se evidencia una sobreestimación notable de la peligrosidad, ya que de 56 sujetos considerados por los peritos como muy peligrosos⁶ sólo lo fueron en realidad 17. El número de falsos positivos es dos veces mayor que el de verdaderos positivos, o, dicho de otra forma, de los 56 sujetos respecto de los que se predijo una alta peligrosidad, el 70% eran falsos positivos.

Además de este estudio en Alemania se han publicado otros cuyos resultados confirman la sobreestimación de la peligrosidad en la aplicación de medidas de seguridad de internamiento. En relación también con la custodia de seguridad un trabajo de 2010 hizo un seguimiento de 22 personas a las que se puso en libertad por razones formales a pesar de que existían respecto de ellos pronósticos de peligrosidad negativos. De estas 22 personas puestas en libertad reincidieron en total sólo 8, y a su vez de estos 8 sólo 2 cometieron delitos graves con violencia o peligro para las personas (robo violento e incendio), es decir, el tipo de delincuencia para cuya evitación está prevista la custodia de seguridad⁷. Dicho de otra manera, para impedir la comisión de un delito grave con violencia o peligro para las personas, por cada sujeto realmente peligroso se habría mantenido encerrados a otros 10 que no lo eran. En otro estudio se hizo un

5 ALEX: *Nachträgliche Sicherungsverwahrung – ein rechtsstaatliches und kriminalpolitisches Debakel*, Felix Verlag, 2ª ed., 2013 p. 148. En esta tabla se recogen sólo los datos de los 73 casos (pertenecientes tanto al primer como al segundo estudio) en los que los dictámenes de los peritos fueron coincidentes al valorar la peligrosidad.

6 Y eso que como «reincidencia grave» se han considerado en esta tabla todos los casos en que como consecuencia del nuevo delito (o delitos) cometidos se impuso una pena privativa de libertad sin suspensión condicional, y no únicamente los casos de delitos graves contra la vida, integridad física o libertad sexual de la víctima.

7 KINZIG: *Die Legalbewahrung gefährlicher Rückfalltäter. Zugleich ein Beitrag zur Entwicklung des Rechts der Sicherungsverwahrung*, Berlin, Duncker & Humblot, 2010, pp. 196 y ss y p. 306.

seguimiento de 33 pacientes, anteriormente ingresados según la regulación vigente en la RDA, a los que el Tribunal Constitucional alemán ordenó dejar en libertad (o, en una pequeña proporción, mantener internados pero en dependencias psiquiátricas ordinarias) por estimar que era inconstitucional prolongar sus internamientos tras la reunificación alemana sobre la base de la regulación de las medidas de seguridad contenida en el Código Penal alemán. El seguimiento realizado a estos sujetos reveló que en un margen de tiempo de 5,72 años sólo 8 de 32 personas liberadas (el 25%) reincidieron, y de estos 8 sólo 5 cometieron delitos violentos que condujeron de nuevo al encarcelamiento o internamiento. De los 15 sujetos respecto de los cuales existían pronósticos negativos en el momento de la puesta en libertad sólo reincidieron 4 (el 27%). En este caso, si se hubiera mantenido el internamiento sobre la base del pronóstico de peligrosidad, por cada sujeto verdaderamente peligroso que hubiera permanecido internado se habría encerrado además a otros tres que en realidad no eran peligrosos⁸. O, dicho de otra manera, más del 70% de los informes que afirmaban la presencia de peligrosidad eran falsos positivos. Finalmente, otro trabajo publicado recientemente sobre un supuesto similar (32 sujetos a los que los tribunales no autorizaron a imponer la custodia de seguridad a posteriori, aunque existía un pronóstico de peligrosidad) de nuevo ha evidenciado datos muy parecidos: tras un periodo de observación de 6,5 años de media, sólo el 28% de los sujetos fueron condenados por la comisión de un nuevo delito grave (entendiendo por grave que fuera castigado con una pena privativa de libertad de como mínimo un año sin suspensión). En el restante 72% de los casos, las predicciones de peligrosidad no se vieron confirmadas por nuevas condenas por delitos graves⁹.

En estos casos los pronósticos se habían hecho con el llamado método clínico, es decir, sin seguir un procedimiento estandarizado sino aplicando cada perito (psiquiatra, psicólogo, criminólogo, etc.) su saber específico y su experiencia, y realizando sobre esa base su pronóstico personal acerca de la conducta futura del sujeto. Esta es la forma tradicional en que se hacen los pronósticos en España, cuando son necesarios en diferentes situaciones en el foro: especialmente para decidir sobre la aplicación de medidas de seguridad, pero también en relación con otras situaciones que también exigen actuar sobre la estimación de lo que el reo hará en el futuro

8 El estudio es el de RUSCHE: *In Freiheit gefährlich? Eine Untersuchung zu Häufigkeit und Gründen falscher Kriminalprognosen bei psychisch kranken Gewaltverbrechern*, Regensburg, Roderer, 2004, pp. 123 y s., de donde se han extraído todos los datos citados en el texto. El propio autor apunta que los resultados no son mejores que los que arrojaron los casos Baxstrom y Dixon (ob. cit., p. 125).

9 MÜLLER/STOLPMANN: «Legalbewährung nach rechtskräftiger Ablehnung einer nachträglichen Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung», *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 98-1, 2015, pp. 35 y ss. Los autores afirman que sus resultados se corresponden con los obtenidos tanto en los estudios antiguos de Baxstrom y Dixon como en los más recientes a los que hemos hecho referencia en las notas anteriores (p. 43).

(concesión de la suspensión de la pena, de permisos penitenciarios o de la libertad condicional, por ejemplo). En España existen muy pocos estudios sobre el grado de acierto de estos pronósticos, pero los que existen, aun valorados con todas las cautelas necesarias, arrojan datos sobrecogedores sobre el grado en que la peligrosidad se sobreestima sistemáticamente. El 20 de septiembre de 2012 se presentó en el Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid un «Informe sobre la eficacia de las predicciones de peligrosidad de los informes psicológicos forenses emitidos en los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria de Madrid»¹⁰. En dicho informe se estudian 150 expedientes en los que el Psicólogo forense de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria de Madrid emitió informe entre los años 2003 y 2006, casos que suponen la totalidad de los informes realizados sobre delitos graves en dichos años (la tipología delictiva fue: 37 agresores sexuales 36 agresores de género, 31 homicidas, 23 asesinos, 16 abusadores sexuales a menores, 7 detenciones ilegales), y se compara la predicción de peligrosidad efectuada con la reincidencia real evidenciada después por dichos sujetos. La reincidencia se comprobó consultando el Sistema de Información Penitenciaria hasta 2012, por lo que el periodo de seguimiento fue de entre cinco y seis años. Del trabajo no queda del todo claro con ocasión de qué decisión del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria se solicitaba el informe: si era para permisos de salida, libertad condicional o tercer grado, pero en todo caso los datos que se ofrecen sobre los aciertos y errores en las predicciones efectuadas son los siguientes:

	Reincide	No reincide	Total	Porcentaje de predicciones correctas (valor predictivo)
Peligrosidad sí (informe desfavorable)	15 Verdaderos positivos	77 Falsos positivos	92	16,3% (valor predictivo positivo)
Peligrosidad no (informe favorable)	3 Falsos negativos	55 Verdaderos negativos	58	94,8% (valor predictivo negativo)
Total	18	132	150	
Porcentaje de detecciones correctas	83,3% (sensibilidad)	41,6% (especificidad)		

10 El informe, elaborado por la Psicóloga Forense María del Rocío GÓMEZ HERMOSO, puede consultarse como documento pdf en la página web del Colegio Oficial de Psicólogos de las Islas Baleares, <http://www.copib.es/pdf/Vocalies/Juridica/2012-11-18%20predicciones.pdf> (consultada por última vez el 17 de junio de 2015).

De las 92 personas que estos informes consideraron peligrosas, sólo reincidieron en realidad 15, es decir, el 16.3%. Los informes se equivocaron más del 80% de las veces.

Es muy importante para valorar adecuadamente la trascendencia de esta incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad (y sus consecuencias en el ámbito de la constitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable) tener presente la diferencia entre la sensibilidad y la especificidad de los instrumentos o métodos de predicción, y el valor predictivo de los mismos. La sensibilidad es la capacidad de un instrumento de predicción para detectar a las personas que tienen la característica que buscamos: aquí, para detectar a los delincuentes que sí reincidirán. La especificidad es un valor complementario al anterior: la capacidad del instrumento para detectar correctamente a los que no reincidirán. Ambas categorías son complementarias en el sentido de que, cuanto mayor es una de ellas, generalmente menor es la otra: cuanto más amplios sean los criterios para clasificar a un delincuente como peligroso, mayor será la sensibilidad (i.e., menos peligrosos se ‘escaparán’ del diagnóstico), pero menor será la especificidad, porque aumenta la probabilidad de incluir como peligrosas a personas que en realidad no lo son. Y al contrario, si son muy estrictos los criterios para clasificar a alguien como peligroso tendremos menos fallos de este segundo tipo (pocos no-peligrosos serán erróneamente considerados peligrosos), pero habrá personas que sí iban a delinquir en el futuro que se nos habrán quedado fuera del diagnóstico.

Por otro lado está el valor predictivo. Mientras que la sensibilidad y la especificidad miden cuántos sujetos de los que reinciden o no lo hacen ha sido capaz de identificar correctamente el instrumento, el valor predictivo mide cuántos sujetos de los que el instrumento había predicho como futuros reincidentes, después lo han sido realmente o no. La sensibilidad dice: sabiendo cuántos han vuelto a delinquir, vamos a ver cuántos de esos habíamos sido capaces de identificar con nuestro método. El valor predictivo, por el contrario, dice: sabiendo cuántos habíamos identificado como peligrosos, vamos a ver cuántos de ellos realmente han delinquido después. Y aquí es importante señalar que una alta sensibilidad puede coexistir con un bajo valor predictivo del instrumento, si éste tiende a sobreestimar la peligrosidad: pocos de los peligrosos se habrán escapado de la detección (pocos falsos negativos), pero ello habrá sido al precio de incluir además a muchos que en realidad no lo fueron después (muchos falsos positivos), y de ahí que el valor predictivo resulte bajo. Tanto el estudio de los informes emitidos por los psicólogos de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria de Madrid a cuyos resultados nos hemos referido supra, como la investigación llevada a cabo en Alemania sobre la custodia de seguridad son ejemplos precisamente de esto.

La situación descrita hasta ahora en cuanto a la pobre capacidad predictiva del método clínico en la predicción de la reincidencia no cambia tampoco en relación con formas más modernas de predicción de la peligrosidad, como los métodos de predicción actuariales o estadísticos que en las últimas décadas han tenido un gran desarrollo en el mundo anglosajón y que hace años que están introduciéndose paulatinamente en España¹¹. Estos métodos estructuran todo el proceso de estimación de la peligrosidad y consisten en listas de ítems cuya presencia se considera que está asociada, de manera estadísticamente significativa, a la comisión de delitos. Para valorar la peligrosidad de un individuo concreto hay que repasar la lista cerrada de factores de riesgo y asignar a cada uno de ellos un valor numérico, en función de que esté presente o no en el individuo examinado. Estas cifras después son combinadas mediante un algoritmo estadístico que da como resultado una determinada puntuación para el sujeto, que suele expresarse en términos de probabilidad de reincidencia (por ejemplo, el sujeto A tiene según el test X una probabilidad de reincidencia del 41% para un periodo de tiempo de 5 años). Pues bien, con independencia de muchos otros problemas y limitaciones que presentan estos métodos de predicción, las que tienen mayor trascendencia en relación con las predicciones de reincidencia necesarias en el contexto de la revisión de la pena de prisión permanente son las siguientes.

1. En primer lugar, según la evidencia científica disponible hasta el momento no está demostrado que estos instrumentos actuariales predigan sustancialmente mejor que el método clínico: a pesar de que se ha discutido sobre ello durante años, hay opiniones encontradas y no se ha alcanzado de momento un resultado totalmente concluyente. Más bien lo que sí puede afirmarse es que el progreso real que ha supuesto la investigación sobre la valoración del riesgo de violencia en los últimos 30 o 40 años, en especial con el desarrollo de los métodos actuariales, no radica tanto en una mejora notable de la capacidad predictiva de estos nuevos instrumentos respecto a la que es capaz de alcanzar el juicio clínico, sino en que ofrecen una fiabilidad, inteligibilidad y transparencia mucho mayores, y por tanto permiten ser más conscientes de las limitaciones y los márgenes de error con que se efectúan las predicciones¹². Y una de las constataciones que derivan de la multitud de estudios

11 Sobre ello cfr., ampliamente, MARTÍNEZ GARAY, «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: Consecuencias para a dogmática de las medidas de seguridad», *InDret. Revista para el análisis del Derecho* n° 2/2014.

12 SKEEM/MONAHAN: «Current directions in violence risk assessment», *Current Directions in Psychological Science*, 2011; ALBRECHT, H.J.L.: «Psychiatrie, Gefährlichkeit und Prognose», en YUNDINA Y OTROS (eds.), *Forensische Psychiatrie als interdisziplinäre Wissenschaft. Festschrift zum Geburtstag von Norbert Nedopil*, Medizinisch Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Berlin, 2013; FAZEL / SINGH / DOLL / GRANN: «Use of risk assessment instruments to predict violence and antisocial behaviour in 73 samples involving 24827 people: systematic review and meta-analysis», *British*

realizados sobre estos instrumentos actuariales es que (de forma parecida, por cierto, a lo que han evidenciado los «experimentos naturales» sobre predicciones hechas con el método clínico) mientras que sí consiguen identificar bastante bien a los sujetos no peligrosos, es decir, tienen una sensibilidad y unos valores predictivos negativos bastante altos (producen muy pocos falsos negativos), sin embargo su principal debilidad está precisamente en la predicción de los que sí se considera que serán peligrosos. El valor predictivo positivo está la mayor parte de las veces claramente por debajo del 50%¹³. Un valor predictivo positivo de 0.5 no es mejor que el mero azar como criterio predictivo: significa que de todos los sujetos que predijimos que sí volverían a delinquir, la mitad no lo hicieron. Y un valor predictivo por debajo de 0.5 indica que nos hemos equivocado más veces de las que acertamos.

En España hay hasta ahora poca experiencia en la utilización de esta clase de instrumentos para predecir la reincidencia, aunque se han ido introduciendo paulatinamente en los últimos años. Y aunque en ocasiones se ha destacado que son útiles y funcionan bien para valorar el riesgo de violencia, nuevamente hay que tener mucho cuidado y distinguir qué es lo que se quiere averiguar. Por ejemplo, en 2008 se publicaron los resultados de un estudio hecho en Cataluña aplicando un instrumento de evaluación del riesgo de violencia de juicio clínico estructurado (el *Sexual Violence Risk-20*, SVR-20) a un grupo de 163 agresores sexuales que habían quedado en libertad tras cumplir condena¹⁴. Cada uno fue evaluado con este instrumento y se le asignó una probabilidad de reincidencia, y después se comprobó cuántos de ellos habían reincidido en un periodo de seguimiento promedio de cuatro años. Los resultados mostraron que de 24 sujetos que realmente reincidieron el test había identificado como futuros reincidentes a 17 (70,8% de sensibilidad: clasificaciones correctas de sujetos reincidentes), y que de 139 sujetos que no reincidieron

Medical Journal, 2012, 345:e4692: «even after 30 years of development, the view that violence, sexual, or criminal risk can be predicted in most cases is not evidence based. This message is important for the general public, media, and some administrations who may have unrealistic expectations of risk prediction for clinicians». Cfr. también la conclusión que alcanzan YANG/WONG/COID: «The efficacy of violence prediction: a meta-analytic comparison of nine risk assessment tools», *Psychological Bulletin*, Vol. 136, No. 5, 2010, p. 759: «After almost five decades of developing risk prediction tools, the evidence increasingly suggests that the ceiling of predictive efficacy may have been reached with the available technology. Other approaches such as tree modeling (Steadman et al., 2000) and Neural Networks (Price et al., 2000) require further exploration, but it is unlikely that a very high level of predictive accuracy is achievable because of theoretical constraints.»

13 FAZEL/SINGH/DOLL/GRANN, *British Medical Journal*, 2012, cit., tabla reproducida en la p. 10. Cfr. también los diversos valores que aportan SINGH/GRANN/FAZEL: «A comparative study of violence risk assessment tools: a systematic review and metaregression analysis of 68 studies involving 25.980 participants», *Clinical Psychology Review*, 31, 2011, pp. 499-513.

14 PÉREZ RAMÍREZ/REDONDO ILLESCAS/MARTÍNEZ GARCÍA/GARCÍA FORERO/ANDRÉS PUEYO: «Predicción de riesgo de reincidencia en agresores sexuales», *Psicothema*, vol. 20, núm. 2, 2008, pp. 205-210.

el test había identificado correctamente a 111 (79,9% de clasificaciones correctas de sujetos no-reincidentes). Sin embargo, los valores son mucho más bajos si en lugar de medir cuántos sujetos de los que verdaderamente reincidieron había identificado correctamente el instrumento, atendemos a cuántos sujetos de los que el instrumento había predicho como futuros reincidentes después lo fueron realmente. Ésta es la predicción que resulta decisiva en la revisión de la pena de prisión permanente: saber con qué grado de probabilidad acertaremos en este juicio respecto del futuro. Y el porcentaje de acierto fue de sólo el 37,7%. Por cada sujeto verdaderamente peligroso clasificado como tal (n=17) fueron también considerados peligrosos, falsamente, casi otros dos (n=28). Es decir, de los 45 sujetos predichos como peligrosos, en el 62% de los casos dicha predicción no fue corroborada por el comportamiento real posterior de los sujetos, fueron falsos positivos.

Algo similar cabe decir de los datos que ofrece el reciente estudio publicado por el Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya sobre la *Tasa de reincidencia penitenciaria 2014* en esa Comunidad Autónoma¹⁵. Este estudio incluye un apartado sobre la capacidad predictiva del RisCanvi, que es el instrumento de valoración del riesgo que se emplea en las prisiones catalanas. En el trabajo se compara el nivel de riesgo de reincidencia violenta que dicho instrumento asignó a una muestra de 648 internos puestos en libertad en las prisiones catalanas en el año 2010 con los datos reales de reincidencia penitenciaria evidenciados por dicho grupo de sujetos tras tres años y medio de seguimiento como media. Pues bien, aunque el instrumento ofrece una sensibilidad del 77,15%, un elevado valor predictivo negativo (95,4%) y un porcentaje muy bajo de falsos negativos (4,6%), el acierto en el pronóstico de reincidencia es mucho menor. El RisCanvi predijo un riesgo alto o moderado de reincidencia para 301 sujetos, de los cuales sin embargo 247 no reincidieron en el periodo analizado, lo que supone un porcentaje de falsos positivos del 82,06%¹⁶. El valor predictivo positivo del Riscanvi en este estudio, o, dicho de otro modo, el porcentaje de acierto en el pronóstico de reincidencia, es sólo del 17,94%.

15 El estudio, coordinado por CAPDEVILA CAPDEVILA, puede consultarse online en http://www.recercat.cat/bitstream/handle/2072/252217/tasa_reincidencia_2014_cast.pdf?sequence=1, consultado por última vez el 30.7.2015)

16 Estos datos están extraídos de la tabla que aparece en la p. 151 del citado documento. Los autores del estudio ofrecen sin embargo una valoración mucho más positiva que la que yo he hecho aquí del Riscanvi como instrumento de predicción de la reincidencia (cfr. las pp. 151 y s. y 237), que a mi modesto entender y salvo mejor opinión deriva de que no diferencian correctamente entre la sensibilidad y el valor predictivo positivo, lo que les lleva a afirmar que «el acierto en el pronóstico es del 77,2%» (p. 151), cuando dicho 77,2% no representa el acierto en el pronóstico sino la sensibilidad.

2. Al hecho incontestable de que los valores predictivos que evidencian los instrumentos estructurados de predicción de la reincidencia son muy bajos, hay que añadir otro factor de incertidumbre: los márgenes de error. Cuando se hace un meta-análisis sobre diversos estudios de validación de los instrumentos actuariales de predicción, lo que se obtiene son sólo los valores medios (en ocasiones las medianas) que cabe extraer del conjunto de muestras analizadas, esto es, lo que nos dicen estos trabajos es que en cada caso en que se comprobó empíricamente la eficacia predictiva de un instrumento en un grupo de sujetos salieron valores diferentes, cuya mediana es por ejemplo el 0.4 pero con una variabilidad que oscila entre el 0.2 y el 0.6 para el 50% de las muestras, estando los valores predictivos del otro 50% de los casos incluso por encima o por debajo de estas cifras. Es decir, que no sólo los valores predictivos medios son muy bajos, sino que están rodeados de márgenes de error muy considerables, porque un mismo instrumento de predicción, aplicado a diversas muestras de sujetos, arroja valores muy diferentes unas veces y otras¹⁷. De modo que aunque sepamos que determinado test ha obtenido en el pasado aplicado a otras muestras valores predictivos positivos del 40% o del 50%, no podemos saber si aplicado a una nueva muestra respecto de la cual nos interesa predecir la probabilidad de reincidencia tendrá nuevamente ese valor o no.

Y no sólo esto, sino que los valores predictivos medios (muy bajos como hemos visto) y los márgenes de error no están referidos siquiera a las probabilidades reales del *individuo* concreto de volver a delinquir, sino a la probabilidad media estimada para el *grupo* al cual el individuo se asimila por la puntuación que ha obtenido en el test. Como han señalado algunos autores, la probabilidad media calculada para el grupo no puede trasladarse sin más al individuo, sin tener a su vez en cuenta el margen de error que esta proyección genera, márgenes de error que según diversos estudios son en todo caso mucho mayores que los márgenes para el grupo, y que incluso podrían moverse entre intervalos desde el 1 hasta el 99%¹⁸.

3. Todos estos problemas se agravan además exponencialmente cuando lo que queremos predecir es un fenómeno muy poco frecuente, como lo es la reincidencia en delitos de asesinato. Es un dato perfectamente conocido en estadística (fórmula

17 Cfr., además de los datos que ofrecen los trabajos citados en la nota 11, también SINGH/FAZEL/GUEORGUIEVA / BUCHANAN: «Rates of violence in patients classified as high risk by structured risk assessment instruments», *The British Journal of Psychiatry*, 2014; 204 (3), pp. 180-197.

18 COOKE/MICHIE: «Limitations of diagnostic precision and predictive utility in the individual case: a challenge for forensic practice», *Law and Human Behaviour* (2010) 34:259-274; HART / COOKE, «Another look at the (im-)precision of individual risk estimates made using actuarial risk assessment instruments», *Behavioral Sciences and the Law*, 31, 2013, pp. 81-102.

de Bayes¹⁹) que si la sensibilidad y la especificidad de un instrumento permanecen constantes, cuanto más baja sea la prevalencia de un fenómeno en una población, tanto mayor será la tasa de falsos positivos que se obtenga al predecirlo²⁰.

El siguiente ejemplo ilustra en qué proporción: supongamos que disponemos de un instrumento de predicción de la peligrosidad que tiene un porcentaje de acierto del 70%, y queremos evaluar con él a un grupo de 100 delincuentes para el que la prevalencia (el porcentaje de reincidencia) es del 50%. Como la prevalencia es del 50%, sabemos que de estos 100, 50 reincidirán. Pero como el método que estamos utilizando tiene una tasa de fallos del 30%, para 15 de estos 50 sujetos emitiremos erróneamente un pronóstico favorable (falsos negativos), y respecto de los 50 sujetos no reincidentes el método clasificará erróneamente como reincidentes a otros 15 (falsos positivos). Ahora imaginemos que la tasa de prevalencia del fenómeno (la tasa de reincidencia en la clase de delincuentes que estamos evaluando) fuera sólo del 20%. Suponiendo que evaluamos nuevamente a un grupo de 100, de estos 100, 20 reincidirán. Como nuestro instrumento de predicción sigue teniendo un porcentaje de acierto del 70%, de estos 20 reincidentes habremos predicho erróneamente como inofensivos al 30%, es decir, a 6 (falsos negativos). Y de los 80 que no van a reincidir, habremos clasificado erróneamente como peligrosos también al 30%, que son 24 (falsos positivos). Como puede verse, a igual número de sujetos evaluados, y a igual capacidad predictiva del instrumento, si bien el número de predicciones erróneas es el mismo (30), la distribución de estos errores en ‘falsas alarmas’ (falsos positivos) y ‘omisiones’ (falsos negativos) no lo es, y el dato de la baja prevalencia del fenómeno hace que la tasa de falsos positivos se multiplique.

Eso significa que en las predicciones de reincidencia relacionadas con delitos de asesinato, que será la inmensa mayoría de los casos a los que se pueda aplicar la pena de prisión permanente revisable, la peligrosidad será extremadamente sobreestimada, porque la tasa de reincidencia específica en esta clase de delitos es muy baja²¹.

19 $VP = S \times BR / [S \times BR + (1-E) \times (1-BR)]$, donde VP = valor predictivo (la probabilidad de que una persona clasificada como reincidente realmente lo sea); BR = *base rate* (prevalencia del fenómeno, proporción de individuos reincidentes); S = sensibilidad; E = especificidad.

20 Cfr. por ejemplo SZMUCKLER: «Risk assessment: ‘numbers’ and ‘values’», *The Psychiatrist (formerly The Psychiatric Bulletin)* 2003, 27, p. 205, donde ofrece una tabla en la que se evidencia cómo varía el valor predictivo de diferentes instrumentos de predicción de la violencia en función de la tasa de prevalencia del fenómeno.

21 Según los resultados de diversos estudios sobre reincidencia de homicidas que sintetizan GROSS/NEDOPIL («Basisraten für kriminelle Rückfälle – Ergebnisse einer Literaturübersicht», en NEDOPIL: *Prognosen in der forensichen Psychiatrie, – Ein Handbuch für die Praxis*, 3ª ed., Pabst Science Publishers, 2006, p. 79), la comisión de nuevos delitos de homicidio oscila entre 0 y 6%, si bien este 6% no está referido a nuevas condenas por homicidio, sino a detenciones (la tasa de reincidencia

4. Por último, no cabe olvidar que en la sobreestimación de la peligrosidad incide mucho la clase de errores que queremos evitar. Si lo que queremos es evitar que se nos escapen del pronóstico el menor número posible de sujetos realmente peligrosos seremos muy estrictos en la realización de pronósticos favorables, pondremos el listón en un punto muy alto. Pero de esta manera incrementaremos los casos en que consideraremos peligrosos a sujetos que en realidad no habrían vuelto a delinquir. Y a la inversa, si lo que queremos evitar son los falsos positivos hemos de relajar el nivel de exigencia para efectuar pronósticos favorables, pero ello será a consta de incrementar el número de los falsos negativos, esto es, de quienes no fueron considerados peligrosos pero sí volverán a delinquir.

Este problema es intrínseco a cualquier método de predicción de la peligrosidad, pero se ve con mayor claridad en los instrumentos actuariales. Los instrumentos estructurados de valoración del riesgo asocian probabilidades numéricas de reincidencia a las puntuaciones obtenidas por un sujeto en una escala, probabilidades que van desde el 0 hasta el 1. En algún punto de dicha escala es necesario establecer la frontera entre lo que vamos a considerar riesgo alto y riesgo bajo, es decir, hay que determinar el punto de corte. Estadísticamente es posible calcular cuántos falsos positivos y cuántos falsos negativos aparecerán si se establecen esos puntos de corte entre alta y baja peligrosidad en unos valores numéricos u otros, y también es posible calcular cuál de estos valores es el que reduce en mayor medida ambas clases de errores. Por ejemplo, en el estudio que citábamos anteriormente de PÉREZ RAMÍREZ y otros, en el que se utiliza el SVR-20 para valorar el riesgo de reincidencia en una muestra de agresores sexuales en Cataluña, se propone la puntuación de .20 en el SVR-20 como aquélla que ofrece el mejor equilibrio posible entre sensibilidad y especificidad, y por ello genera un menor

aumenta si se cuenta la comisión de cualquier otro delito, no sólo de nuevos homicidios). Respecto a España existen pocos datos: los más recientes seguramente son los del estudio de reincidencia penitenciaria publicado por la Generalitat de Cataluña (cfr. CAPDEVILA CAPDEVILA (coord.): *Tasa de reincidencia penitenciaria 2014*, Generalitat de Catalunya, 2015, accesible online en: http://www.recercat.cat/bitstream/handle/2072/252217/tasa_reincidencia_2014_cast.pdf?sequence=1, consultado por última vez el 30.7.2015) pero tiene el problema (aparte de las limitaciones que ya supone el que mida exclusivamente la reincidencia penitenciaria y que se refiera solo a la población penitenciaria de esa Comunidad Autónoma) de que no da cifras de reincidencia respecto de sujetos condenados por delitos contra la vida, sino relativas al grupo mucho más amplio de delitos contra las personas, entre los que se incluyen también por ejemplo los de lesiones. En relación con los delitos contra la vida ARMAZA ha estimado a partir de los datos de condenas del INE una posible tasa media de reincidencia específica en nuevos delitos dolosos de homicidio en sujetos condenados por la comisión de delitos contra la vida de 8,33% para los años entre 1998 y 2006; cfr. ARMAZA ARMAZA: *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, Comares, Granada, 2013, p. 45.

número tanto de falsos positivos como de falsos negativos²². Sin embargo, la utilización de este valor como punto de corte para clasificar a los sujetos en futuros reincidentes y futuros no reincidentes sigue generando un 6% de falsos negativos (de los 118 sujetos a los que se pronosticó un riesgo bajo de reincidencia, 7 sí volvieron a delinquir). En consecuencia, si político-criminalmente esta cifra pareciera inasumible, sería posible elegir otro valor (inferior a .20) como punto de corte, con lo que, al aumentar el número de sujetos pronosticados como reincidentes, disminuiría el número de falsos negativos. Ahora bien, esta decisión aumentaría al mismo tiempo el número de falsos positivos, que como ya vimos alcanzaba en la predicción inicial un porcentaje del 62,3% respecto del total de los predichos como reincidentes. Y a la inversa, si fuera esta última cifra la que nos pareciera excesiva, podríamos aumentar la puntuación exigida en el SVR-20 para entender que existe a partir de ella el peligro de reincidencia, pero ello automáticamente elevaría el número de sujetos reincidentes que escaparían de la detección (falsos negativos). Las regulaciones legales que exigen niveles muy bajos de probabilidad de reincidencia para la puesta en libertad de los sujetos (como cuando se establece como requisito, por ejemplo, la «ausencia de peligrosidad»), generan en consecuencia porcentajes elevados de falsos positivos.

II. CONSECUENCIAS DE LA INCERTIDUMBRE DE LOS PRONÓSTICOS DE PELIGROSIDAD SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE

Tal como ha quedado configuraba la pena de prisión permanente revisable en la LO 1/2015 su constitucionalidad depende fundamentalmente de la posibilidad de su revisión periódica, y especialmente de que dicha revisión garantice «un horizonte de libertad para el condenado», como se afirma en la Exposición de Motivos, pues esto es lo que, en palabras nuevamente del legislador, hace compatible esta pena «con la finalidad de reeducación a la que debe ser orientada la ejecución de las penas de prisión» como ordena el art. 25.2 CE.

A su vez, la revisión de la pena depende ante todo de que exista respecto del sujeto un pronóstico favorable de reinserción social, esto es, que quepa predecir que una vez en libertad no cometerá nuevos delitos. Así lo establece el número 1 del art. 92 CP, en el que se exigen tres condiciones para que como resultado de la revisión se pueda acordar la suspensión de la ejecución de la pena: la primera (letra a) es que se hayan cumplido 25 años de condena –o los otros plazos que el CP establece en el art. 78 para determinados supuestos–, la segunda (letra b)

22 PÉREZ RAMÍREZ/REDONDO ILLESCAS/MARTÍNEZ GARCÍA/GARCÍA FORERO/ANDRÉS PUEYO: «Predicción de riesgo de reincidencia en agresores sexuales», cit., p. 209.

es que el penado esté clasificado en tercer grado, y la última (letra c) es que el tribunal, a la vista de una serie de factores, «pueda fundar, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario y por aquellos especialistas que el propio tribunal determine, la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social».

II.1. Vulneración del mandato de determinación (art. 25.1 CE)

Ese pronóstico favorable de reinserción social es por tanto un requisito imprescindible para que esta pena pueda dejarse en suspenso. Sin embargo, ya se ha explicado que el grado de certeza con el que se pueden efectuar estos pronósticos es por lo general muy bajo, está sometido a grandes márgenes de error, y conduce a una sobreestimación sistemática del riesgo. Pues bien, todos estos factores se presentan de manera particularmente exacerbada en el caso de la pena de prisión permanente revisable tal y como ha quedado regulada en nuestro Código penal.

Por un lado, el párrafo tercero del art. 92.3 CP contiene una especificación muy importante sobre lo que ha de entenderse por «pronóstico favorable de reinserción social», que es la formulación utilizada en el art. 92.1 cuando lo establece como requisito para conceder la suspensión. En ese número tercero del art. 92.3 se establece que se revocará la suspensión cuando ya no pueda mantenerse «el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba» la concesión de la suspensión. Repárese en que la ley no alude a un pronóstico de baja o escasa peligrosidad para conceder la suspensión de la ejecución de la prisión permanente, sino que exige un pronóstico en el que se constate la falta de peligrosidad, es decir, la probabilidad cero, en definitiva la certeza de que no se cometerán más delitos. Pero, en primer lugar, todos los métodos de predicción contrastados en psicología y criminología parten de la base de que las predicciones siempre se hacen para un periodo de tiempo acotado; no es posible predecir el riesgo de comisión de delitos para un futuro indeterminado, y además la probabilidad de acierto del pronóstico es tanto mayor cuanto más corto sea el periodo respecto del que se formula. Luego ningún perito puede afirmar que un sujeto no volverá a delinquir nunca. Y en segundo lugar, los pronósticos son por definición juicios sobre la posibilidad de que algo acontezca en el futuro, y no pueden proporcionar certeza de que el sujeto no reincidirá, sino sólo estimaciones de probabilidad más o menos elevadas, pero nunca iguales a cero.

Si los tribunales interpretaran de forma literal el texto de la ley y para conceder la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente reclamaran del perito un informe en el que se asegurase la ausencia total de probabilidad de reincidencia («falta de peligrosidad»), entonces lo que sí podría predecirse con certeza es que nunca se podría revisar la pena de prisión permanente, sencillamente porque esa clase de pronunciamiento no puede hacerse con base científica. Pero aunque

no se llegue a este extremo y los jueces se conformen con informes en los que se asuma un riesgo mínimo o muy bajo de reincidencia, la aplicación de un criterio extremadamente estricto para conceder las suspensiones multiplicará el número de falsos positivos, es decir, de personas que en realidad no habrían cometido delitos si hubieran sido puestas en libertad. Porque como se ha explicado *supra*, cuanto más rigurosos son los requisitos exigidos para hacer un pronóstico favorable más aumenta el número de casos en los que por si acaso no se concede la libertad, y con ello, el número de falsos positivos. De modo que tal y como evidencian todos los ejemplos históricos y de derecho comparado, y los estudios realizados sobre la capacidad predictiva de los diferentes métodos de predicción de la peligrosidad, cabe asegurar que permanecerá privado de libertad indefinidamente un número de personas no peligrosas muy superior al de sujetos que sí tendrían un verdadero riesgo de volver a delinquir. La base sobre la que se adoptará la decisión de dejar en suspenso la pena de prisión perpetua es, como se ve, extremadamente endeble, porque el grado de incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad es muy alto, y ello produce a mi juicio una vulneración del mandato de determinación por la enorme inseguridad jurídica a la que queda sometido quien sea condenado a esta pena.

Por otra parte, la clase de delitos para los que está prevista esta pena contribuirá aún más a que los índices de sobreestimación de la peligrosidad en los condenados a prisión permanente sean extremadamente altos. Pues la pena está prevista para conductas que suceden con muy poca frecuencia (los asesinatos más graves y los asesinatos terroristas, y qué decir de los demás supuestos, porque los homicidios del Jefe del Estado y los delitos de genocidio y lesa humanidad han sido hasta ahora por fortuna absolutamente testimoniales cuando no inexistentes en nuestro país). Como es sabido (cfr. *supra*, epígrafe I), en la predicción de eventos futuros la escasa prevalencia del fenómeno aumenta los errores de pronóstico debidos a falsos positivos, y en consecuencia son precisamente estos delitos de suma gravedad, pero muy escasa frecuencia, los más proclives a la sobreestimación de la peligrosidad, y con ello a la lesión del derecho a la libertad de personas que permanecerán encerradas sin ser verdaderamente peligrosas.

Por otro lado, el pronóstico no sólo es requisito para revisar la pena y conceder la suspensión, sino que continúa teniendo una importancia trascendental durante el plazo de suspensión de la pena, pues el párrafo tercero del número 3 del art. 92 CP dispone que «el juez de vigilancia penitenciaria revocará la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la libertad condicional concedida cuando se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada». De modo que en cualquier momento mientras dure el plazo de suspensión –que puede llegar a 10 años, *ex art. 92.3 CP*– el hecho de que el

pronóstico de reinserción pase a ser desfavorable determina el reingreso en prisión, de nuevo sin límite máximo de duración. El pronóstico es por tanto el presupuesto esencial que condiciona por completo la ejecución de la pena de prisión permanente y las decisiones de puesta en libertad y de revocación de la misma, y todo ello sin que dicho pronóstico tenga que verse confirmado por la comisión de un nuevo delito por parte del penado. Considero importante resaltar esta última consideración. Porque la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente se revoca, en efecto, también cuando el penado es condenado por un nuevo delito, pues así lo dispone el art. 92.3 en su párrafo primero, que se remite al art. 86 CP, en el que se regula la revocación de la suspensión de las penas de prisión temporales, la cual procede (entre otros supuestos) cuando el condenado reincide (cfr. art. 86.1.a) CP). Pero lo que establece el art. 92.3 CP en su párrafo tercero es una posibilidad de revocación adicional, basada en el mero cambio del pronóstico sobre la conducta del condenado, que no se apoya en el dato de la comisión de nuevos delitos, porque esto último constituye por sí mismo un supuesto diferente de revocación de la suspensión (92.3 párrafo 1º).

El párrafo tercero del art. 92.3 CP introduce por lo tanto una asombrosa multiplicación de la inseguridad jurídica, porque no es ya que el condenado a la pena de prisión permanente no sepa nunca si podrá salir o no en libertad, ni cuándo, sino que además, y suponiendo que se le haya llegado a conceder esa libertad a través de la suspensión de la ejecución, pende sobre él continuamente la espada de Damocles de una revocación no debida a una conducta que él pueda voluntariamente hacer u omitir (como por ejemplo cometer o no nuevos delitos), sino a la mudable opinión del tribunal sobre si las circunstancias han cambiado. Adviértase que dichas «circunstancias» quedan absolutamente indeterminadas en el art. 92.3 CP, de modo que la regulación legal no le ofrece al reo ninguna pista sobre cuáles son los criterios de los que dependerá la revocación de la suspensión, y en consecuencia éste no sabe qué es lo que debe intentar hacer u omitir para poder conservar la libertad que se le ha concedido.

Por último, la introducción de la pena de prisión permanente ha provocado –seguramente como efecto colateral no buscado por el legislador– que también se hayan convertido en permanentes las medidas de seguridad de internamiento cuando se impongan por la comisión de delitos castigados con pena de prisión perpetua. Esta consecuencia se debe a cómo está regulado el límite máximo de duración de las medidas de seguridad privativas de libertad en los arts. 6 y 101 a 104 CP, en los que como es sabido no se establece un límite máximo absoluto para estas medidas sino que se liga su duración a la de la pena prevista para el delito cometido. De ahí que el hecho de que ahora algunos delitos tengan prevista una pena privativa de libertad de carácter indefinido hace que cuando sean sujetos inimputables quienes los cometan

la medida de seguridad que les sería aplicable carecerá también de límite máximo. Esta consecuencia no deja de resultar bastante paradójica si se tiene en cuenta que el Proyecto de reforma del Código penal que el Gobierno presentó en 2013 pretendía eliminar el límite máximo para las medidas de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico y en centro de educación especial, decisión que suscitó mucha controversia en la doctrina penal y también en la opinión pública, y que finalmente fue abandonada por el Grupo Popular, que aceptó en la Comisión de Justicia del Congreso las enmiendas presentadas por otros grupos parlamentarios para echar atrás la reforma en este punto. Pues bien, a pesar de que el legislador deliberadamente quiso evitar la duración indefinida de los internamientos psiquiátricos al abandonar las modificaciones que en este sentido preveía el Proyecto de 2013, finalmente dicho efecto se ha acabado introduciendo «por la puerta de atrás» que deriva de prever una pena de prisión perpetua para ciertos delitos y mantener la duración de la pena prevista para el delito cometido como límite máximo para las medidas de seguridad de internamiento, sin haber contemplado alguna excepción para estos casos.

II.2. Vulneración de la prohibición de penas inhumanas y degradantes (art. 15 CE) y del mandato de resocialización (art. 25.2 CE)

A la vista de los problemas expuestos en el apartado anterior sobre el juicio de pronóstico que es necesario para poder revisar la pena de prisión perpetua, lo único que sí se puede predecir con casi total seguridad es que esta pena no se revisará casi nunca, o si se hace será tras periodos prolongadísimos de privación de libertad, cuando los operadores jurídicos puedan estar seguros de que el reo, por ser ya prácticamente un anciano, no tendrá ya posibilidades materiales de llevar a cabo conductas delictivas. Sin embargo, esto genera un nuevo reproche de inconstitucionalidad porque una pena de verdad perpetua, en la que la perspectiva de alcanzar la libertad sea una posibilidad muy remota y sin visos reales de poderse materializar, es una pena inconstitucional por inhumana y excluyente de toda posibilidad de resocialización²³.

Pero incluso aunque no se llegara a estos extremos la pena de prisión perpetua genera serias dudas sobre su inhumanidad. Y es que en esta pena la sobreestimación de la peligrosidad de que adolecen las predicciones en las que se tiene que basar su revisión tiene consecuencias particularmente gravosas para el reo, infinitamente más graves que cuando se le deniega a alguien la libertad en la ejecución de una pena temporal como consecuencia de un juicio de pronóstico

23 LASCURAÍN SÁNCHEZ: «Carta a los senadores: protéjannos de la pena», *Claves de Razón Práctica* n° 239/2015, p. 69.

en alguna otra de las situaciones en las que la legislación vigente también hace depender la puesta en libertad de esta clase de juicio. Porque cuando se deniega un permiso de salida o la libertad condicional por la existencia de un pronóstico desfavorable de peligrosidad en una pena temporal, el condenado sólo retrasa una salida a la libertad que de todos modos se va a producir tarde o temprano, puesto que su pena tiene un límite máximo establecido en la sentencia que se acerca con cada día que pasa. Mientras que la denegación de las revisiones en la prisión permanente supone mantener al sujeto en una situación de privación de libertad que por principio es indefinida, y en la que el mero aumento del tiempo pasado en prisión no acerca en lo más mínimo la puesta en libertad. Además, cuando en una pena temporalmente acotada no se concede la suspensión, los permisos, o la libertad condicional debido a un pronóstico desfavorable, el que este pronóstico sea muy incierto o haya sobreestimado groseramente la peligrosidad podría verse compensado por el hecho de que el sujeto, aunque ya no fuera peligroso, está cumpliendo aún una pena justificada en atención a su culpabilidad por el hecho cometido. Es decir, aunque pueda haber desaparecido o disminuido la necesidad de prevención especial, subsistiría aún la retribución de la culpabilidad como fundamento legítimo del castigo. Sin embargo esto no ocurre en la prisión permanente, donde una vez transcurridos los períodos mínimos de cumplimiento el mantenimiento de la persona en prisión se debe única y exclusivamente a razones de peligrosidad (como se comentará en el siguiente apartado), de modo que la incorrecta apreciación de esta última priva de toda base legitimadora a la prolongación de la privación de libertad.

Por otro lado, la regulación de la prisión permanente revisable choca con el mandato de resocialización debido a la formulación en el art. 92.1.c) CP de los elementos a partir de los cuales tiene que efectuarse el pronóstico de falta de peligrosidad necesario para poder dejar en suspenso la ejecución de la pena. Y es que muchos de los criterios que allí se enumeran contarán irremediabilmente en perjuicio del reo: «las circunstancias del delito cometido» en todo caso, pues por definición esté habrá sido un delito de asesinato muy grave (o de genocidio, o de lesa humanidad), y «la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito» también, pues será siempre elevadísima ya que se trata de la reiteración en delitos de asesinato, genocidio etc., que son de los más graves de todo el Código penal. Por otra parte, otros de los factores a los que hay que atender no son modificables por el reo, es decir, difícilmente podrá hacer algo para mejorarlos de forma que pudieran fundar un pronóstico favorable de reinserción: así ocurre con «la personalidad del penado», que no es algo que uno pueda modificar a voluntad, y lo mismo con «sus antecedentes»; por otro lado, «sus circunstancias familiares y sociales» tras un mínimo de 25

años de privación de libertad muy probablemente se habrán deteriorado mucho, el contacto con amigos o parientes seguramente se habrá debilitado y será difícil que el sujeto cuente con un círculo familiar o social dispuesto a proporcionarle el apoyo que necesitará para la siempre difícil vuelta a la libertad tras muchos años de reclusión. Por último, otros de los criterios que enumera el art. 92.1.c) no son otra cosa que parte del propio pronóstico (así, cuando alude a «los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas»). En resumen, el único factor que es susceptible de mejora voluntaria por parte de sujeto es «su conducta durante el cumplimiento de la pena», pero a su vez los periodos tan excesivos establecidos como de cumplimiento mínimo difícilmente contribuirán a que la persona pueda exhibir un comportamiento ejemplar de manera continuada en la prisión, cuando el propio hecho de la privación tan larga de libertad influye muy negativamente en la personalidad y habilidades sociales, cognitivas etcétera de los internos. En definitiva, es contrario al principio de resocialización que la revisión de la pena de prisión perpetua esté diseñada de forma que depende en su mayor parte de circunstancias que o bien no son modificables por el reo, o bien por definición contribuirán a conformar un juicio negativo de pronóstico.

II.3. Vulneración de los principios de proporcionalidad y culpabilidad

Como se ha explicado *supra* al comentar los problemas de inseguridad jurídica que genera la revisión de la pena de prisión perpetua, el último párrafo del art. 92.3 CP permite revocar la suspensión ya concedida si se produce un cambio en las circunstancias que dieron lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundó la decisión. Esta disposición genera como ya se ha explicado una tremenda inseguridad jurídica porque esas «circunstancias» quedan absolutamente indeterminadas en el texto legal, pero dicha indeterminación puede provocar, además, también una vulneración del principio de culpabilidad porque ese tenor literal tan inconcreto permite que la revocación de la suspensión de la pena se base en cambios de las circunstancias que no tengan nada que ver con la conducta del sujeto. Por ejemplo, si el condenado se comprometió a vivir con su madre durante el periodo de la suspensión pero ésta fallece a los 6 meses y él queda sin ningún apoyo familiar, apoyo que había sido considerado un dato fundamental para estimar bajo el riesgo de reincidencia ¿es eso un cambio de circunstancias que permita modificar el pronóstico de peligrosidad? O si uno de los factores que se tuvo en cuenta para conceder la suspensión fue que el sujeto tenía una oferta de trabajo, ¿el hecho de que lo pierda debido a la crisis económica es un dato que permite modificar el pronóstico? La redacción legal lo permite y por ello conculca el principio de culpabilidad, en la medida en que hace soportar al sujeto

privaciones de derechos (tan graves como el reingreso en prisión por un tiempo indeterminado) por eventos que no dependen de su comportamiento voluntario.

Por lo que hace a las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, y aunque es sabido que en esta materia corresponde al legislador un margen muy amplio de libertad para valorar la necesidad y los costes de recurrir a unas penas u otras para hacer frente a determinado problema de criminalidad, hay al menos dos razones que permiten cuestionar muy seriamente que la pena de prisión perpetua pueda superar el canon de proporcionalidad establecido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. La primera es que España tiene, según los datos oficiales ofrecidos por el Estado, una de las tasas más bajas de toda Europa en la comisión de delitos dolosos contra la vida, tasa que además se mantiene estable y no ha ascendido en los últimos años²⁴, y que es inferior a la de otros países que cuentan con penas de cadena perpetua en sus legislaciones²⁵. Estos datos demuestran que en España hasta ahora se ha podido controlar ese tipo de delincuencia con sanciones menos duras que la cadena perpetua, manteniéndola en niveles más bajos que los de países vecinos que sí hacen uso de dicha pena, luego es evidente que en nuestro país basta con medios menos gravosos para responder a esa clase de delitos y el recurso a la pena de prisión permanente revisable no es en absoluto necesario.

En segundo lugar, el hecho de que en todos los delitos que la tienen prevista la pena de prisión perpetua se haya configurado como pena única y de imposición obligatoria, y no facultativa para el juez en función de la especial gravedad de los casos, genera un problema similar al que en la STC 136/1999 condujo a la estimación del amparo por vulneración del principio de proporcionalidad. En aquel caso se consideró contraria a este principio la existencia de un límite mínimo excesivamente elevado en el delito de colaboración con banda armada del CP 1973 (6 años de prisión), que no permitía imponer una pena adecuada a los casos de menor gravedad que cabían en el tenor literal del tipo. La regulación actual de la pena de prisión permanente no ofrece un marco penal en el que puedan operar las circunstancias atenuantes del art. 21 CP, ni prevé ningún supuesto en el que debido a la menor gravedad del hecho o de la culpabilidad del autor se pueda no imponer la prisión perpetua, cuando es evidente que sin negar la gravedad inherente a los delitos de asesinato del art. 140 CP o de asesinato terrorista son imaginables muchas situaciones diversas que merecerían un tratamiento penal diferenciado (piénsese por ejemplo en la disparidad que existe entre el terrorista que ajusticia a sangre fría a un rehén, y el marido anciano que desesperado porque carece de medios para seguir cuidando adecuadamente de ella administra un veneno indoloro a su mujer de 90 años, gravemente enferma de Alzheimer).

24 Cfr., *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior*, 2013, p. 155.

25 Cfr., *ibídem*, p. 153.

Por último, y aparte de estas consideraciones generales, la incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad también genera a mi juicio problemas en relación con la proporcionalidad en sentido estricto. Para explicar esta afirmación es preciso aclarar que en mi opinión la pena de prisión permanente no puede ser una pena proporcionada a la gravedad de la culpabilidad²⁶. La pena de cadena perpetua, que funciona expresa o implícitamente como sustitutivo de la pena de muerte en los países que carecen de esta última, incorpora como ésta una dimensión de pena absoluta, de separación definitiva del delincuente respecto de la comunidad de ciudadanos, de eliminación si no física sí al menos simbólica del súper-malvado, depredador humano, etc. Sin embargo, la medición de la pena en el Estado de Derecho no se rige por las consideraciones emocionales e irracionales que sustentan los deseos de venganza, linchamiento o extrañamiento definitivo del reo, sino que ajusta el castigo a consideraciones racionales de gravedad del hecho y gravedad de la culpabilidad, medibles ambos parámetros siempre en una escala progresiva de menor a mayor. El Tribunal Constitucional tiene dicho (por ej. en la STC 57/2010, FJ 9, con cita de varias más) que «el principio de culpabilidad es el elemento que marca la frontera de la vindicta con la justicia». Enlazando con esto, la idea de una culpabilidad racional, siempre medible y ajustada escalonadamente a la gravedad del hecho, es incompatible a mi juicio con una pena absoluta, que no tiene límite máximo. Es algo que se percibe con claridad según creo en los delitos contra la vida: tras las modificaciones que en esta materia ha introducido la LO 1/2015, la pena va subiendo desde un máximo de 15 años en el homicidio básico del art. 138.1 CP, a 22 años y medio en el homicidio agravado del art. 138.2, luego a un tope de 25 años en los asesinatos básicos del art. 139, y de repente da un salto hasta el infinito en los asesinatos agravados del art. 140 CP. ¿Qué consideración racional puede explicar este salto desde los 25 años a la duración para siempre? No desde luego la gravedad intrínseca del hecho, pues las situaciones que se describen en los números 2 y 3 del art. 140 no son distintas de las que en otros casos se abordan con agravaciones de penas temporales o con las reglas generales de los concursos de delitos, y en la circunstancia 1ª no se alcanza a ver la diferencia con la alevosía, que en el art. 139 CP «sólo» produce el efecto de agravar el homicidio a asesinato simple castigado con una pena de prisión de 25 años como máximo. En consecuencia, sólo una culpabilidad igualmente ‘absoluta’ o ‘infinita’, que marca al autor también para siempre, puede explicar el salto en la pena: un concepto de culpabilidad basado en la idea de la venganza, de la sed de sangre, de la justicia talional e irreflexiva. Pero como esto es incompatible con la esencia del Estado de Derecho y del reconocimiento de

26 Sobre lo que sigue, cfr. las consideraciones de FISCHER, «Schafft lebenslang ab!», *Zeit Online* del 24.2.2015 (<http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2015-02/lebenslange-freiheitsstrafeschuld>).

la igual dignidad humana a todas las personas (porque es, en definitiva, Derecho penal de autor, también considerado inconstitucional en numerosas sentencias del TC), hay que reconocer que la pena de prisión permanente revisable, una vez cumplidos los períodos mínimos obligatorios, no se justifica ya en la retribución de la culpabilidad del sujeto, sino en la inocuización estrictamente preventiva del tenido por peligroso, cosa que además se pone de manifiesto con toda claridad cuando en la regulación de los requisitos para la revisión de la pena, en el art. 92 CP, el presupuesto fundamental del que depende la concesión de la suspensión es que el juez pueda fundar un pronóstico favorable de reinserción social, parámetro que no guarda relación alguna con la culpabilidad por el hecho sino que atiende exclusivamente a su peligrosidad.

Pero si la continuación de la privación de libertad en la prisión permanente más allá de los periodos de cumplimiento obligatorio se justifica en la prevención especial negativa, entonces la naturaleza de esta pena se acerca enormemente a la de una medida de seguridad, y como es sabido convencionalmente se asume que las medidas de seguridad no han de ser proporcionales a la culpabilidad del sujeto sino a su peligrosidad. Surge entonces la pregunta de hasta qué punto la incertidumbre de los pronósticos puede afectar a este juicio de proporcionalidad respecto de la peligrosidad, y en mi opinión afecta mucho²⁷. Como es sabido la aplicación o mantenimiento de medidas dirigidas a neutralizar la peligrosidad de una persona se considera legítima cuando, frente al interés del individuo en no ser limitado en sus derechos fundamentales más allá de lo que permite la pena basada en la culpabilidad, prevalece el interés de la sociedad en protegerse frente a la comisión de delitos futuros por parte de ese sujeto²⁸. Esto implica que tiene que ser posible comparar el daño –actual y perfectamente cuantificable– que sufren los bienes jurídicos del sujeto, con el daño –eventual e indeterminado– que sufriría la sociedad con los delitos que el sujeto cometería, probablemente, en el futuro. Pero no es posible hacer esa comparación cuando el segundo término de la misma es imposible de determinar de forma mínimamente fiable. Porque necesitaríamos saber qué delitos, cuántos, y en qué espacio de tiempo, va a cometer el sujeto, y con qué grado de probabilidad; esto es lo que nos podría ofrecer criterios para decidir hasta qué punto debe prevalecer el derecho fundamental del sujeto a la libertad, y a partir de qué momento, y en qué condiciones, podría verse limitado en atención a los intereses de protección de la sociedad. Pero esto es precisamente lo que no estamos en condiciones de averiguar, habida cuenta de las limitaciones de los pronósticos de seguridad.

27 Sobre lo que sigue, cfr. ampliamente y con más referencias MARTÍNEZ GARAY, «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad...», cit., epígrafe 8.

28 Sobre esto cfr. por todos SANZ MORÁN: «Sobre la justificación de las medidas de corrección y de seguridad», en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 969-980.

Es más, lo que el estado actual de la investigación sobre instrumentos de predicción del riesgo sí nos indica es que en este juicio de ponderación hay que introducir un tercer elemento, porque no sólo están implicados la libertad del sujeto peligroso y el interés de la sociedad en protegerse frente a él, sino también la libertad de otros sujetos, no peligrosos, que se verán afectados por la aplicación de medidas de seguridad como consecuencia de la inevitable presencia de falsos positivos. No parece posible que como resultado de un juicio de ponderación hecho en estos términos pueda prevalecer el interés de la sociedad a su propia protección. ¿Puede en un Estado de Derecho que proclama la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico admitirse que sea de mayor valor el interés de la sociedad en protegerse frente a la eventual comisión de indeterminados delitos graves (no sabemos cuántos serían, ni cuáles en concreto, ni cuándo se cometerían, ni si en realidad llegarían finalmente a cometerse), que el derecho a la libertad no sólo del autor peligroso sino también el de otros varios sujetos no peligrosos?

El Tribunal Constitucional alemán ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la relevancia jurídica que puede tener la incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad en relación con la proporcionalidad de las medidas de seguridad en sentencias dictadas sobre la custodia de seguridad o *Sicherungsverwahrung*²⁹, y aunque ha declarado que en principio dicha consecuencia jurídica es compatible con la Constitución alemana su argumentación presenta lagunas evidentes que cabe trasladar a la pena de prisión permanente introducida por la LO 1/2015. Los argumentos –y las críticas– son aplicables a esta pena aunque la custodia de seguridad tenga atribuida formalmente naturaleza de medida de seguridad en Alemania por dos razones: de un lado, porque la diferencia entre esa medida y las penas es más formal que sustancial, como tuvo ocasión de destacar el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia del caso *M v. Germany*³⁰, y, en segundo lugar, porque la pena de prisión perpetua tiene como hemos dicho una dimensión evidentemente inocuidadora tras el cumplimiento de los límites mínimos de permanencia en prisión que la acerca mucho a las medidas de seguridad como la custodia de seguridad.

Pues bien, el Tribunal Constitucional alemán parte de la base de que el internamiento prolongado que supone la custodia de seguridad no vulnera la dignidad de la persona siempre que resulte imprescindible debido al peligro continuado que supone el sujeto, de modo que la comprobación de dicho peligro deviene esencial para la legitimidad de la medida, pues la grave limitación del derecho fundamental a la libertad que supone la custodia de seguridad sólo puede asumirse mientras sirva para proteger intereses esenciales de terceras personas, y siempre que se mantenga

29 Cfr. Sentencia del TC alemán de 5 de febrero de 2004 (BVerfG, 2 BvR 2029/01) y de 4 de mayo de 2011 (BVerfG, 2 BvR 2365/09).

30 STEDH de 17 de diciembre de 2009.

dentro de las exigencias del principio de proporcionalidad. En opinión del Tribunal las incertidumbres existentes en relación con el pronóstico, que es la base para el internamiento, no hacen desaparecer ni la adecuación ni la necesidad de limitar la libertad con esta medida, y el conocimiento acerca de los factores de riesgo de reincidencia habría mejorado tanto en los últimos años que permitiría efectuar pronósticos relativamente buenos y fiables sobre una parte de los delincuentes, hasta el punto de que habría algunos delincuentes en los que confluirían tal cantidad de factores de riesgo que el peligro podría pronosticarse «con seguridad»³¹.

Sin embargo estas afirmaciones, como ha denunciado la doctrina penal alemana, en realidad escamotearon el problema principal, pues dieron por supuesta en lugar de entrar a analizar la cuestión central de la que depende la legitimidad de las medidas de seguridad, esto es, si es posible o no efectuar pronósticos con el grado suficiente de certeza, dados los numerosos problemas que en relación con su fiabilidad ha puesto de manifiesto la doctrina, tanto médica como jurídica³². Al contrario de lo que se afirmó en esas sentencias, los estudios de que disponemos atestiguan que las predicciones de peligrosidad sobre la reincidencia en delitos graves se equivocan más veces de las que aciertan, luego en realidad no existe la seguridad en la que quiere creer el Tribunal Constitucional alemán para poder efectuar los pronósticos.

En definitiva, en estas sentencias quedó sin analizar la tercera de las exigencias del principio de prohibición de exceso, esto es, la proporcionalidad en sentido estricto. Porque, ¿es aceptable desde este último canon de enjuiciamiento, dados los elevados números de falsos positivos que incluyen siempre las predicciones de peligrosidad, el que la protección de la sociedad exija seguir privando de libertad a través de la prisión permanente a un número no pequeño de sujetos que en realidad no son peligrosos?

31 «[E]in bestimmter und bestimmbarer Anteil der Probanden versammele eine derartige Häufung von Risikofaktoren auf sich, dass eine Gefahr sicher prognostiziert werden könne” (BVerfG, 2 BvR 2029/01, de 5.2.2004, número marginal 102).

32 Cfr. KINZIG, *Die Legalbewahrung gefährlicher Rückfalltäter*, cit., p. 43; STRENG: «Die Zukunft der Sicherungsverwahrung nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts», *Juristenzeitung*, 17/2011, p. 828, o KREUZER/BARTSCH: «Anmerkung I» a BVerfG, Urt. v. 04.05.2011, *Strafverteidiger*, 8-2011, pp. 479 y s. POLLÄHNE considera la actitud del TC Alemán un resignado encogimiento de hombros, que evidenciaría un preocupante pragmatismo ante una situación en la que el Tribunal no vislumbra alternativas viables al pronóstico de peligrosidad (§ 61 n.m. 54 en *Nomos Kommentar*, 2013).