

La regulación de las penas accesorias en el Código Penal de 1995 (1)

INMA VALEIJE ÁLVAREZ

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Vigo

En un orden nuevo igualitario, como el surgido tras la Revolución Francesa, cualquier limitación de la capacidad jurídica no solo debe ser excepcional, sino que debe ser racionalmente justificada.

J. BENTHAM: Teoría de las penas y las recompensas.

SUMARIO: 1. Introducción.-2. Las penas accesorias en el Código Penal de 1995.-3. Las penas accesorias en la Reforma del Código Penal por Ley Orgánica 15/2003.-4. ¿Qué son las penas accesorias?.-5. Principios rectores de las penas accesorias y sus excepciones.-6. Algunos aspectos críticos de las penas accesorias.-7. Funciones de las penas accesorias.-8. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La falta de debate sobre la existencia de las penas accesorias denota una ausencia de perplejidad sobre la legitimidad de las mismas y la aceptación de una tradición histórica enraizada en nuestro Código Penal que nunca se deseó poner en discusión.

Durante las últimas reformas del Código Penal de 1995 asistimos impertérritos a un crecimiento de su importancia y legitimidad. Sus

(1) Los fondos bibliográficos consultados han sido adquiridos gracias al Proyecto de investigación «Dereito sanitario: converxencia de responsabilidade médico-sanitaria no marco da Unión Europea. Aspectos penais». Xunta de Galicia (PIDIT05CSO20202PR).

sucesivas reformas además de mantener la tradicional clasificación de penas principales y penas accesorias, añaden contenidos a estas últimas. Pero en mi opinión desaprovechando la ocasión para revisar los mecanismos que presiden la imposición de este tipo de penas. Porque intuyo que se desconocen. De ahí la aceptación, en parte generalizada, de su protagonismo en el Código Penal de 1995.

Sea como fuere se trata de unas consecuencias jurídicas que actualmente no responden a una política criminal unitaria y carecen de coherencia sistemática. En la misma Sección 5.^a se contemplan conjuntamente con penas accesorias históricamente ligadas a la infamia de la legislación medieval (arts. 55 y 56 del CP) otras penas que acogen planteamientos político criminales de la más rabiosa actualidad, como las prohibiciones de no aproximación, no comunicación o acercamiento (art. 57.1 en relación al art. 48 del CP) (2). El acomodo de estas últimas en el arsenal de las penas accesorias a primera vista pudiera parecer justificado por las dudas suscitadas en torno a su auténtica naturaleza (sanción penal o medida de seguridad) (3) más que por su proximidad con las accesorias tradicionales. De este modo, la Sección 5.^a relativa a las penas accesorias vendría a desempeñar una especie de cajón de sastre donde se van a alojar sanciones que no se tiene muy claro a que grupo pertenecen si a las penas o a las medidas de seguridad a los efectos de aplicar un régimen jurídico uniforme.

(2) La selección de ciertas medidas no privativas de libertad, entre las que personalmente incluiría la prohibición de acercamiento (*exclusion order*) responde a una nueva corriente de pensamiento criminológico moderno propugnado entre otros por Clarke en Inglaterra y Felson en USA. Se conoce como *las teorías de actividad cotidiana*. Brevemente, pueden describirse como un intento de formular una prevención especial con propuestas eficaces, tangibles y económicamente asumibles. Estas propuestas se basan en que en todo delito requiere para su comisión de tres factores que se combinan sabiamente: el delincuente, el objeto deseado y la ausencia de vigilante. El más eficaz del sistema preventivo es aquel que procura que el delincuente y el objeto ilícitamente deseado no entren en contacto y cuando esto suceda el objeto se encuentre debidamente protegido por el vigilante para impedirlo (control telemático). Más ampliamente, *Vid.* MAPELLI CAFFARENA, B.: *Las consecuencias jurídicas del delito*. (4.^a ed) Madrid 2005, pp. 326 y 327.

(3) Recogida en el artículo 67 del CP de 1973/ Reforma de 1944. Sobre la naturaleza de «la prohibición de que el reo vuelva al lugar del delito» contemplado en el artículo 67 reiteradas pronunciamientos de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo (*vid.* por todos la STS de 26 de septiembre de 1994, recurso 1632/1994) consideran que: «tiene la naturaleza de medida de seguridad y no de pena porque se impone en atención a la gravedad del hecho y el peligro que el delincuente representa. La expresa exclusión de la culpabilidad de los fundamentos que legitiman su imposición y su ausencia del catálogo de penas previsto en los artículos 27, 30 y 70 del CP demuestran inequívocamente que el legislador no ha querido imponer una pena sino una medida de seguridad». Un estudio más detenido puede apreciarse en la STS de 5 de diciembre de 1995. Y respecto a su naturaleza como pena accesoria, la STS de 23 de febrero de 1999.

Una segunda razón no explicitada por el legislador también podría ser que, con el cambio de localización que han experimentado algunas de las prohibiciones descritas en el artículo 57 se pretenda orillar el reactivado debate doctrinal que considera la necesidad de superar el arraigado sistema vicarial de medidas de seguridad para inimputables y semimputables y ve en la potenciación de un Derecho penal de la peligrosidad y en el fomento de las medidas de seguridad para imputables una seria alternativa al continuo incremento de penas propio de la expansión securitaria. Alojando determinadas prohibiciones entre las accesorias el binomio pena/medida permanece inalterable. Sirva de ejemplo, la reforma experimentada por el artículo 57 del CP, el cual ofrece bajo la denominación de una pena accesoria la posibilidad de prolongar las privaciones de derechos contenidas en el artículo 48 por un período de diez años más allá de la fecha de la duración de la pena privativa impuesta en la sentencia. Se trata materialmente de una renovada acumulación de pena y medida frente al consolidado sistema vicarial, abriendo paso a la posibilidad de imponer, desde el punto de vista material, medidas de seguridad post-penitenciarias permanentes o de larga duración tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad (4). Por cuanto, para algunos autores este tipo de medidas tiene una clara finalidad inocuizadora (5).

A primera vista, el único rasgo común que comparten las nuevas penas accesorias con las inhabilitaciones tradicionales recogidas en la misma Sección 5.^a es el carácter forzoso e imperativo que desde aquel momento presidirá la imposición de la pena de alejamiento prevista en el artículo 57.2, particularidad que la aproxima a aquella clase de penas, por cuanto el carácter preceptivo de su imposición es la característica más sobresaliente de las penas accesorias. No obstante, ante la absoluta falta de uniformidad entre las distintas modalidades recogidas en la Sección 5.^a la doctrina y la jurisprudencia terminó calificando a las prohibiciones del artículo 57 como «accesorias impropias» en oposición a las descritas en los artículos 55 y 56 a las que califica de «accesorias propias». Pero el cambio de denominación, no excusa sino que demanda la explicación de por qué se convirtieron en accesorias.

Como decíamos anteriormente, las reformas introducidas bajo el epígrafe de penas accesorias son especialmente severas desde el punto

(4) Vid. en este sentido DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana un debate desenfocado» en Derecho penal y Política Transnacional (Bacigalupo Silvina y Cancio Meliá Coordinadores). Atelier. Madrid p. 272.

(5) SILVA SÁNCHEZ, FELIP SABORIT, ROBES PLANAS, PASTOR MUÑOZ: «La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futuro» en Agra Domínguez, García Amado Hebberecht, Recasens, eds. La seguridad de la sociedad del riesgo. Un debate abierto. Atelier 2003, p. 125.

de vista punitivo. Dejando para más adelante algunas precisiones sobre el artículo 57 relativo a las prohibiciones del artículo 48, detengámonos sólo en el artículo 56 que obliga a imponer conjuntamente con las penas privativas de libertad inferiores a 10 años alguna de las inhabilitaciones allí descritas. De no hallar la relación reclamada por el precepto en cuestión entre el delito y el derecho inhabilitado los jueces y tribunales acuden a imponer residualmente la pena accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo. Hasta el punto es preceptiva la imposición de al menos una de las penas accesorias establecidas en el artículo 56 del CP, que dicha imposición habrá de tener lugar aunque no haya habido petición expresa en aquel sentido por la parte acusadora, sin que por ello se vulnere el principio acusatorio (6). En el supuesto de que el acusado desempeñe un empleo o cargo público, también es preceptiva la pena accesoria de suspensión de empleo o cargo público y ello con independencia de que el bien jurídico lesionado por el delito cometido guarden relación directa con aquel cargo o función (7).

Por otra parte, el artículo 56 del CP no discrimina el umbral mínimo de pena a partir del cual aquella sanción debe aplicarse, tampoco si el delito en cuestión es doloso o imprudente. En consecuencia, podemos encontrar supuestos de condenas a tres meses de prisión y sistemáticamente como accesoria la inhabilitación especial para ser elegido para cargo público durante el tiempo de la condena (cuyos efectos impeditivos se extienden hasta la cancelación de antecedentes penales), o en el peor de los casos con una suspensión de cargo o empleo público. Dada la inexistente relación entre la pena accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo con el delito cometido es perfectamente posible que un condenado por una alcoholemia o por una negativa a someterse a las pruebas legalmente establecidas (arts. 379 y 380 del CP) no pueda presentarse a las elecciones municipales de su Ayuntamiento o para la elección de otros cargos públicos decididos por el mecanismo de votación o elección (8). Siempre se podrá alegar

(6) La Consulta 2/2000, de 14 de diciembre, sobre la aplicación de las penas accesorias previstas en el artículo 56 del Código Penal

(7) Muy expresiva la STS de 3 de febrero del 2003; ponente Conde Pumpido: «En estos casos es legalmente preceptiva... pues el criterio contrario conduciría al absurdo al determinar a un Alcalde, por ejemplo, seguir rigiendo desde la prisión los destinos de su ciudad mientras cumple condena por tráfico de drogas o falsificación de moneda, ya que al tratarse de un delito no directamente relacionado con su cargo no podría aplicarse la pena accesoria de suspensión del ejercicio del mismo durante el tiempo de la condena».

(8) *Vid.* STC 1992/7 del 16 de enero: Recurso de amparo interpuesto por Diputado del Partido Popular de la Asamblea Regional de Cantabria contra la resolución

que dada la cuantía de la pena atraerá la mayor parte de las veces los beneficios de la suspensión condicional de la pena. Pero no existe unanimidad de criterios sobre si este beneficio puede extenderse a los supuestos comentados, ya que como veremos en su momento ni la literalidad del precepto (art. 82 «podrán dejar en suspenso la ejecución de penas privativas de libertad») (9) y sobre todo ni la finalidad misma de las penas en estudio –en la medida que no persiguen ni la reeducación ni la resocialización– abona la suspensión de la pena accesoria, por más que existan voces autorizadas que defiendan esta posibilidad alegando que la suerte de la pena accesoria está estrechamente ligada a la de la pena principal (10). Por otra parte, la introducción por la LO 15/2003 del ordinal 136.3 del CP (plazo de cancelación de los antecedentes penales) eliminando el sistema específico de anotación de los antecedentes previsto en caso de suspensión, menos gravoso que el referido a las penas de cumplimiento efectivo, permite la supervivencia de los efectos penales ligados a las penas accesorias hasta el día siguiente a aquel en que hubiere quedado cumplida la pena, si no se hubiera optado por el beneficio de la suspensión condicional.

El hecho de que la pena mínima de prisión se sitúe en tres meses y esta clase de penas sea de aplicación automática para todas aquellas no superiores a diez años conculca determinados principios constitucionales que rigen la previsión e imposición de penas en el Código Penal es-

del presidente de la referida Asamblea, por la que se dio cuenta a la Junta electoral de que el recurrente había perdido la condición de Diputado como consecuencia de haber sido condenado por sentencia firme por la Audiencia Provincial de Huesca por un delito contra la libertad y seguridad del trabajo a la pena accesoria de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio por periodo de un mes y un día, que implicaba la imposibilidad de cumplir sin interrupción la función representativa.

(9) El artículo 97 del derogado Código Penal de 1973 establecía que la condena condicional no será extensible a las penas de suspensión del derecho de sufragio y de cargo o función de carácter público. Si éstas figuran como accesoria ni alcanzaran a las responsabilidades civiles. Este precepto no ha tenido acceso al Código Penal de 1995.

(10) Al abordar la cuestión la doctrina ha centrado su atención en la posibilidad de suspender las penas accesorias poniendo especial atención en la inhabilitación especial para el ejercicio de profesión u oficio. En este sentido, *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, «La suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de libertad y la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio o de profesión u oficio» en *Actuallidad penal*, número 39, 1999, pp. 751 y 759; DE VICENTE REMESAL, J.: «La pena de inhabilitación profesional en el ámbito médico» en *Revista Quincenal Aranzadi TSJ y AP*, noviembre 2000, número 12, pp. 27 a 32. También GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A., «Sobre la suspensión condicional de la ejecución de las penas accesorias» en *La Ley* 2004-05, pp. 1274 ss. La jurisprudencia parece negar dicha posibilidad de suspender las penas accesorias *vid.* STC 209/93 de 28 de junio y Circular de la Fiscalía 1/2005 sobre aplicación de la reforma operada por Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre.

pañol. Como punto de partida el empleo indiscriminado de esta clase de penas en relación a delitos de diversa y diferente gravedad está en contradicción con el principio de proporcionalidad de la pena en relación al delito cometido. Se puede observar que los efectos penales representados por este tipo de penas accesorias, ya no sólo desde el punto de vista de la conminación penal abstracta, sino desde un punto de vista de su imposición al caso concreto no parecen adecuados, ni proporcionales desde el momento que siendo de aplicación indiscriminada pueden referirse a delitos muy diversos. Emblemática una vez más, es la disciplina prevista para la suspensión del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena fijada para todos los delitos castigados con la pena de prisión inferior a diez años, en consecuencia todos los delitos cuyo marco penal se sitúa entre 3 meses y 10 años. O la Inhabilitación absoluta que acompaña a las penas privativas de libertad de duración superior a 10 años hasta 40 años (límite máximo de cumplimiento de una pena privativa de libertad). En estos casos distintos niveles de pena privativa de libertad que traducen en términos numéricos la diversa gravedad del delito reclaman desde el punto de vista de la accesoriedad la aplicación de consecuencias penales idénticas. Se equipara *quod poenanan* situaciones ontológicamente diversas desde el punto de vista del bien jurídico (por ejemplo un delito de tráfico de drogas agravado puede llevar una pena de inhabilitación absoluta como pena accesoria exactamente igual que la prevista para el juez que haya prevaricado en contra del reo o el condenado por un delito de terrorismo, o el que haya cometido un delito de asesinato). El juez o tribunal individualiza primero las penas privativas de libertad y después las iguala dentro de una determinada franja con la aplicación de idénticas accesorias.

Lo apuntado hasta el momento sólo es una pequeña muestra de la infinidad de cuestiones que suscita el estudio de la accesoriedad. Por cuanto se ha dicho, ya se adivina que su tratamiento conlleva innumerables incógnitas en orden a su naturaleza y fundamento. Pero también existen opiniones dispares sobre su permanencia en el Código Penal de 1995: mientras unos autores las ven como un residuo histórico digno de supresión, otros ven en su transformación y en la potenciación de su vertiente preventivo especial un instrumento del derecho sancionador moderno.

2. LAS PENAS ACCESORIAS EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995

Para penetrar en la insondable naturaleza y fundamento de las penas accesorias sería aconsejable hacer un análisis retrospectivo desde su aparición en el Código Penal de 1948, momento en el que por pri-

mera vez son formuladas en nuestro Código Penal de un modo semejante –que no idéntico– a como hoy las conocemos. Obviamente, semejante pretensión excedería de las finalidades de este trabajo por lo que obligadamente me ceñiré a comentar las reformas más destacadas de cuantas introduce en el sistema penal español el Código Penal de 1995 tanto por su novedosa configuración como por su trascendencia político-criminal en el sistema de la accesoriedad.

Es en el libro I, título III, capítulo I titulado «De las penas, sus clases y efectos», en la sección I en las de las penas y sus clases donde encontramos las primeras referencias a las penas accesorias. El artículo 32 dice que: «las penas que pueden imponerse con arreglo a este Código bien con carácter principal, bien como accesorias son privativas de libertad, privativas de otros derechos y multa».

El artículo distingue las penas además en función de su naturaleza, por su posición funcional en tanto se impongan como principales establecidas directamente en razón del delito –o como accesorias– que se aplican al delito en razón de haberse impuesto otra pena principal que la conlleva.

En el artículo 33 en su apartado sexto se hace alusión a su duración «las penas accesorias tendrán la duración que respectivamente tenga la pena principal». Se hace referencia a su duración abstracta que depende de la pena principal impuesta pero, sin establecer cuáles de las enumeradas en los apartados anteriores pueden tener dicho carácter, cuestión que se resuelve en la sección 5.^a del capítulo I. Esta declaración de dependencia apunta a que la imposición de una pena accesoria puede envolver en algunos casos una quiebra de los plazos de duración previsto para esa concreta clase de pena en el artículo 33 del CP. Igualmente, que los marcos establecidos en el artículo 33 quedan restringidos a las penas principales, de ahí la existencia separada del párrafo sexto (11).

Por su importancia en relación al tema que nos ocupa merece una mención específica las reformas operadas en las penas privativas de derechos: el Código Penal de 1995 además de acometer una importante simplificación en materia de penas privativas de libertad y abrir las posibilidades de su sustitución también reforma las penas privativas de derechos. Los cambios más llamativos son la creación de un precepto inédito: el artículo 39 del CP donde se contempla con afán de exhaustividad el catálogo de penas privativas de derechos.

Dentro de este catálogo, algunas penas son de nueva creación como por ejemplo la privación de la tenencia y porte de armas, la pri-

(11) Vid. VALLDECABRES ORTIZ, I, *Comentarios al Código Penal de 1995*. Vol. I (arts.1 a 235) Tomás Vives Antón coordinador. Valencia 1996, p. 353.

vacación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, los trabajos en beneficio de la comunidad. Por su parte algunas inhabilitaciones especiales enriquecen su contenido –para industria, comercio, derechos de patria potestad, tutela, guarda, curatela, otros derechos–. Desaparecen las penas de suspensión para el derecho de sufragio activo, la caución, el extrañamiento, el confinamiento y la pérdida de la nacionalidad española.

Las penas accesorias aparecen contempladas en la Sección 5.^a y son también objeto de una importante modificación (arts. 54, 55 y 56 del CP).

En el artículo 54 se recoge la declaración general de que las penas de inhabilitación son accesorias en los casos en que no imponiéndolas especialmente la ley, declara que otras penas las llevan consigo. La definición en parte coincide con la contemplada en el derogado artículo 29, réplica exacta del artículo 25 del CP de 1848. Si bien –y esto es importante– en aquel se hacía mención única y exclusivamente a «la inhabilitación –se refiere a la absoluta–, suspensión para cargos públicos, derecho de sufragio, profesión u oficio», mientras que en su homólogo artículo 54 se refiere genéricamente a «inhabilitaciones». Una primera explicación de este inadvertido pero importante cambio es que enriquecido el alcance de las inhabilitaciones descritas en el artículo 39 del CP (extendiéndolas a industria, comercio, otro derecho), correlativamente, el legislador se vio compelido a realizar el mismo esfuerzo con las penas accesorias y a dotarlas del mismo contenido, en el convencimiento de que independientemente de cuál sea la posición funcional de las inhabilitaciones especiales su cometido es siempre idéntico: para el legislador es su eficacia preventivo especial. Lo cierto es que esta armonización de contenidos de las inhabilitaciones especiales en el ámbito de las accesorias y en el de las penas principales, contribuye a fraccionar por primera vez la unidad interna a la que históricamente había respondido la aplicación de penas accesorias.

En el artículo 55 se declara que la pena igual o superior a diez años llevará consigo la inhabilitación absoluta añadiendo la coletilla «salvo que ésta ya estuviere prevista como pena principal para el supuesto de que se trate». En términos comparativos la legislación que se comenta supone una rebaja del umbral de aplicación de la inhabilitación absoluta pues en el Código Penal derogado sólo estaba prevista para la reclusión mayor cuya cuantía mínima era de veinte años.

A primera vista resulta coherente la mención del artículo 55 del CP excluyendo de la obligatoria accesoriedad de la inhabilitación absoluta aquellos casos en que estuviere prevista en la Parte especial como pena principal concurrente con la prisión. Si está prevista como pena

principal es porque el legislador ha efectuado una valoración específica del hecho en punto a tal consecuencia, valoración que no debería quedar alterada por la cláusula genérica del artículo 55 del CP. No obstante, este desplazamiento ha sido cuestionado por la doctrina demostrando que no faltan supuestos que contradigan el criterio valorativo expresado por el legislador. Al respecto García Albero propone el siguiente ejemplo: en el caso de detención ilegal practicada por funcionario público sin mediar causa por delito cuando concorra el tipo agravado del artículo 164 –detención superior a quince días– la pena de inhabilitación absoluta prevista para el mismo –ocho a doce años (art. 167 del CP)– resulta paradójicamente más benévola que si se tratará de un particular –de diez a quince– cuando es notorio que el legislador ha pretendido agravar las conductas realizadas por tales sujetos prevaliéndose de la situación. Pero con el nuevo régimen no es posible acudir a una aplicación alternativa de la pena de inhabilitación más grave (12). La apreciación de la doctrina es acertada desde el punto de vista formal, pero queda sin resolver la incógnita de por qué se le impone al particular la pena accesoria de inhabilitación absoluta, si con su actuación no ha lesionado o puesto en peligro ningún bien jurídico que pueda guardar relación con la función pública, lo que si sucede, al menos desde una perspectiva abstracta, cuando la detención la protagonizan funcionarios públicos excediéndose de sus funciones del cargo o prevaliéndose de las mismas.

Dejando para más adelante la respuesta al interrogante, es oportuno traer a colación un viejo ejemplo que algunos juristas alemanes de la época de Weimar, muy críticos con la existencia de penas accesorias proponían para la reflexión sobre sus injustas consecuencias: «Tomemos por caso dos personas que conjuntamente realicen un delito: uno tiene la condición de funcionario público y el otro trabaja en una fábrica. El juez declara la culpabilidad de ambos y pronuncia idénticas penas privativas de libertad que llevan aparejada como pena accesoria la inhabilitación absoluta. Por efecto de las consecuencias infamantes de la inhabilitación absoluta, el funcionario pierde empleo y la dignidad inherente al mismo, el obrero que desempeña sus actividades en el ámbito privado no podrá presentarse a las próximas elecciones. El primero es destruido en su esencia y el otro no sufre o apenas padece las consecuencias de las penas accesorias. Tenemos una pena aparentemente igual con contenido diverso. Este contenido no corresponde a

(12) GARCÍA ALBERO, R., en *Comentarios al Nuevo Código Penal* (directores Gonzalo Quintero Olivares y Fermín Morales Prats coordinador). 4.ª ed. Navarra 2005, p. 400.

la culpabilidad, sino que está determinado por la eventualidad de la posesión de la condición de funcionario público». Concluyen que las inhabilitaciones no se pueden aplicar como penas accesorias; ya que como penas tienen efectos injustos y desiguales y lesionan nuestro sentido de la justicia (13).

Segunda reforma importante que sigue las sugerencias del Anteproyecto de Código Penal y del Proyecto de Código Penal de 1992, dice el artículo 56 que «en las penas de prisión hasta diez años, los Jueces y Tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito como penas accesorias alguna de las siguientes: suspensión de empleo o cargo público, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho si éstos hubiesen tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación». La nueva redacción presenta importantes diferencias con la anterior, parece que debe imponerse preceptivamente pero si se dan las condiciones requeridas, vinculación o relación directa de la pena accesoria con el delito cometido y que el juez opte por una u otra pena privativa de derechos en función de la gravedad del delito. Esta contradicción será subsanada con la reforma del Código Penal al amparo de la Ley Orgánica 15/2003, por lo que será comentada en dicha sede.

Puede ser acertada la explicación que ve en el incremento de los contenidos de las inhabilitaciones especiales efectuada en el Código Penal de 1995 una reforma en la línea de lo que ya disponía el Código Penal de 1944/1973 el cual no sólo extendía expresamente la inhabilitación especial a las ocupaciones manuales y a las profesiones liberales, sino que incluía también al final la cláusula general «y las de cualquier otra clase», pero esta fórmula se recogía cuando aquellas funcionaban como principales y no se hacía mención a dichos contenidos cuando lo eran como accesorias. Como ya he adelantado anteriormente, el enriquecimiento de contenidos de las inhabilitaciones especiales (se inhabilita para industria, comercio, u otro derecho) en cuanto penas accesorias obedece a que el legislador quiso armonizarlos con los que eran propios de aquéllas en cuanto penas principales. Actitud errónea a mi modo de ver ya que los fundamentos a los que

(13) Vid. LIEPMAN, Die Reform des deutschen Strafrechts. Kritische Bemerkungen zu dem «Strafgesetzentwurf» in *Hamburgische Schriften zur gesamten Strafrechtswissenschaft*, FET II; Hamburg 1921, citado por, LARIZZA SILVIA, *Le pene accessorie*. Padova, 1986, pp. 267 ss.

obedecen las inhabilitaciones especiales como penas accesorias son completamente diferentes a los que persiguen estas mismas penas cuando funcionan como principales. El incremento de sus contenidos es quizás una de las primeras actuaciones que contribuyen a romper la coherencia interna que hasta aquel momento presidía la inclusión de las accesorias en el Código Penal. Hasta la fecha la razón de ser de las penas accesorias no era más que el constituir una sanción que reforzando la pena privativa de libertad impedía a personas condenadas a aquellas penas el acceso de funciones o cargos públicos o el desempeño de determinadas profesiones colegiadas. Se trataba de un mecanismo para proteger la dignidad inherente a aquellas profesiones. El pensamiento principal que las dominaba era el no atenuar ni desvirtuar en cierto modo con el ejercicio de ciertos derechos la naturaleza y carácter de las penas principales a las que van unidas y el considerar a los sentenciados a dichas penas principales en una verdadera indignidad o al menos justísima incapacidad para ejercerlos honrosa y convenientemente» (14).

En consecuencia, determinadas penas privativas de derechos nacieron históricamente con un solo fin: castigo suplementario e imprimir una determinada marca de infamia en el autor del delito alejándolo de la esfera pública o del ejercicio de determinadas profesiones. La ampliación del alcance de las inhabilitaciones efectuada por primera vez con el nuevo Código Penal de 1995 (industria, comercio, otro derecho) estableciendo como presupuestos de aplicación la relación directa de la industria, comercio u oficio con el delito cometido implica dotarlas de una vertiente preventiva especial que hasta el momento era extraña a aquella clase de penas, pero que no recibe una adecuada traducción a nivel de disciplina positiva (15). La disciplina de estas inhabilitaciones especiales permaneciendo ligada a la función originaria de las penas interdictivas privilegia especialmente el aspecto infamante. Esta ruptura de la unidad sistemática planteará numerosos problemas de aplicación práctica.

(14) LLOPIS Y DOMÍNGUEZ, J. M., Apuntes de Derecho Penal o Breve Sumario de explicaciones, 1.ª Parte, Valencia, 1885.

(15) Por sólo citar un ejemplo, *vid.* el fallo condenatorio de la STS de 2 de marzo de 2004: «*Se condena a la acusada Milagros como autora de un delito de lesiones ya definido, con la concurrencia de las agravantes de abuso de confianza y de alevosía, a la pena de dos años y seis meses de prisión; pena que sustituye a la impuesta por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 30 de diciembre de 2002. Se mantienen el resto de los pronunciamientos de ésta relativos a la absolución de la procesada por un delito de tentativa de asesinato; accesoria de inhabilitación especial como cuidadora de niños; responsabilidad civil; costas y otros*».

Tomemos por caso la mención que el artículo 56 hace «a la inhabilitación para cualquier otro derecho» en coherencia con lo dispuesto en el artículo 39 b). En aquel momento con esta referencia se abrió la polémica –todavía no cerrada– sobre si el artículo 56 contenía un catálogo abierto de penas accesorias en correspondencia con lo establecido en el artículo 39 b) del CP. O por contrario, contempla un cuadro cerrado de penas de inhabilitación especial en el sentido que la mención del artículo 56 sólo daría cobertura a las privaciones de derechos contempladas en la Parte especial en los artículos 262, 305.1, 308.3, y artículos 527 y 604 (hoy derogados).

Por aquel entonces, desde el punto de vista de su consideración como pena principal Mir Puig saludaba la introducción de esta modalidad de inhabilitación especial, si bien aconsejando su ubicación separada como pena autónoma. Otra doctrina, por el contrario discrepaba de su opinión y veían no pocos problemas en una pena cuya concreción o falta de tipificación legal estaba a un paso de vulnerar el principio de legalidad penal. En este sentido, Tamarit Sumalla considera esta pena como una suerte de pena en blanco, constituyendo una técnica legislativa incompatible con el principio de legalidad, en la dimensión relativa a la garantía penal *nulla poena sine lege* (16).

El problema que se plantea es si inhabilitaciones especiales para cualquier derecho son única y exclusivamente las concretadas en algunos artículos de la Parte especial, tesis seguida por la mayoría de los autores, y que sugiere expresamente Sánchez García (17) incluyendo las enumeradas en los artículos 262 (18), 305. 1, 308.3 (19),

(16) Así TAMARIT SUMILLA, J. M.^a, *Comentarios al Nuevo Código Penal*. (Gonzalo Quintero Olivares y otros). 4.^a ed. Pamplona 2005, p. 375; MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4.^a ed., Madrid, 2006, pp. 181 ss.; BOLDOVA PASAMAR, en GRACIA MARTÍN, L./BOLDOVA PASAMAR, M. A./ALASTUEY DOBÓN, A., *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 2006, p. 137. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Los administradores y Altos directivos en el nuevo Código Penal», en *Actualidad Penal*, núm. 13, marzo de 1997, pp. 282 a 284.

(17) *Vid.* SÁNCHEZ GARCÍA, M. I., «El sistema de penas» (I) en *La Ley*, abril de 1996, núm. 4010, pág. 4.

(18) Delito de alteración de precios y subastas públicas: pena de inhabilitación especial para licitar en subastas judiciales de tres a cinco años y si se trata de un concurso o subasta convocado por la Administración o Ente público se impondrá además del agente y a la persona por el representada, la pena de inhabilitación especial que comprenderá en todo caso, el derecho a contratar con las administraciones públicas por un período de tres a cinco años. (*Vid.* arts. 78 ss. de la Ley 16/1989, de 17 de julio de Defensa de la Competencia («BOE» núm. 170 de 18 de julio) y artículo 20 a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

(19) Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social: pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un período de tres a seis años.

527 y 604 (20), o bien otros derechos no específicamente previstos en el Código Penal, pero que pueden recogerse en leyes penales especiales, o incluso pueden ser objeto de creación futura. Los partidarios de este último entendimiento, defienden que el elenco de inhabilitaciones que pueden entrar bajo aquella expresión no se agota en lo dispuesto en los artículos reseñados por Sánchez García. En consecuencia, la inhabilitación especial para cualquier otro derecho puede dar cobertura legal a privaciones no especificadas en los preceptos de la Parte especial, permitiendo cubrir muchas de las posibles lagunas que surgen de la redacción de estas penas.

Solamente Mapelli Caffarena se aventura a vincular exclusivamente la inhabilitación especial para cualquier otro derecho con la inhabilitación para profesión, oficio, industria y comercio. En su opinión, la nueva expresión permitiría zanjar una polémica relacionada con el Código Penal anterior sobre si era preciso o no aludir a otra clase de actividades, tales como las ocupaciones manuales, profesiones liberales o de otra clase, por lo que la palabra «derecho» equivaldría de sinónimo para referirse a «cualquier ocupación o actividad laboral» (21).

Pero en todo caso la polémica que acabo de reproducir se refería al alcance de aquella genérica expresión «cualquier otro derecho» en cuanto pena principal, y no se abordó si aquella expresión daba entrada a un catálogo abierto de penas accesorias. Esta problemática sólo se planteó en sede jurisdiccional y fue precisamente a si acogándose a aquella expresión los jueces y tribunales podían imponer cuando no estuviera previsto en la Parte especial la privación del derecho a la tenencia y porte de armas o la privación para el ejercicio de patria potestad. Con respecto a esta última pena el Acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo del 26 de mayo de 2000 establece que: «es posible su imposición como pena accesoria a tenor de lo dispuesto en el artículo 56, pero su imposición no puede tener carácter automático, puesto que el automatismo aparece rechazado cuando el Código Penal la prevé con carácter expreso, luego con mayor razón cuando su imposición procede de forma accesoria a una pena privativa de libertad inferior a 10 años. En este sentido la STS 744/2003 de 21 de mayo. Por el contrario, la STS de 29 de noviembre de 2004 rechaza que el contenido de la expre-

(20) Se refiere al hoy derogado delito contra el deber de cumplimiento en la prestación social sustitutoria: Inhabilitación absoluta más incapacidad para desempeñar cualquier empleo o cargo al servicio de cualquiera de las administraciones, entidades o empresas públicas o de sus organismos autónomos y para obtener subvenciones, becas o ayudas públicas de cualquier tipo.

(21) MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias*, op. cit., pp. 181 ss.

sión “cualquier otro derecho” incluya la inhabilitación especial para el ejercicio de patria potestad como pena accesoria. En el sentir del Tribunal cuando el Código ha querido imponerla la ha anudado a determinados delitos en su consideración de pena autónoma «de acuerdo con lo expuesto es patente e incontestable que si dentro de las penas principales de inhabilitación, en el artículo 45 se hace alusión a la inhabilitación “de cualquier otro derecho” no puede estar incluida en dicha expresión el derecho relativo al ejercicio de la patria potestad que merece una consideración especial y diferente en el artículo siguiente. El artículo 45 podrá referirse a cualquier derecho que no sea de los previstos en el artículo 46 del CP». En consecuencia, para el Tribunal entre las penas accesorias del artículo 56 no se comprende la inhabilitación para el ejercicio de patria potestad porque no está prevista esa pena de forma expresa en el Código para esa situación ni como principal o autónoma, ni como accesoria.

Por último, y también se trata de una reforma importante en el artículo 57 se introduce dentro del catálogo de penas accesorias: la pena de que el reo vuelva al lugar de la comisión del delito o de residencia de la víctima o de su familia. Esto es, se establece que los Jueces o Tribunales en los delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos y al peligro que el delincuente presente podrán acordar en sus sentencias la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que haya cometido el delito o acuda a aquél en que resida la víctima o sus familiares si fueran distintos, dentro del período de tiempo que señale el juez o tribunal según las circunstancias del caso sin que pueda exceder de cinco años.

Como ya hemos adelantado en líneas precedentes, se trata de un cambio en su ubicación sistemática que afectará profundamente al cuadro de penas accesorias. Como es sabido, esta pena estaba contemplada anteriormente en el artículo 67 del ACP y su naturaleza jurídica era discutida y mientras algunos autores la consideraban como una medida de seguridad para imputables, otros la calificaban como una modalidad de la pena de destierro [Mir Puig la denomina «modalidad de destierro de oscura naturaleza» (22)]. En el Código Penal de 1995 se

(22) MIR PUIG, Santiago: Derecho penal. Parte general (2.^a ed.), Barcelona, 1985, p. 647. En su opinión a favor de considerarla una medida de seguridad se hallaría: el hecho de que el artículo 67 es reproducción del artículo 106 del CP de 1928 en que expresamente se le atribuía aquella naturaleza (art. 90 del CP de 1928). Lo abonarían el carácter preventivo de la medida y la absoluta indeterminación, pero por otra parte se llega a que el artículo 67 se incluye entre las reglas para la aplicación de las

configura como una pena privativa de derechos de nuevo cuño en el artículo 39 f) y queda definida en el artículo 48 del CP.

En opinión de Valldecabres Ortiz, se trata de una pena que priva del ejercicio del derecho constitucional descrito en el artículo 19 de la CE. Su inclusión viene justificada por necesidades de tutela de la víctima. Todavía admite el cumplimiento simultáneo con la pena privativa de libertad. Esta inclusión rompe con la uniformidad que caracterizaba las penas accesorias ya que se trata de una pena de aplicación discrecional o facultativa que por sus especiales características:

a) Su imposición debe referenciarse en determinados delitos y circunstancias acumulativas (las enumeradas en dicho art. 57) y no en otras penas (lo que excluye la aplicación del art. 79) y,

b) dado que su duración no se vincula a la de la pena principal, desmarcándose así de la previsión general contenida en el artículo 33.6.º para las penas accesorias, sino que tiene una duración máxima de cinco años (art. 57), permite su imposición sin merma de principio alguno que deba salvaguardarse ni tacha de interpretación «contra reo».

Para la mayor parte de la doctrina se trata de una pena principal valorada autónomamente en su duración y sin relación a la pena principal prevista en el correspondiente delito, pero que aparece recogida en este precepto en lugar de preverse como sería habitual en cada figura delictiva: esto no le confiere pese a su ubicación carácter accesorio. No obstante, incluida entre las mismas arrastrara los problemas de indefinición normativa de las penas accesorias tanto desde el punto de vista del derecho sustantivo como procesal: por ejemplo, en materia de principio acusatorio. Hasta aquel momento las penas accesorias no eran objeto de petición por parte del Fiscal o de la acusación privada o si lo eran se acudía en el escrito de acusación al empleo de una fórmula estereotipada («más las accesorias correspondientes»). La inclusión de la prohibición de acercamiento en el artículo 57 del CP tiene el efecto reflejo de dar un protagonismo hasta el momento desconocido al principio acusatorio en materia de accesoriidad.

penas y que el contenido fundamental de dicho precepto se corresponde con la de destierro. Ello permite considerar que estamos ante una modalidad de destierro con la ventaja que se seguiría para la seguridad jurídica de que su duración debería limitarse a la señalada para la misma pena en el artículo 30. Esta última es la cuestión decisiva pero como es dudoso que pueda resolverse por esta vía habría que señalar expresamente un límite al artículo 67 o como sugiere Casabó suprimirla. En el Proyecto de 1980 (art. 90) y en el Anteproyecto de 1983 (art. 102) se traslada el precepto al título destinado a las medidas de seguridad.

Por último, otra novedad importante del Código Penal de 1995 fue la regulación del comiso en el novedoso Título VI reservado a las consecuencias accesorias. Comiso que en los anteriores códigos fue considerado como pena accesoria, conectando con toda pena impuesta por un delito, con el intervalo del Código Penal de 1928 en que se concibió como una medida de seguridad (23).

3. LAS PENAS ACCESORIAS EN LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL POR LEY ORGÁNICA 15/2003

Las penas accesorias resultan modificadas por la LO 15/2003. Y ello en los siguientes aspectos:

a) Reforma del párrafo 6 del artículo 33 que en materia de duración de penas accesorias declara que la duración de tales penas sigue a la principal, excepto lo que dispongan expresamente otros preceptos de este Código. Contrariamente a lo opinado por algunos autores no se asiste a una corrección menor. Al contrario, nuevamente se rompe con la subordinación respecto a la pena principal que caracterizaba hasta ese momento a las penas accesorias. Un sector mayoritario de la doctrina opina que la novedosa redacción pretende salvaguardar el régimen excepcional que caracteriza a la pena de alejamiento cuando concorra con la pena de prisión en los casos del artículo 57 del CP o en aquellos supuestos de la Parte especial como lo previsto en el artículo 579 en relación con los delitos de terrorismo de los artículos 571 a 578 del CP que resultan castigados con la pena de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia condenatoria. Atendida la gravedad de las penas por delitos de terrorismo, y el preceptivo plazo de tiempo para la cancelación de antecedentes penales no faltarán supuestos en los que esta pena difícilmente podrá ser objeto de rehabilitación, por lo que estamos por la vía de facto ante una condena perpetua (24).

(23) Sobre evolución histórica del comiso en el Derecho penal español. *Vid.* Cerezo Domínguez, Ana Isabel: *Análisis jurídico penal de la figura del comiso*, Editorial Comarés, Granada, 2004, pp. 17 a 21.

(24) *Vid.* artículo 579 del CP las penas de inhabilitación empiezan a imponerse bien con una duración superior a la pena privativa de libertad (de considerarse que no son de cumplimiento simultáneo). Ya la ley LO 7/2000 de 22 de diciembre de modificación de la Ley LO 10/1995 y de la Ley 5/2000 reguladora de la Responsabilidad de menores en relación con los delitos de terrorismo ha reunido en un solo precepto las

b) Esta vez se recoge entre las penas de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho la relativa a otras actividades determinadas en este Código (*vid.* art. 39). No aparece reflejada tal ampliación en el artículo 45 del CP que no ha sido reformado como hubiera sido lógico y se limita a hacer mención a la inhabilitación de «cualquier otro derecho» sin añadir ninguna especificación adicional. Para García Albero esta reforma obedece a la finalidad de ampliar el abanico de las inhabilitaciones a la «realización de actividades» que no suponen *strictu sensu* la privación de derecho alguno, sino tan sólo limitaciones concretas a la genérica libertad de obrar. En todo caso, trata de dar cobertura en la Parte general del Código a las previsiones contenidas en la Parte especial de algunas de estas restricciones anudadas a la comisión de delitos específicos, así por ejemplo la pena de prohibición de acudir a eventos o espectáculos en el tipo agravado de desórdenes públicos del artículo 557.2 del CP.

Como se señaló en líneas precedentes el catálogo de penas accesorias previstas en el artículo 56 resulta de más amplitud que el previsto en el artículo 47 del CP 1973, precepto que contemplaba exclusivamente la suspensión de cargo o empleo público, profesión, oficio y derecho de sufragio. Frente al carácter imperativo de la imposición de tales accesorias en el mencionado artículo, el artículo 56 en su versión original suscitó diversos interrogantes, pues a priori parecía condicionar la imposición de cualquiera de las penas enumeradas a dos parámetros la gravedad del delito y la vinculación entre el derecho suspendido o privado por la concreta pena y el delito cometido. Sólo si el derecho afectado por la pena ha tenido relación directa con el delito podía imponerse la accesoria corres-

previsiones de los artículos 578 y 579 del redactado original añadiendo un punto 2 relativo a la imposición de la pena de inhabilitación absoluta. Se trata de una previsión de nuevo cuño que anuda a las otras penas que pueda imponerse la pena de inhabilitación. Cabe destacar que la duración de la pena es por un tiempo superior en un mínimo de seis y un máximo de 20 años a la pena privativa de libertad, de ahí que si la pena de inhabilitación tiene que ser superior a la pena privativa de libertad impuesta, en caso de penas graves como puede ser el supuesto de terrorismo como consecuencia de la aplicación de esta regla podrían darse supuestos en los cuales la misma regla general del artículo 40 del CP (plantea dudas sobre su constitucionalidad). García Arán la califica como una pena accesoria excepcional dentro del régimen de penas accesorias puesto que impone una duración superior a la de la pena principal debiendo ser ésta privativa de libertad. Los criterios que apunta el texto para la adopción de la decisión (gravedad del delito, número de los cometidos y circunstancias que concurran en el delincuente) son sólo criterios de determinación de la pena utilizables para establecer la duración concreta de la misma pues su imposición es obligatoria (en *Comentarios al Código Penal. Parte especial* / Juan Córdoba Roda y Mercedes García Arán (directores). Tomo II, Madrid 2004, p. 2.632).

pondiente. No obstante, el TS en doctrina reiterada ha venido entendiendo que dicho requisito se refiere sólo y exclusivamente a la pena accesoria de inhabilitación especial para cargo público, empleo, profesión, oficio, industria, comercio o cualquier otro derecho, pues así se deduciría en primer lugar de la interpretación gramatical de la expresión «estos» supuestamente ligada a los derechos afectados por la última inhabilitación a que se refiere el artículo. En consecuencia, las penas de suspensión y de empleo o cargo público y privación del derecho de sufragio eran de imposición generalizada en las sentencias que contengan una pena de prisión de hasta diez años. En apoyo de la tesis se hizo la observación que sólo en los artículos 42 y 45 del CP, que no en el resto, exigen su concreta concreción y motivación de los derechos afectados. La misma jurisprudencia suele añadir que con arreglo a los precedentes legislativos y jurisprudenciales tal vinculación se enlaza al artículo 41.2 del CP de 1973 referido única y exclusivamente a la profesión u oficio objeto de la inhabilitación. Se añade, por último, que sería absurdo no privar al penado de tales derechos durante el tiempo de la condena al resultar notoriamente incompatibles con la pena de prisión impuesta. En consecuencia, aunque el artículo 56 en su versión original decía que por los tribunales o jueces se impondrán atendiendo a la gravedad del delito algunas de las penas accesorias, la praxis jurisprudencial era que si existía vinculación entre el derecho privado y el delito cometido resultaba preceptiva la imposición de la inhabilitación especial en alguna de sus modalidades y tanto si existe como si no, preceptiva la suspensión de empleo o cargo público y la inhabilitación del sufragio pasivo. En esta línea se situaba la Consulta a la Fiscalía General del Estado de 2/2000 de 14 de diciembre al responder a determinadas cuestiones que se suscitan a la hora de interpretar y aplicar el artículo 56 del CP.

El legislador de 2003 pretende zanjar esta polémica. Conforme a la nueva redacción los ordinales primero y segundo del apartado primero advierten de la necesidad de desvincular la imposición de tales penas con la naturaleza del hecho cometido. Sólo las inhabilitaciones del ordinal tercero exigen ahora inequívocamente tal vinculación. En estas coordenadas no se prescinde de la gravedad del delito. El juez o tribunal podrá decidir discrecionalmente la imposición de una sola pena accesoria, la inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo o incluso las tres –caso de que concurra la conexión con el ordinal tercero–. En todo caso, el juez está obligado a imponer alguna pena accesoria quedando a su motivada discrecionalidad la elección de la clase y el número de medidas a imponer. En la práctica, cuando se trate de funcionarios públicos, por principio puede imponerse una pena de suspensión, aunque no revista conexión alguna con el cargo (basta con la

condición subjetiva) pues de lo contrario ya procedería la inhabilitación especial y lo que, resulta más criticable sin que sea necesario considerar la gravedad del hecho.

c) Subsiste la mención inhabilitación especial para otro derecho en los artículos 39, 45 y 56 del CP.

d) Por último, también se realizan ajustes en las penas privativas de derechos que afectarán nuevamente al tradicional catálogo de penas accesorias. Las penas privativas de derechos que se dicen enderezadas a la salvaguarda de la víctima se ven modificadas en algunos aspectos importantes: se lleva a la escala del artículo 33 de forma separada las penas de prohibición del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, la pena de prohibición de aproximarse a la víctima y a aquellos de sus familiares que el juez o tribunal determine y la pena de prohibición de comunicarse por cualquier medio con tales personas. El artículo 33 lo mismo que el artículo 39 se adecuan mejor a lo previsto en el artículo 48 conforme a la LO14/1999 de 4 de junio que fue la que introdujo tales penas como penas distintas.

A su vez estas penas también se convertirán en accesorias según lo dispuesto en el artículo 57. Son las llamadas –en opinión de la doctrina y la jurisprudencia– accesorias impropias. Pero el nuevo artículo 57 regula una compleja relación de accesoriedad. Veámoslo detalladamente:

En el artículo 57.1 del CP la accesoriedad se hace depender no de una pena principal sino de la comisión de ciertos delitos dependiendo de la gravedad de los hechos y el peligro que el delincuente represente. En este caso los jueces o tribunales podrían acordar en sus sentencias, la imposición de una o varias prohibiciones contempladas en el artículo 48 del CP por un tiempo que no excede de diez años si el delito es grave y cinco años si el delito es menos grave. Esta pena es accesoria sólo a determinadas categorías delictivas pero es indiferente la clase de pena impuesta: por lo que las prohibiciones del artículo 48 se pueden imponer con toda clase de penas e incluso no hay inconveniente en que el órgano judicial imponga la aplicación dual –como pena y medida de seguridad–. El artículo 57.3 del CP establece que la regla troncal de accesoriedad prevista en el artículo 57.1 del CP se podrá imponer para las faltas de los artículos 617 y 620 del CP por un tiempo que no exceda de seis meses (por ejemplo falta castigada con una pena de localización permanente más una pena accesoria de alejamiento de seis meses).

Además el inciso segundo del artículo 57.1 del CP establece un régimen especial de concurrencia de dichas prohibiciones con la prisión. Se prevé un endurecimiento para cuando las penas accesorias acompañan a la de prisión. «Si se trata de pena de prisión y el juez o tribunal

acordara una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior a entre uno o diez años al de la duración de la pena impuesta si el delito es de naturaleza grave, por un tiempo de uno a cinco años si el delito es menos grave». En este supuesto las penas de prisión y las prohibiciones se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea y sucesiva. Sin embargo, el precepto muestra cierta impresión técnica. Se refiere a una pena en concreto (la impuesta en la sentencia) y hace depender de ello un gravísimo endurecimiento de la otra u otras penas, ya que bajo la denominación de una pena accesoria se permite la posibilidad de prolongar las privaciones de derechos contenidas en el artículo 48 del CP por un período de diez años más allá de la fecha de la duración de la pena privativa impuesta en la sentencia. Como quiera que el tope máximo de prisión puede llegar a ser de cuarenta años si a los mismos se suma un exceso de diez años en los delitos graves el resultado es que estas penas accesorias pueden alcanzar hasta cincuenta años de cumplimiento efectivo.

Como ya he adelantado en líneas precedentes algunos autores entienden que se trata materialmente de un renovado sistema de acumulación de pena y medida frente al consolidado sistema vicarial. Se retoma ese sistema dual en el que la medida se cumple cuando se ha extinguido la pena. Hay entre ambas un estricto orden secuencial, lo cual imprime al sistema una especial rigidez, ya que la pena accesoria debe cumplirse aunque desaparezca la peligrosidad criminal.

Este sistema abre el paso a la posibilidad de imponer medidas de seguridad post-penitenciarias, permanentes o de larga duración. Este tipo de medidas tiene una clara finalidad inocuidadora y constituyen claramente la potenciación de un Derecho penal de corte securitario.

Por último, el artículo 57.2 del CP contempla un régimen de preceptiva aplicación de la prohibición de aproximación del artículo 48.2 del CP cuando los delitos descritos en el párrafo 1.º del artículo 57 del CP se cometan contra alguno de los sujetos descritos en el artículo 173.2 del CP (25). Como también hemos adelantado al inicio de este trabajo, la relación entre las prohibiciones del artículo 48 del CP y la imperatividad en su imposición a la que obliga el artículo 57.2 del mismo

(25) Excepción del artículo 89 del CP. En el caso de que el autor de la violencia de género sea un extranjero sin residencia legal en España la pena de prisión de 3 meses a un año se sustituye por la expulsión de España por diez años. También se aprecia en estos supuestos una clara infracción del principio de proporcionalidad de la respuesta penal respecto a la gravedad del injusto. *Vid.* CORCOY BIDASOLO, M., «Violencia en el ámbito familiar de los emigrantes», en *Estudios Penales en Homenaje al Prof. Cobo del Rosal* (J. C. Carbonell Mateu, Bernardo del Rosal Blasco, Morillas Cuevas, Enrique Orts Berenguer), Madrid, 2006, pp. 1244 ss.

texto está resultando perturbadora para la correcta individualización de las penas y resulta carente de proporcionalidad en algunos supuestos, al sancionarse como delitos lo que antes eran faltas, de manera que ante un hecho leve y único la imprescindible sanción penal acaso no requiera siempre una medida de alejamiento. En esta línea se sitúan la existencia de diversas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas entre otros órganos por la Audiencia Provincial de Valladolid, el Juzgado de lo penal número 20 de Madrid o el Juzgado de lo penal núm. 2 de Arenys del Mar.

4. ¿QUÉ SON LAS PENAS ACCESORIAS?

Un estudio detenido sobre el concepto de penas accesorias debiera comenzar diferenciando las penas accesorias de los efectos penales de la condena. Ambas consecuencias jurídicas son más próximas de lo que a primera vista aparece, no solo por su origen (el fallo condenatorio) por su forma de extinción (con la rehabilitación o con la cancelación de antecedentes penales) por su efectos sobre el condenado (incapacidades para adquirir derechos públicos o privados o consolidar determinadas situaciones jurídicas) (26), pero se trata también de una tarea que excede los objetivos de este trabajo y la doctrina hace tiempo que ha zanjado el tema con el argumento de que el artículo 79 del CP al establecer que «siempre que el juez imponga una pena que lleve consigo otras accesorias condenarán expresamente a estas últimas» da por sentado que las penas accesorias son penas y nunca deben reputarse efectos penales de la condena.

En lo que se refiere a las accesorias todo cuanto tenemos sobre su regulación se concentra en la sección 5.^a del título III (arts. 54 a 57 del CP). El artículo 54 del CP intenta una suerte de definición que no sirve como precepto marco general a todas las hipótesis de la sección: «las penas de inhabilitación son accesorias en los casos en que no imponiéndolas especialmente la ley declara que otras penas las llevan consigo». De acuerdo con esta definición legal la accesoriedad viene caracterizada por dos notas: una de carácter negativo que el delito no tenga prevista especialmente esta pena, otra de carácter positivo, que la ley la asocie a otra que juega un papel de principal.

(26) Sobre efectos penales *vid.* BAEZA AVALLONE, Vicente, *La rehabilitación*, Edersa, Madrid, 1983 y en Italia CERQUETTI, G., *Gli effetti penali della condanna*, Padova, 1990.

Sin embargo, la definición del artículo 54 del CP no se corresponde con la posterior regulación jurídica que se hace de las penas accesorias en los artículos 55, 56 y 57 del CP. Concretamente, el artículo 57 del CP supedita la imposición de la pena en referencia a determinados delitos y circunstancias cumulativas. A pesar de la impresión desordenada que ofrecen y de su aparente injustificación por mi parte señalaría algunos rasgos identificativos:

a) las penas accesorias añaden a las penas principales nuevos efectos punitivos distintos de sus contenidos naturales;

b) constituyen unas unidades punitivas que se rigen por unas reglas especiales de determinación de las penas, complementarias y subsidiarias de las reglas generales; pero las reglas de determinación a las que se atienen tampoco están muy claras. Así por ejemplo la falta de previsiones legislativas específicas en materia de tentativa, concurso de delitos, delito continuado, participación en delitos especiales, ha dado lugar a que la jurisprudencia y la doctrina no hayan adoptado soluciones unívocas en esta materia, y

c) los principios rectores de la accesoriedad punitiva se caracterizan por la indefectibilidad y el automatismo en los que la discrecionalidad atribuida al juez no tiene ningún poder para influir o queda limitada a unos parámetros muy determinados tanto en la imposición como en la cuantificación de estas penas (aun a costa de entrar en contradicción de modo evidente con la acogida de ciertos planteamientos de prevención especial como podría ser el caso de las prohibiciones del art. 48 del CP).

De cuanto se ha dicho se desprende un diseño legislativo cuando menos enigmático.

En orden a las modalidades de las penas accesorias aparentemente –y digo aparentemente porque tampoco en este aspecto hay consenso– coinciden siempre en sus contenidos con alguna de las penas recogidas en el catálogo general del artículo 33 del CP y las diferencias que presentan están en las reglas que se emplean para determinar su duración temporal.

5. PRINCIPIOS RECTORES DE LAS PENAS ACCESORIAS Y SUS EXCEPCIONES

En orden a los principios rectores de la accesoriedad, muy brevemente resumidos, serían los siguientes:

a) *Automaticidad*

Las penas accesorias se aplican en estrecha relación con sus correspondientes penas privativas de libertad principales sin necesidad de que el legislador las haya previsto para el delito cometido. Las normas que recogen dichas penas son normas extensivas de la penalidad. En este sentido, constituyen una auténtica excepción al principio de proporcionalidad de las consecuencias jurídicas del delito puesto que si la pena justa es aquella con la que aparecen castigados los delitos en la Parte especial, la pena accesoria añade un plus punitivo que no depende del injusto, sino de otros criterios políticos criminales no justificados.

A pesar de su carácter obligatorio a tenor del artículo 79 del CP los jueces o tribunales están obligados a imponerlas expresamente en las sentencias. Todos los comentaristas han destacado la naturaleza eminentemente procesal de este precepto, pero al mismo tiempo subrayan su trascendencia sustantiva. Ésta reside en reafirmar la naturaleza de pena que tienen las penas accesorias en la legislación positiva española, por lo que resulta inadmisibles su consideración como simple efecto automático de la pena principal (27). La trascendencia práctica del precepto sería la de salvaguardar la garantía jurisdiccional de las penas: esto es prohibición de que los fallos condenatorios sean genéricos, la obligación judicial de explicitar todas las penas y su duración que se imponen al reo, excluir la posibilidad de una «reformatio in peius» en los supuestos en que la no condena expresa en la sentencia de instancia pretende corregirse en vez de por vía de recurso por la vía de la aclaración o corrección de errores materiales (28).

El automatismo arrastra la pena accesoria junto a la principal en su devenir. No obstante, es posible apreciar cierta autonomía en relación a algunos expedientes, por ejemplo, la concesión de un indulto puede afectar indistintamente a una u otra pena. De la misma manera la automaticidad y subordinación de la pena accesoria a la pena principal

(27) Así consideradas en el ordenamiento penal italiano, *vid.* CERQUETTI GIOVANNI, *Gli effetti penali dalla condanna*. Padova 1990.

(28) GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I (arts. 1 a 235), Tomás Vives Antón coordinador, Valencia, 1996, pp. 457 a 458. *Vid.* también, GRACIA MARTÍN, L./BOLDOVA PASAMAR, M. A./ALASTUEY DOBÓN, A., *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*. Valencia, 2006, p. 84. Citando a Casabó Ruiz en *Comentarios al Código Penal II* (CÓRDOBA RODA, RODRÍGUEZ MOURULLO, CASABÓ RUIZ, DEL TORO MARZAL), Barcelona, 1972, p. 126; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZABAL MALAREE, *Lecciones de Derecho penal*, vol. I, *Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría del delito y del sujeto responsable y de la teoría de determinación de la pena*, Madrid, 1997, p. 170.

debería obligar a aplicar la suspensión de la ejecución de la pena principal a la accesoria. Sin embargo, la falta de un precepto penal específico da lugar a soluciones encontradas sobre las posibilidades que tiene el juez para excluir a las penas accesorias de la esfera de la suspensión condicional (29). En concreto, para Mapelli Caffarena este efecto extensivo no se producirá cuando la pena accesoria debilita su relación con la pena principal. Porque ya no se aplica automáticamente sino guiada por sus mismos criterios y generalmente con sus propias reglas de determinación temporal. Entonces la concesión de cualquiera de las formas suspensivas o substitutivas que contempla la legislación sólo serán de aplicación a la pena principal. Se trata de aquellos supuestos como en el artículo 57 en que la accesoriedad está limitada obligando a dar una respuesta distinta a la vinculación entre las dos penas concurrentes (30).

b) *Coincidencia temporal*

Frecuentemente se dice que las accesorias por lo dispuesto en el artículo 33.6 del CP duran lo que dura la pena principal. Por esta razón jueces y tribunales no están obligados a someterlas a las reglas de determinación. Se entiende que la pena accesoria dura lo que dura la pena principal en su magnitud concreta, una vez descontado el tiempo de las medidas cautelares que el condenado haya podido sufrir durante la instrucción: concretamente, la prisión provisional. Esta directriz parece que ahora sólo es respetada por los artículos 55 y 56 del CP pero no para los supuestos del artículo 57 del CP en el que las penas accesorias no tienen por qué coincidir con las penas principales. Para superar esta contradicción se ha reformado el artículo 33.6 añadiendo que la regla general no tendrá que respetarse «si expresamente así lo indica algún precepto del Código». Se resuelve el problema formal, pero desconocemos a qué regla de determinación de la pena deben someterse las penas aparentemente accesorias del artículo 57 del CP.

Sin embargo, en fase de ejecución hay un elemento de diferenciación entre la ejecución de penas principales y penas accesorias: mientras que en las penas principales la pena dictada en la sentencia y la efectivamente cumplida puede diferir debido a la influencia de ciertas

(29) Sobre esta problemática y las posibles soluciones a la posibilidad de aplicar substitutivos penales a las penas de inhabilitación *vid.* DE VICENTE REMESAL, J., «La pena de inhabilitación profesional en el ámbito médico» en *Revista Quincenal Aranzadi TSJ y AP*, noviembre 2000, núm. 12, pp. 27 a 32.

(30) *Vid.* MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., p. 293.

instituciones que suspenden o acortan el cumplimiento efectivo de la pena, no ocurre lo mismo con las penas accesorias, ya que no se benefician de ningún mecanismo de acortamiento de condena. Es el caso de la imposición preceptiva de la Inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena, el juez carece de toda facultad para incidir en la modulación de su imposición o en la ejecución.

c) *Incompatibilidad con las penas de la misma naturaleza*

Este principio sólo es respetado por la literalidad del artículo 55. La LO 15/2003 ha introducido un segundo párrafo en el artículo 56.2 del CP por el que se establece que lo dispuesto en el apartado 1 se entiende sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en otros preceptos del Código respecto a la aplicación de dichas penas accesorias, por lo que su imposición podría ser compatible con otras inhabilitaciones previstas en la Parte especial.

d) *Simultaneidad*

Las penas accesorias no sólo duran lo que dura la principal, sino que se cumplen simultáneamente. La literalidad del artículo 55 del CP no permite otra interpretación cuando dispone que la inhabilitación absoluta vaya con la pena principal durante el tiempo de la condena. Sin embargo, en la práctica los efectos de las penas accesorias se extienden en el tiempo debido a los efectos penales de la condena. El condenado a una pena accesoria no podrá recuperar en la mayor parte de los casos la capacidad jurídica de la que ha sido privado hasta que no sea rehabilitado, esto es, se cancelen los antecedentes penales según los plazos y con los requisitos establecidos en el artículo 136.

Igualmente, la simultaneidad ha sido excepcionada. El artículo 57 del CP obliga a prorrogar la vida de la pena accesoria más allá de la pena principal cuando el condenado lo ha sido a pena de prisión. A pesar de esta simultaneidad las accesorias tienen su propia vida durante la cual imponen al condenado unas restricciones en función de su naturaleza. De esta manera la pena accesoria puede ser quebrantada y dar lugar con ello a responsabilidad penal en los mismos términos que la pena principal.

6. ALGUNOS ASPECTOS CRÍTICOS DE LAS PENAS ACCESORIAS

Urge un estudio que valore el régimen normativo de las penas accesorias a la luz de los principios constitucionales que rigen el establecimiento y la determinación de pena. Y ello desde dos perspectivas:

- a) El carácter forzoso y obligatorio de su imposición,
- b) y desde el punto de vista de su contenido: el modo y la forma en que inciden en la esfera jurídica y social del condenado. Y si la forma en que lo hacen respeta el contenido del artículo 25 de la CE.

Es decir se trata de contrastar la congruencia normativa de las penas accesorias con el sistema de valores constitucionales: el principio de legalidad, el principio de prohibición en exceso o proporcionalidad en sentido amplio, el principio *ne bis in idem*, el principio de igualdad y el principio de necesidad de la pena para proteger el bien jurídico.

El análisis de la accesoriedad punitiva desde los principios que informan y garantizan la aplicación de las penas presenta graves objeciones que harían recomendable de *lege ferenda* su desaparición, permitiendo tan sólo que se apliquen en relación a delitos concretos en el marco de la regulación de las penas principales alternativas, de forma que sólo se mantendrían si están sometidas a las garantías de las reglas generales de determinación. Por el momento, quiero hacer algunas consideraciones:

– *Cuestionan el Principio de responsabilidad por el hecho.*—El delito único fundamento de la pena es antes que nada acción u omisión (art. 10 del CP) y la culpabilidad como principio que limita el *ius puniendi* garantiza que nadie puede ser responsable penal por su forma de comportarse, por sus convicciones o condición jurídica. Únicamente el hecho doloso o culposo puede comportar la imposición de una pena. Esta vinculación de la pena al injusto como consecuencia del principio de culpabilidad está ausente en las penas accesorias, las cuales se aplican de forma automática cuando la persona es condenada a otras penas distintas de las que dependen las accesorias. Se aplican de forma automática cuando la persona es condenada a otras penas distintas —y ahora también por determinados delitos— de las que dependen las accesorias.

– *Constituyen un obstáculo insalvable con los fines resocializadores.*—(art. 25.2 de la CE) por cuanto favorecen la autoexclusión del condenado. Las razones que inspiraron estas penas en sus orígenes están aun vigentes. La imposición de alguna modalidad de penas accesorias —por ejemplo artículos 55 y 56 del CP— responden a la idea que quien es condenado a penas de determinada gravedad no ofrece ni garantías, ni confianza a la sociedad para ejercer la función pública, determinadas profesiones, derechos políticos, etc., y por esta razón deben excluirse de esa posibilidad. Se trata de transmitir a través de la pena un mensaje eminentemente simbólico. Los tratadistas clásicos se encargaron de destacar que el efecto que se pretende alcanzar con la pena accesoria es reforzar la idea de exclusión social del infractor.

– *Desvinculación de la imposición de las penas accesorias con el principio acusatorio.*— La posición del Tribunal Supremo durante muchos años ha sido la de desvincular las penas accesorias del principio acusatorio (31), últimamente esta desvinculación ha quedado reducida a la suspensión de cargo público y la inhabilitación del derecho de sufragio pasivo.

– *Enfrentamiento con el principio nulla poena sine indicio:* este fundamental principio no se limita a exigir que la pena sea de exclusiva aplicación jurisdiccional (art. 3 del CP «no podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia firme dictada por el juez o Tribunal»), sino que acoge postulados de garantías sustanciales en el sentido de exigir determinadas garantías materiales sin cuya presencia el proceso no puede calificarse como justo (oralidad, publicidad, inmediación, libertad de prueba, derecho de defensa, contradicción, presunción de inocencia, etc.).

En principio, significa que la pena debe ser adoptada por los órganos que tienen la potestad jurisdiccional, esto es, los jueces y tribunales tal y como lo establece la Constitución española y la LOGPJ y que tal pena haya sido objeto de acusación y contradicción en el plenario. Sin embargo, es frecuente que en la sentencia condenatoria no se determine cuales son los cargos, empleos públicos o profesiones sobre los que recae la inhabilitación. Limitándose la sentencia a imponer la pena e indicar su duración respecto a la principal. En otras se aprecia que la pena recae sobre un cargo, una profesión, u oficio respecto del que no ha sido valorada su relación con el delito cometido, con la consecuencia que para suplir la omisión judicial puede estar ejecutándose una pena sobre la que, no es que no haya habido motivación expresa, lo que ya merecería diversas objeciones, sino que sencillamente no ha habido un pronunciamiento judicial expreso. La pena se ejecuta dependiendo de que en algún lugar de los hechos probados o de los fundamentos jurídicos de la sentencia hubiera quedado indicada la profesión, sin ulterior reflexión sobre su incidencia en la comisión del delito (32). En otras ocasiones no deja de causar perplejidad que sean órganos de ejecución los que frecuentemente gestionen en la fase de

(31) *Vid.* CUCARELLA GALIANA, Luis A., La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa. Monografía asociada a la *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 9, Navarra, 2003, pp. 262 y 263.

(32) Sobre la ejecución de la pena de inhabilitación profesional, y una crítica sobre esta práctica judicial *vid.* DE VICENTE REMESAL, J.: «La pena de inhabilitación profesional en el ámbito médico» en *Revista Quincenal Aranzadi TSJ y AP*, noviembre, 2000, núm. 12, p. 27

liquidación de condena aspectos esenciales de las penas accesorias (por ejemplo en materia de concursos o delito continuado), puesto que también en estos casos la pena accesoria es sustraída a la competencia del juez. Otra situación, las menos, aunque si sucede en caso de conformidad, puede ser que el condenado se aperciba de la gravedad de las consecuencias jurídicas inherentes a las accesorias, una vez que la sentencia es firme por lo que no cabe recurso de apelación con grave perjuicio del derecho de defensa.

Este proceder contrasta con los principios que rigen la determinación de las penas. En principio, el artículo 54 establece una diferencia entre las penas accesorias de las principales: las principales las impone el juez y se sujetará a las indicaciones establecidas en la sección 1.ª, capítulo II del libro I, donde están recogidas las indicaciones encaminadas a una adecuada individualización judicial (especialmente art. 66 extensión que estimen adecuada y en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho). El juez tiene la obligación de motivar el grado y la extensión de la pena impuesta (art. 117 de la CE.) Se trata de una actividad jurisdiccional por medio de la cual el órgano judicial selecciona una pena y fija una magnitud concreta de la misma de acuerdo con los criterios establecidos por el Código para el delito concreto cometido y las circunstancias que concurren. La doctrina la califica como una actividad discrecional jurídicamente vinculada (art. 741 de la LECrim).

Por cuanto se ha dicho se destaca que el papel del juez, que es extremadamente importante cuando se trata de penas principales, se diluye siendo perfectamente fungible cuando se trata de aplicar las penas accesorias. En este sentido el respeto al principio *nulla poena sine iudicio* se diluye no tanto porque la determinación de la pena venga a veces confiada a un órgano no jurisdiccional, sino porque pone de manifiesto que para el desarrollo y aplicación de las penas accesorias se puede prescindir del principio de contradicción dirigido a poner en evidencia el presupuesto legal de aplicación de esta clase de penas interdictivas. En consecuencia, reclamar su apreciación y motivación por parte del juez predeterminado por la ley, no es una mera garantía formal sino también sustancial. Sólo su sometimiento al principio acusatorio (reclamando una mayor precisión en los escritos de acusación que destierren las formulas estereotipadas que caracterizan la petición e imposición de este tipo de penas) y su pronunciamiento motivado por el juez asegura que no le sea impedido a la parte la posibilidad de desenvolver un juicio contradictorio asegurando de este modo el derecho de defensa.

Otra contradicción radical de la disciplina de la accesoriedad con el principio del que venimos hablando, es el hecho que el carácter forzoso de estas consecuencias obedece a una concepción de la legislación como un orden estático que entra en crisis en el momento que proliferan las legislaciones extrapenales que incrementan notablemente el número de efectos perjudiciales –efectos penales– ligados a la sentencia de condena. Consecuencia directa es que el juez desconoce todos y cada uno de los efectos sancionatorios que se derivan de su fallo condenatorio. La proliferación de los efectos penales de la condena derivado de la imposición de penas accesorias ha comportado siempre una pérdida progresiva del control por parte del aparato judicial de las consecuencias perjudiciales derivadas de la sentencia de condena. Ello contrasta con el *principio penal nulla poena sine iudicio* debido a que el acto de vincular a la sentencia efectos perjudiciales enriquece de hecho el contenido sancionatorio de la condena original, dando así lugar a lo que se ha llamado *penas ocultas* puesto que a menudo ni el juez ni el condenado son conscientes de su existencia en el momento de dictar la sentencia.

7. FUNCIONES DE LAS PENAS ACCESORIAS

Antes de la reforma del artículo 57 del CP se podía afirmar que respondían al primado de la pena privativa de libertad e insuficiencia de la misma por lo que se le añade la accesoriedad de la pena limitativa de la capacidad jurídica del agente. Desde el siglo XVIII se prevé que la pena privativa no expresa por sí sola de un modo satisfactorio la respuesta sancionatoria del delito, razón por la cual debe articularse una variada gama de penas accesorias y otros efectos penales de la condena. La nueva tecnología del castigo es espléndidamente explicada por Foucault: «Castigar será por lo tanto, un arte de los efectos; más que oponer la enormidad de la pena a la enormidad de la falta, es preciso adecuar una a otra las dos series que siguen al crimen: sus efectos propios y los de la pena. Un crimen sin dinastía no llama al castigo» (33).

Resulta difícil asignar al complejo de penas accesorias una función unitaria. Las penas accesorias son de diversos tipos y algunas de ellas responden a un presupuesto de aplicación diverso. Ello impide que se pueda hablar de una función unitaria de las penas accesorias. Por lo tanto, solo acudiendo a parámetros más analíticos puede estudiarse el

(33) FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar*, Madrid, 1990, pp. 97 y 98.

tema de las funciones: estos parámetros son los diversos presupuestos formales a los que el legislador recurre para la imposición de las penas accesorias (gravedad de la pena, relación del derecho inhabilitado con el delito cometido, determinados delitos en relación a la gravedad del hecho y el peligro que el delincuente represente, determinadas relaciones de parentesco o intimidad pasada o presente).

La pregunta debe partir del análisis contrastado de las funciones que tradicionalmente se le asignan a las penas privativas de libertad: preventivo general (efecto disuasivo general que la pena ejercita sobre los ciudadanos para disuadirlos de realizar delitos) y preventivo especial.

Es dudoso que se pueda hablar de una función de prevención general intimidatoria en las penas accesorias ya que la ejecución de la pena accesoria a veces queda confinada al ámbito interno del Derecho penal, y en otras ocasiones sus consecuencias impositivas sólo son percibidas por el condenado en la fase posterior al licenciamiento definitivo de la pena privativa de libertad. La eficacia general preventiva de la pena reclama una difusión o publicidad de sus consecuencias de la que no gozan las penas accesorias (salvo que tal función la supla la inscripción de la pena en el Registro Central de Penados y Rebeldes). El hecho de que en la mayoría de las ocasiones la imposición de la pena accesoria pueda ser una sorpresa para el reo avala que el legislador al establecerlas no perseguía fines de prevención general o al menos estaba poco interesado en dichos efectos. También la función preventiva especial es muy débil hasta el punto de ser evanescente: aunque la duración de algunas penas accesorias viene conectada con la gravedad de la pena, falta toda relación de proporcionalidad con el hecho concretamente cometido. En algunas de las penas mas allá de esa relación de ocasionalidad que se exige con el delito cometido no existe relación de proporcionalidad con el hecho concretamente cometido. En cierta medida son penas fijas, algunas de duración definitiva (como las inhabilitaciones especiales y absoluta) o con una duración temporal ya predeterminada por el legislador.

Por otro lado, se aplican indiscriminadamente a cualquier delito donde se supere el umbral de una pena principal previamente fijada por el legislador. La ausencia de un nexo entre el hecho criminal específico y la pena accesoria impide que se pueda hablar de una genuina función de prevención especial, salvo la genérica eficacia intimidatoria que corresponde a todas las penas.

Pero si, como parece, las penas accesorias tienen poca eficacia preventiva general y especial ¿por qué se empeña el legislador en establecerlas? ¿Por qué el legislador suple la insuficiencia de la pena privativa de libertad no incrementando su gravedad o imponiendo una pena

principal más grave, sino que acude a una pena que afecta a bienes jurídicos diversos de aquellos a los que priva la pena principal? Si la función de la pena es la tutela jurídica ¿qué bienes se tutelan con las penas accesorias de inhabilitación?

Por mi parte, considero que cuando el legislador liga o relaciona las penas accesorias con condenas de particular gravedad –aquí es cuando emerge la función explícita de la pena accesoria– no parece que persiga disuadir de la realización de determinados delitos, sino de estigmatizar a quienes los han cometido. El juicio sobre el hecho se convierte en un juicio ético sobre el autor (juicio de reprobación de la violación y juicio de reproche al autor). En la doctrina penal alemana no han faltado autores que se han empeñado en rescatar las penas accesorias del limbo en el que parecen históricamente confinadas desvelando la función de un juicio ético social inherente a las penas accesorias. Fue Esser quien dejó sentado que:

«No es el efecto *disuasorio*, reputado escaso el que en las *Ehrenstrafe* debe tomarse en consideración; sino el ulterior aspecto de la prevención general que es la *moralización*. La previsión de la pena accesoria contribuye a forjar la conciencia social de lo que es lícito y lo que es ilícito por tanto asociándose a las condenas más graves funcionan como un índice revelador de la particular gravedad del delito no expresado suficientemente con la pena privativa de libertad. Si la medida de la pena es la medida concreta del desvalor del hecho, la prevención de las penas accesorias no puede más que expresar en el ámbito de la criminalidad grave un desvalor del hecho mayor que el que representa la pena privativa y por lo tanto justificar el merecimiento de desprecio frente aquellos que sufren aquella pena.»

También la presencia de las penas accesorias ligadas a condenas de especial gravedad en nuestro ordenamiento expresa la predisposición del legislador a dar un juicio ético sobre los hechos que se reverbera sobre el reo en el sentido de que las manifestaciones más graves de antisociabilidad deben ser marcadas con medidas de marginación del reo (34).

En lo que se refiere a la función de las penas accesorias dependiendo de determinadas modalidades de comisión del delito, también se impone un análisis más detallado examinado desde el punto de vista de las tres subfunciones que reviste la prevención especial:

Función de resocialización del reo.—Nula o escasa ya que la pena accesoria en ocasiones consiste en alejarlo del lugar económico-social

(34) ESSER, A., *Die Ehrenstrafe*, Stuttgart, 1956, p. 50, cita LARIZZA, S., *Le pene accessorie...*, op. cit., p. 171.

en el que se desarrolla su actividad laboral. Se le aleja del contexto social en el que está habituado a actuar: en consecuencia las penas accesorias tienen el efecto opuesto. Otros autores mantienen que sí puede desplegar una función reeducativa.

Intimidación.—La privación de la actividad laboral puede resultar en muchos supuestos más aflictiva que la propia pena principal (35).

Neutralización.—Existe un acuerdo casi unánime en que ésta es la función o el aspecto más típico en que se manifiesta la función especial preventiva en este tipo de penas. Alejar al condenado del contexto social en el que ha nacido la ocasión del delito, eliminando la posibilidad de una ulterior repetición del mismo es exactamente la finalidad que las penas en examen se fijan como meta. La función de neutralización se manifiesta dotada de unas especiales características, porque la subordinación y el carácter forzoso que caracteriza su aplicación comporta necesariamente la exclusión de toda valoración judicial sobre el modo, las formas y el tiempo de la neutralización al que el reo debe ser sometido, sencillamente se iguala a la duración de la pena principal.

Esta característica está estrechamente relacionada con otra y es la total irrelevancia de la personalidad del reo (sus posibilidades de reincidir en la misma conducta en el futuro) a los fines de la imposición de las penas accesorias. Se imponen sobre la presunción del legislador según la cual quien ha abusado una vez de su profesión continuará abusando si no se le somete a una forma especial de sanción que haga imposible la reiteración criminal.

Esta presunción que abstractamente puede parecer razonable (basada sobre *id quod plerumque accidit*) tiene el defecto de todas las presunciones que es la de regular satisfactoriamente la mayor parte de los casos pero que produce soluciones discutidas y carentes de toda racionalidad penal en casos particulares. Las presunciones tienen su propia razón de ser no en un principio de justicia y racionalidad, sino en un principio de economía. Estas penas se aplican siempre tomando en consideración el delito, pero en modo alguno la personalidad del reo. Esto contrasta con la función preventiva especial de las penas que reclaman necesariamente una pena individualizada y personalizada.

Por lo tanto, si bien las penas accesorias impuestas en función de particulares modalidades delictivas pueden desenvolverse en abstracto una función preventiva especial, también es cierto que el modo en que el legislador ha disciplinado este tipo de penas es el modo menos idó-

(35) PALAZZO, «Pene accessorie e sanzioni interdittive nella riforma del Codice penale» in *Problemi Generali di diritto penali. Contributo alla riforma a cura di G. Vassalli*, Milano, 1982.

neo para desenvolver esta función en concreto. Se abre por lo tanto un problema de interpretación de la técnica legislativa empleada por el legislador que a primera vista puede parecer enigmática.

De cuanto se ha dicho emerge un diseño legislativo caracterizado por la indefectibilidad y el automatismo de las penas accesorias sobre el que la discrecionalidad atribuida al juez no tiene ningún poder para influir. El legislador refuerza la férrea regla del carácter automático y forzoso de estas penas aun a costa de entrar en contradicción en modo evidente con la acogida de ciertos planteamientos de prevención especial en el Código Penal de 1995.

La explicación mas plausible no es la hipótesis de un despiste del legislador, sino la hipótesis de que la disciplina de las penas infamantes hayan atraído a su propia órbita la disciplina de las penas de inhabilitación y que esto no es el fruto de una equivocación, sino el producto de una particular concepción de las penas de inhabilitación y que es asumida como tal.

Se debe destacar como en el límite las funciones de las penas infamantes y las penas de inhabilitación pueden coincidir. Las penas accesorias infamantes tienden a incidir negativamente sobre la capacidad de las personas para entrar en relación con los otros y desde luego a «inhabilitarlo». Ciertamente que las penas de inhabilitación especial producen a un nivel más selectivo y al mismo tiempo más incisivo el mismo efecto que el legislador espera de las penas accesorias infamantes. Si a esto se añade que la disminución del bien «reputación» es el imprescindible resultado de la inhabilitación se encontrará otro punto de coincidencia entre los dos tipos de penas: Es inevitable que en el momento en que se aleja al reo de ciertas posiciones creando en torno a él una situación de aislamiento, se compromete al mismo tiempo su reputación.

Este punto de contacto entre ambas categorías es evidente, después pueden resaltarse o atenuarse dependiendo de su régimen normativo y de las premisas político-criminales en las que se mueve el legislador. La asimilación entre las dos categorías de penas accesorias realizada mediante el sometimiento al mismo régimen normativo adolece por lo tanto de un profundo significado de manifestar la prevalencia del juicio ético del Estado legislador sobre cualquier otro juicio: se refleja automáticamente sobre el sujeto sin ninguna otra consideración.

8. CONCLUSIONES

Básicamente quiso ponerse de relieve que las penas accesorias nacen históricamente con un solo fin: castigo suplementario e imprimir una marca de infamia al autor del delito. Recientemente al amparo

de las últimas reformas se le añaden funciones especiales preventivas que no ha recibido adecuada traducción a nivel de disciplina positiva, por lo que toda la disciplina de las penas interdictivas permanece estructuralmente ligada a su función originaria y sobre todo está especialmente privilegiado su aspecto infamante.

Es preciso que estas penas se afiancen en su función especial preventiva y se liberen del elemento infamante. Lo primero será eliminar el carácter forzoso en su imposición y la reivindicación de una adecuada individualización judicial que determine las modalidades de ejecución: el *an* y el *quantum*.

El consejo tiene como fundamento el principio constitucional de que las penas deben estar orientadas a la resocialización del condenado y desde este postulado se sugiere al legislador refunde el sistema de las penas interdictivas.