El sistema de consecuencias jurídicas del delito a examen

Marina Mínguez Rosique
David Gallego Arribas
Coordinadores

Derecho Penal
y Procesal Penal

BOE

EL SISTEMA DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO A EXAMEN

COLECCIÓN DE DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

Director

Luis Rodríguez Ramos
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia

Consejo Asesor

Nicolás González-Cuéllar Serrano, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Javier Álvarez García, catedrático de Derecho Penal de la Universidad Carlos III; director de la Sección de Derecho Penal, parte general y parte especial.

Alicia Gil Gil, catedrática de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Silvina Bacigalupo Saggese, catedrática de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid.

Adán Nieto Martín, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha; director de la Sección de Derecho Penal Europeo e Internacional.

Esteban Mestre Delgado, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares; director de la Sección de Derecho Penitenciario y de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

Jacobo Barja de Quiroga, presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

EL SISTEMA DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO A EXAMEN

MARINA MÍNGUEZ ROSIQUE
DAVID GALLEGO ARRIBAS

Coordinadores

COLECCIÓN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL 34

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2026

Primera edición: julio de 2026

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones,* se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

© De los contenidos, sus autores.
© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado para esta edición.

Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons-Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional-CC BY-NC-ND 4.0

https://cpage.mpr.gob.es

NIPO: 144-26-075-3 (edición en papel)
144-26-076-9 (edición en línea, PDF)
144-26-077-4 (edición en línea, ePUB)
ISBN: 978-84-340-3151-7
Depósito legal: M-16879-2026

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

ÍNDICE

Páginas

PRÓLOGO 11

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS 17

CAPÍTULO I. LA RETRIBUCIÓN Y EL PERDÓN (LEO ZAIBERT) 19

I. **Introducción** 19
II. **Prolegómeno conceptual** 20
III. **El debate tradicional** 22
IV. **Lo axiológico y lo deóntico** 25
V. **El perdón como parte del debate más fundamental** 31

CAPÍTULO II. DE NUEVO LA DISCUSIÓN EN TORNO A LA PRISIÓN PERPETUA IRREDIMIBLE (PATRICIA S. ZIFFER) 39

I. **Introducción: La vigencia del tema** 39
II. **Las particularidades del «caso argentino»** 40
III. **Las objeciones «tradicionales» en contra de la prisión perpetua: la dignidad del hombre** 42
IV. **La regla jurisprudencial de «la prisión perpetua, para ser legítima, no puede ser perpetua»: el fallo del Tribunal Constitucional alemán** 47
V. **Algunos estándares internacionales que aparecen en el debate** ... 50

5.1 Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros *vs.* Trinidad y Tobago: el límite a las penas absolutas 50
5.2 Kafkaris c. Chipre: el mandato de certeza en la fase ejecutiva de la pena 51

Páginas

5.3 Vinter y otros c. Reino Unido: el «derecho a la esperanza» 52
5.4 Murray c. Países Bajos: los deberes «activos» del Estado en la resocialización 53

VI. **Los compromisos jurisdiccionales con la «política criminal»** 55
VII. **¿El Estatuto de Roma como parámetro?** 57
VIII. **Conclusión** 61

CAPÍTULO III. LA PENA DE INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA LA FUNCIÓN PÚBLICA: ¿ES VERDADERAMENTE AFLICTIVA? ¿ES DE FÁCIL APLICACIÓN? (LUZ MARÍA PUENTE ABA) 63

I. **Introducción** 63
II. **Los problemas derivados de la falta de especificación de la pena de inhabilitación especial en la sentencia condenatoria** 64
III. **La elección del empleo o cargo público afectados por la condena: ¿se exige vinculación con el delito cometido?** 69
IV. **El carácter definitivo de la pérdida del empleo o cargo público** .. 81

4.1 La pérdida definitiva. ¿Posibilidad de fragmentación del empleo o cargo? ¿Distinción entre el ejercicio de la profesión y la condición de funcionario público? 81
4.2 La graduación de los efectos de la pena 90
4.3 Otras dos cuestiones relacionadas con la pérdida definitiva del empleo o cargo: la concesión del indulto y la retroactividad de la ley penal favorable 92

V. **La elección de empleos o cargos análogos: criterios para su determinación** 94

CAPÍTULO IV. DIFICULTADES EN LA DETERMINACIÓN DE LAS PENAS IMPUESTAS A LAS PERSONAS JURÍDICAS (JUAN LUIS FUENTES OSORIO) 99

I. **Despreocupación por el sistema de determinación de la pena de las personas jurídicas** 99
II. **Un sistema de determinación incompleto y dual** 102

2.1 La pena de multa 104

2.1.1 El precepto habilitante y la selección del marco penal de la multa 105
2.1.2 Modificaciones cualitativas y cuantitativas 108
2.1.3 Concreción de la pena 110

Páginas

2.2 Las penas interdictivas 117

2.2.1 Necesidad de imposición 118
2.2.2 Potenciales efectos sobre terceros 120
2.2.3 Selección de la pena 121
2.2.4 Concreción de la duración 124

CAPÍTULO V. EL CONTENIDO DE LA GRAVEDAD DEL DELITO PARA DETERMINAR LA PENA PROPORCIONADA (WENDY PENA GONZÁLEZ) 131

I. **Introducción: el objeto de contraste del principio de proporcionalidad de las penas** 131
II. **Problemas de la incorporación de las finales de la pena en su determinación** 135
III. **Toma de postura** 138

CAPÍTULO VI. REFLEXIONES CRÍTICAS EN TORNO A LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO EN EL ÁMBITO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN (NATALIA MARÍA PEMÁN GRACIA) 141

I. **Introducción** 141
II. **Penas vinculadas con las nuevas tecnologías** 143
III. **Otras posibilidades de restricción de las tecnologías por la comisión de delitos** 147
IV. **Otras cuestiones** 150

PRÓLOGO

I

La séptima edición del Seminario Anual de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid se celebró los días 29 y 30 de mayo de 2024, consolidándose como un foro académico de referencia para el estudio y la discusión de cuestiones actuales y relevantes en materia penal. Una vez más, este encuentro reunió tanto a reconocidos/as expertos/as como a nuevas voces en un espacio de reflexión crítica y debate de alto nivel sobre los grandes desafíos que enfrenta hoy el Derecho penal.

Esta edición del seminario se enmarcó en el seno del Proyecto de Investigación «Repensando el modelo de sanciones penales: de la entropía a la ordenación sistemática de las respuestas frente al delito (REPENSANCIONES)», dirigido por los profesores. Daniel Rodríguez Horcajo y Gonzalo J. Basso, y financiado por la Consejería de Ciencia, Universidades e Innovación de la Comunidad de Madrid (VPRICIT) y la Universidad Autónoma de Madrid a través de la Convocatoria 2021 de ayudas a Proyectos de I+D para jóvenes (SI3/PJI/2021-00222). En esta línea, el seminario se orientó a explorar algunas de las cuestiones clave que constituyeron el núcleo del Proyecto desde sus inicios, centrado en desentrañar la compleja red de consecuencias jurídicas asociadas al delito, con especial atención a las de carácter penal; una labor cada vez más complicada en el escenario actual, en el que confluyen diversas modalidades de respuesta al delito, basadas en fundamentos distintos y orientadas a objetivos diversos. Ahora bien, la existencia de esta diversidad de respuestas, orientada a optimizar el sistema penal tanto desde una perspectiva de justicia como de eficacia, requiere que los supuestos de aplicación de cada una de ellas estén bien definidos, evitándose una acumulación que pueda conducir a respuestas penales desproporcionadas.

A lo largo de las dos jornadas del seminario, tuvimos el honor de contar con las ponencias de destacados/as profesores/as como Leo Zaibert

(University of Cambridge), Patricia S. Ziffer (Universidad de Buenos Aires), Luz María Puente Aba (Universidade da Coruña) y Juan L. Fuentes Osorio (Universidad de Jaén). Además, fue un privilegio escuchar a las dos comunicantes finalistas, Wendy Pena González (en aquel momento investigadora POP FPU en la Universidad de Salamanca y, en la actualidad, investigadora postdoctoral García Pelayo en el CEPC) y Natalia María Pemán Gracia (investigadora predoctoral en la Universidad de Zaragoza). Queremos aprovechar estas líneas para expresar nuestro más sincero agradecimiento a todos/as ellos/as no sólo por sus valiosas presentaciones y su activa participación en los enriquecedores debates que estas generaron durante el seminario, sino también por las contribuciones que ahora se recogen en esta obra colectiva.

II

En primer lugar, se publica la contribución del profesor Zaibert, en la que se examina la (aparente) tensión entre retribución y perdón en el marco de los fines de la pena y la justificación a su existencia. El trabajo parte de una premisa ineludible: toda pena conlleva sufrimiento, aunque este no sea su único ni principal propósito. A partir de esta base, se explora una de las ideas más provocadoras dentro del ámbito del Derecho y la ética: el perdón como la decisión consciente de no imponer un castigo merecido. A diferencia de los casos en los que existen causas de justificación o exculpación –en los que no hay nada que perdonar–, el perdón se presenta como una renuncia a ejecutar lo que la justicia demandaría.

El análisis del profesor Zaibert se inscribe dentro del histórico debate entre *retribucionismo* y *consecuencialismo*; dos teorías que abordan de forma radicalmente distinta la legitimidad de la pena. Mientras el *retribucionismo* la justifica por el merecimiento del infractor, el *consecuencialismo* la tolera solo en la medida en que sus efectos sean mejores que su omisión. Se estudian aquí dos críticas comunes al *retribucionismo*: su supuesta identificación con la ley del talión y su dificultad para limitar la severidad del castigo.

Además, se introduce una distinción fundamental entre lo axiológico (juicios de valor sobre lo bueno o malo) y lo deóntico (juicios normativos sobre lo que debe hacerse), mostrando que no siempre lo valioso debe necesariamente guiar la acción. Finalmente, el texto plantea un interrogante central: si alguien merece ser castigado, ¿puede ser justo perdonarlo?

III

En su contribución, la profesora Patricia S. Ziffer aborda de manera crítica el debate sobre la prisión perpetua irredimible, cuestionando su legitimidad a la luz de los principios constitucionales y los derechos humanos. La autora parte de la constatación de que, aunque los estándares internacionales y regionales aceptan la prisión perpetua solo si existe una posibilidad real y previsible de recuperar la libertad, en la práctica –particularmente en Argentina– las sucesivas reformas legislativas han restringido tanto los mecanismos de liberación condicional que muchos condenados quedan sin esperanza efectiva de salida, configurándose así como una «pena eliminatoria». La Prof.ª Ziffer señala que esta situación vulnera principios esenciales del Derecho penal y retoma las objeciones doctrinales tradicionales contra las penas perpetuas, subrayando que negar toda expectativa de libertad implica una anulación simbólica y social de la persona comparable a la pena de muerte.

La autora examina también la jurisprudencia comparada, especialmente el fallo del Tribunal Constitucional Federal alemán y las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Kafkaris*, *Vinter*, *Murray*) al respecto, que han establecido que la prisión perpetua solo puede ser legítima si se garantiza una revisión judicial periódica, mecanismos de resocialización efectivos y una esperanza real de liberación. Finalmente, la profesora Ziffer analiza el Estatuto de Roma como parámetro internacional que impone límites a las penas perpetuas y obliga a los Estados a revisar sus sistemas de ejecución penal. Advierte, sin embargo, que su aplicación directa al Derecho interno argentino presenta tensiones.

En su conclusión, la autora denuncia el sesgo punitivista y la desconfianza legislativa hacia la función judicial, proponiendo retomar una dogmática penal humanista que asegure proporcionalidad, progresividad y respeto por la condición humana del condenado.

IV

El trabajo de la profesora Luz María Puente Aba analiza cómo la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, concebida como una herramienta en abstracto idónea para sancionar delitos cometidos en el ejercicio de funciones públicas, revela en la práctica importantes tensiones y dificultades de aplicación por parte de los tribunales. La autora examina críticamente dichas disfunciones, que van desde deficiencias en la técnica de imposición de

la pena en la sentencia, hasta problemas de interpretación, delimitación y proporcionalidad en sus efectos.

Entre las cuestiones más relevantes se encuentra la frecuente confusión entre los dos efectos de esta pena: la privación definitiva del cargo desempeñado y la prohibición de acceder a cargos similares durante el tiempo de condena. En este sentido, la Prof.ª Puente Aba destaca cómo, a menudo, las resoluciones judiciales no especifican claramente el empleo afectado o imponen restricciones genéricas sin justificación suficiente, lo que compromete los principios de legalidad y seguridad jurídica.

Asimismo, la contribución también trata cómo la no exigencia de una conexión entre el delito cometido y el tipo de cargo afectado cuando la pena se impone como principal –a diferencia de en aquellos casos en los que posee carácter accesorio– puede llegar a vulnerar los principios de taxatividad y proporcionalidad. La imposibilidad de fragmentar las concretas competencias de las que se priva, así como las limitaciones del indulto frente a esta pena, agravan aún más estos problemas.

En conclusión, se trata de un estudio que no solo pone de relieve las contradicciones entre el diseño normativo y su aplicación judicial, sino que propone una reflexión sobre la necesidad de mayor precisión, coherencia y garantía en la utilización de esta forma de sanción penal.

V

La contribución del profesor Juan Luis Fuentes Osorio aborda la problemática de la determinación de la pena en los supuestos de responsabilidad penal de la persona jurídica; un ámbito en el que, pese a los avances normativos –como la incorporación de un catálogo propio de penas, reglas específicas para su imposición, y la previsión de atenuantes y eximentes–, persisten importantes dificultades. En su trabajo, el Prof. Fuentes Osorio se centra, precisamente, en analizar dichas dificultades, con especial atención a las lagunas normativas, las incoherencias prácticas y la escasa atención doctrinal y jurisprudencial que han recibido hasta ahora.

El análisis distingue entre los dos grandes tipos de penas aplicables a las personas jurídicas: las multas, obligatorias y encuadrables en el sistema general de determinación de penas; y las penas interdictivas, muchas de las cuales tienen carácter facultativo y responden a criterios distintos, centrados no en el desvalor del hecho o la culpabilidad, sino en la peligrosidad de la persona jurídica y los efectos colaterales de su imposición.

La contribución del profesor Fuentes Osorio busca aportar claridad sobre las reglas de determinación de estas penas, identificando los elementos que deben guiar el proceso según el tipo de sanción y proponiendo una metodología estructurada para su aplicación, contribuyendo así a una mayor sistematización y seguridad jurídica.

VI

En último lugar, aunque no menos importante, se publican las dos comunicaciones seleccionadas.

1.ª En su contribución, Wendy Pena González analiza el principio de proporcionalidad de las penas, cuestionando la incorporación de los fines preventivos o retributivos en la determinación del castigo. Sostiene que incluir esos objetivos –por basarse en valoraciones futuras e inciertas– vulnera la culpabilidad por el hecho, la seguridad jurídica y la dignidad del penado, convirtiendo al individuo en un medio de la política criminal. La autora propone entender la proporcionalidad como una comparación entre la gravedad del delito y la de la pena, y no como una relación medio-fin. Así, defiende un modelo garantista, centrado en el injusto culpable, que preserve la justicia y limite la discrecionalidad tanto del legislador como del juez.

2.ª Natalia María Pemán Gracia realiza una reflexión crítica acerca de las consecuencias jurídicas del delito en el ámbito de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs). Así, la autora pone de manifiesto cómo, pese a la existencia de un desplazamiento de la actividad delictiva al ámbito virtual, el legislador no ha actualizado la esfera de las penas a imponer respecto de los delitos cometidos a través de Internet o haciendo uso de alguna de dichas herramientas. En este sentido, se analizan las distintas alternativas que, de *lege lata,* podrían dar cabida a consecuencias como la privación de acceso a determinados sitios web. Entiende la autora que ninguna de ellas resulta plenamente satisfactoria, por lo que sería deseable que, de *lege ferenda*, se articulara un precepto específico que regulara dichas consecuencias.

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

AA. VV.	*Autores Varios*
art./ arts.	*artículo(s)*
c./v.	*contra/versus*
CADH	*Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)*
CE	*Constitución Española de 1978*
CEDH	*Convenio Europeo de Derechos Humanos*
Coord(s).	*Coordinador(es)*
Corte IDH	*Corte Interamericana de Derechos Humanos*
CP	*Código Penal español (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre)*
CParg.	*Código Penal argentino*
Dir(s).	*Director(es)*
Doc.	*Documento*
Ed(s).	*Editor(es)*
ed.	*Edición*
ER	*Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*
et al.	*Y otros*
etc.	*Etcétera*
FD	*Fundamento de Derecho*
FJ	*Fundamento jurídico*
Ibid.	*Ibídem*
íd.	*el mismo/los mismos*
LECrim	*Ley de Enjuiciamiento Criminal (Real Decreto de 14 de septiembre de 1882)*
núm.	*Número*
p./pp.	*página(s)*
passim.	*En lugares diversos*
RPPCPI	*Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional*
SAP	*Sentencia de la Audiencia Provincial*

ss.	*Siguientes*
STC	*Sentencia del Tribunal Constitucional*
STEDH	*Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*
StGB	*Código Penal alemán (Strafgesetzbuch)*
(S)STS	*Sentencia(s) del Tribunal Supremo español. Sala Segunda.*
TEDH	*Tribunal Europeo de Derechos Humanos*
TS	*Tribunal Supremo español*
Vol.	*Volumen*

CAPÍTULO I. LA RETRIBUCIÓN Y EL PERDÓN

LEO ZAIBERT *

SUMARIO: I. Introducción. II. Prolegómeno conceptual. III. El debate tradicional. IV. Lo axiológico y lo deóntico. V. El perdón como parte del debate más fundamental.

I. INTRODUCCIÓN

El propósito central de esta intervención es combinar dos temas que me han mantenido ocupado por varios años. El primero concierne la defensa que he hecho del retribucionismo, o, al menos, de lo que yo entiendo por retribucionismo. El segundo atañe a mi interés por el perdón y por la frecuentemente ignorada importancia que la tensión entre el perdón y la pena tiene para una cabal comprensión de aspectos centrales del Derecho penal. De entrada, podría parecer que estos dos temas son no solo independientes, sino incluso contradictorios. El retribucionismo y el perdón pareciesen no tener demasiado en común, o, al menos, estar en tensión. La tensión se manifiesta primeramente en el choque entre el supuesto sadismo, crueldad o salvajismo del retribucionismo y la supuesta benevolencia del perdón. Pero aquí sugeriré que las cosas son más complicadas. Intentaré aquí, esto es, explicar ciertas conexiones cruciales entre el perdón y la pena. Me enfocaré, en particular, en el hecho –para muchos sorprendente– de que de no adoptarse una posición retribucionista, el

* Andreas von Hirsch Professor of Penal Theory and Ethics, Universidad de Cambridge, Reino Unido.

perdón es imposible. Pero, para sugerir todo esto, debo hacer dos cosas. Primero, debo hacer algunas aclaratorias de aspectos conceptuales acerca de qué es la pena y qué es el perdón. Haré énfasis en algunos elementos de las definiciones mismas de estos fenómenos que aun cuando no son en lo más mínimo contenciosos, tienden a no ser suficientemente analizados. Segundo, deberé esbozar mi interpretación tanto del debate clásico acerca de la justificación de la pena (o castigo –uso ambas expresiones como sinónimos–), como de sus presupuestos éticos subyacentes. Luego me enfocaré en la perfectamente familiar pero terriblemente subestimada distinción dentro de la ética con respecto a lo axiológico (por una parte) y lo deóntico (por la otra). Sugeriré que esta es una distinción importantísima no solo para entender el debate clásico entre el retribucionismo y el consecuencialismo, sino también para entender cómo se le puede abrir espacio teórico al perdón. En la cuarta y última sección, me centraré en el perdón, y explicaré también cómo el debate entre el perdón y la pena es, de hecho, más fundamental que el clásico debate que opone a los retribucionistas y a los consecuencialistas.

II. PROLEGÓMENO CONCEPTUAL

No intento ofrecer aquí una definición completa del castigo [1]. Me basta con recalcar que no hay duda de que independientemente de las muchas otras cosas que forman parte de la definición de la pena, la pena busca algo afín a aquello contenido en sus definiciones clásicas: «la pena acarrea dolor u otras consecuencias no placenteras», como diría H.L.A. Hart [2]. Este punto no es sólo no contencioso, sino que pretender ofrecer una definición de la pena en la que la misma no acarrease algo negativo parece un disparate. De nuevo, admitir este punto en absoluto implica aceptar también que esto es lo único que la pena busca, ni siquiera que sea lo más importante que la pena busca. En cierta medida, tratando de capturar un aspecto esencial de lo que se persigue con la pena, que tiende a verse difuminado en este tipo de descripciones tan generales, he sugerido que la pena persigue ocasionarle algún *sufrimiento* al penado. El término «sufrimiento» no pretende significar algo particularmente grotesco, pero busca enfatizar la realidad de lo que persigue la pena: aparte de cualquier otra cosa, la pena persigue el sufrimiento del penado. La razón fundamental

[1] Véase Zaibert, L. *Punishment and Retribution*, Londres (Routledge), 2017.

[2] Hart, H. L. A, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, 2.ª ed., Oxford (Oxford University Press), 2008, pp. 4-5.

por la cual he usado el término «sufrimiento» a lo largo de mi carrera no es que haya querido sugerir ideas particularmente grotescas ni nada por el estilo; lo que sí he querido hacer es resaltar la realidad de lo que la pena supone acarrear: supone causar dolor, malestar, o, en general, algo que el penado no desea [3]. (Como he admitido, la pena puede –y con frecuencia, debe– buscar otros resultados, como los ya esbozados: la rehabilitación del penado, la seguridad o paz social, etcétera). Dado que la pena ineludiblemente busca hacer sufrir al penado, y dado que, al menos en principio, hacer sufrir a las personas es algo que debemos evitar, la conclusión inevitable es que la pena se encuentra, *ab initio*, en necesidad de una justificación. Aparte de cualquier otra cosa, *parte* de lo que el Derecho penal y la justicia criminal persiguen es hacer sufrir a la gente. No por ser obvia esta manera cruda de decirlo deja de ser un importante recordatorio.

Antes de adentrarnos en la espinosa discusión de la justificación de la pena, toca detenernos en el esbozo conceptual de su contraparte, el perdón. Si la discusión del castigo (y su justificación) es espinosa, la del perdón lo es aún más: es positivamente paradójica. Con más razón que en el caso del castigo, no intentaré aquí ofrecer una definición completa del perdón, sino que me limitaré a decir que el perdón supone la decisión debidamente deliberada de no infligir el castigo que uno considera estar justificado en infligir. La quizás oscura expresión «decisión debidamente deliberada» obedece al hecho de que no toda decisión cuenta: si uno decide no castigar por no poseer recursos, o porque de hacerlo perdería una cita importante (o un viaje en avión, etcétera). La expresión típicamente usada en la literatura especializada es que la razón por la cual uno decide perdonar es una «razón moral» [4]. Esto es cierto, pero no ayuda mucho. Existen un sin número de razones morales que no pareciesen capturar la elusiva razón que buscamos: mi deseo de no faltar a mi cita puede estar fundamentado en la importancia que le doy a cumplir mis promesas, por ejemplo. Ello sería entonces una razón moral, pero si es por eso por lo que no castigo a quien creo merece ser castigado, no pareciese que estaríamos en presencia de un perdón cabal.

Por otro lado, el perdón es sumamente difícil de conceptualizar, pues supone ser diferente de todas las otras defensas (jurídicas o extrajurídicas) de las que puede valerse quien ha causado un daño. Por ejemplo, decidir no cas-

---

[3] Véase Zaibert, L., *Rethinking Punishment*, Cambridge (Cambridge University Press), 2018.

[4] Murphy, J., «Forgiveness and Resentment», en Murphy, J. / Hampton, J., *Forgiveness and Mercy*, Cambridge (Cambridge University Press), 1988, p. 24. Véase también, Card, C., «On Mercy», *Philosophical Review*, núm. 81, 1987, pp. 182-207; Zaibert, L., «The Paradox of Mercy», *Journal of Moral Philosophy*, núm. 6, 2009, pp. 356-393.

tigar a alguien que actuó de manera justificada, o que tiene una excusa valida, o a quien le asisten mitigaciones, o quien ha sufrido ya una *poena naturalis*, etc., no parecieran ser casos en los que uno ha perdonado, a pesar de ser todos ejemplos en los que la motivación esta evidentemente relacionada con una razón moral. Quizás es por ello por lo que Jacques Derrida, en su famoso lenguaje grandilocuente, dijo que el perdón es en cierto sentido algo demencial (como veremos más adelante) [5].

Lo que queda claro es que estas preliminares conceptuales apuntan a un problema normativo sumamente difícil. En tanto y en cuanto el perdón supone –conceptualmente– la no ejecución de una pena *que se asume justificada*, ¿cómo puede el perdón en caso alguno justificarse? Aunque no podré responder esta inquietante pregunta cabalmente, intentaré mostrar que es sólo desde una perspectiva retribucionista que el perdón puede existir, y que esta pregunta puede ser respondida.

III. EL DEBATE TRADICIONAL

El debate tradicional entre las justificaciones de la pena opone a las justificaciones consecuencialistas, por un lado, y a la justificación retribucionista, por el otro. Esta evidente asimetría con respecto a número es de resaltar. Las primeras justificaciones son bastante numerosas: entre las más famosas encontramos a la prevención, la incapacitación, la rehabilitación, la reconciliación, la educación moral, la reinserción social, etcétera. Muchas de estas manifiestan, a su vez, variadas y, a veces, importantes subdivisiones. A pesar de que el retribucionismo también presenta variantes, todas van apegadas al hecho de que la pena es merecida y es ese merecimiento lo que justifica su ejecución [6]. Cualquier cosa puede ser una consecuencia, y, por ello, las justificaciones consecuencialistas admiten una variedad esencialmente infinita. En contraste, la respuesta que tal o cual acción merezca no admite de demasiadas opciones. Así, como cuando el mejor futbolista obtiene el Balón de Oro –porque lo *merece*– quien hace mal merece ser castigado porque lo *merece*. Desde el punto de vista retribucionista es tan miope justificar la pena atendiendo a sus posibles beneficios, como otorgar el Balón de Oro basado en alguna razón diferente a la determinación de quién es el mejor futbolista. Por supuesto, determinar exactamente qué es lo que tal o cual acción merece puede –o incluso suele– ser

[5] Derrida, J., *On Cosmopolitanism and Forgiveness,* Londres (Routledge), 2001.
[6] Zaibert, L., 2018, *passim.*

complicado. Pero es una complicación diferente a la que surge dentro del contexto de las justificaciones consecuencialistas, en las que, como recién notamos, cualquier cosa puede ser considerada como la consecuencia que importa.

El énfasis retribucionista en el merecimiento es frecuentemente visto con recelo, si no con abierto desprecio [7]. Las razones son múltiples, pero podemos aquí resumirlas al organizarlas en dos grandes grupos (relacionados entre sí). Un primer grupo aglutina a una serie de confusiones. El retribucionismo ha sido histórica y sistemáticamente confundido con otras posiciones. Con frecuencia se sugiere que el retribucionismo es una simple fachada que intenta ocultar nuestra sed de venganza; o que el retribucionista es un sadista, en el sentido que deriva placer del sufrimiento ajeno, o que, en el ámbito político, el retribucionismo supone la adhesión a posturas como el legalismo moral (la idea de que el Estado debería criminalizar y castigar toda conducta inmoral) u otras políticas exageradamente punitivas. No es este el lugar para desmontar sistemáticamente todas estas confusiones [8]. Baste apuntar que ni el retribucionista *tiene* que ser vengativo, ni la venganza tiene que ser irracional o desproporcionada. De manera similar, la satisfacción que el retribucionista confiesa experimentar al saber de penas infligidas merecidamente tiene que ver exclusivamente con el ser testigo de que se ha impartido justicia, y no de presenciar el sufrimiento como tal. A nivel político, nada obliga al retribucionista a adherirse a posturas particularmente punitivas o iliberales. De hecho, mi retribucionismo (y no estoy solo) es compatible con extrema circunspección con respecto a políticas punitivas, y con posiciones duramente críticas de los excesos punitivos de muchos sistemas de Derecho penal contemporáneo.

Pero la confusión concerniente al retribucionismo más famosa y perniciosa es la que lo iguala con la ley del talión. Por medio de esta ecuación, el retribucionismo es presentado no sólo como anacrónico, sino como torpe y cruel, y como incapaz de admitir gradaciones en cuanto a los diferentes juicios de reproche que las diferentes maneras en las que se puede producir un daño deberían causar. Nuevamente, que esto es una confusión debería resultar obvio: una persona podría aceptar la ley del talión y el retribucionismo al mismo tiempo. No existe inconsistencia lógica entre las dos tesis. Pero igualmente una persona podría aceptar una posición y no la otra. El retribucionista, debidamente entendido, solo necesita sostener que hay algo moralmente bueno (en un sentido en el que ahondaré brevemente) cuando alguien que es culpable de

[7] Un ejemplo reciente –de entre muchos– es Nussbaum, M., «Transitional Anger», *Journal of the American Philosophical Association*, Vol. 1, núm. 1, 2015, pp. 41-56, quien sostiene que el retribucionismo supone una suerte de pensamiento mágico.

[8] Zaibert, L., 2018, *passim*.

haber causado un daño recibe el castigo que merece. En absoluto nos debe el retribucionista –*qua* retribucionista– explicación alguna acerca de cuál es la escala de castigos que diferentes crímenes merecen. Es decir, bien puede un retribucionista defender que el castigo por dañarle un ojo o un diente a una persona involucra apenas una multa pecuniaria. El retribucionista valora el hecho de que la gente –malhechores o no– reciban lo que merecen, pero su adherencia al retribucionismo no nos dice nada acerca de cuánto es lo que merecen [9].

El segundo grupo de confusiones gira en torno a dos ideas. Primera, que el retribucionista no es capaz de limitar la magnitud o seriedad de la pena: mientras más grave sea el crimen que ha de castigarse, más severa ha de ser la pena. Al no haber limite a la maldad humana, tampoco hay limite a la hora de castigarla. En ese otro (relacionado) sentido, el retribucionismo es visto como primitivo y falto de carices. Nuevamente es menester recalcar que el hecho de que un retribucionista valore dar a la gente lo que merece, en lo absoluto conlleva pensar que no se pueden apreciar matices. Al contrario, son precisamente esos matices los que el retribucionista necesita a los fines de establecer qué es lo que la gente en efecto merece. Más aún, el retribucionista, de manera mucho más principista que el consecuencialista, puede objetar a los «delitos» penados independientemente de la culpabilidad (los *strict liability crimes* del derecho anglosajón, por ejemplo), pues, por definición, esos delitos suponen obviar lo que el retribucionista valora (el merecimiento); y es, además, perfectamente posible que las consecuencias de penar de manera estricta sean del tipo que el consecuencialista valora. Y, segunda, que la valoración que el retribucionista hace del castigo (o del premio) merecido es esencialmente patológica: la idea aquí es que el retribucionista está tan obsesionado con el merecimiento que no es capaz de valorar nada más (y, en particular, que no es capaz de valorar ninguna de las consecuencias que el consecuencialista aprecia). La idea pareciese ser que como el retribucionista valora el castigo merecido, no es capaz de admitir que otras cosas que también valora pueden en ocasiones ser más importantes que el castigo merecido.

Los presupuestos filosóficos de estas justificaciones merecen más atención de la que típicamente se les presta. En particular, es importante establecer las bases axiológicas de las mismas. Sugeriré aquí que no obstante la inmensa variedad –rayana en lo inmanejable– de justificaciones consecuencialistas, to-

[9] Con respecto a las confusiones del retribucionismo, véase, además de Zaibert, L., 2018, *passim,* Moore, M., *Placing Blame: A General Theory of the Criminal Law,* Oxford (Oxford University Press), 1997, pp. 83-188.

das dependen de una posición axiológica sumamente sencilla, por no decir ramplona. En contraste, el retribucionismo supone –o al menos permite– posiciones axiológicas con suficiente complejidad como para hacerle justicia a la complejidad de los fenómenos que ambas posiciones intentan regular.

IV. LO AXIOLÓGICO Y LO DEÓNTICO

Que el sufrimiento es algo que, en principio, ha de catalogarse como no deseable –como algo malo– es un punto en el cual no me parece necesario elaborar. Lo doy por asumido. Por consiguiente, la pena, en cuanto busca causar sufrimiento, ha de verse como algo no deseable, como algo malo. Este es un punto esencialmente axiológico. Y es importante –mucho más de lo que usualmente se admite, al menos en el contexto de la literatura especializada en la teoría de la pena– distinguir entre el ámbito de lo axiológico y el ámbito de lo deóntico. El ámbito de la axiología abarca la discusión de los valores, de lo que supone ser bueno o malo. En este sentido, y para limitarnos a lugares comunes, se puede decir que el placer es bueno, y que el sufrimiento es malo. El ámbito de lo deóntico abarca la discusión de lo que debe o no hacerse (es importante aclarar que *deóntico* no es lo mismo que *deontológico:* este último término describe a un tipo de teoría ética, usualmente asociada a las posiciones de Kant. «No debemos mentir», o «Debemos respetar a nuestros mayores» son prescripciones a la vez deónticas y típicas de sistemas éticos deontológicos). Lo deóntico concierne, de nuevo, la discusión de la acción humana: «Debemos mentir» o «Debemos irrespetar a nuestros mayores» no caben dentro de ninguna teoría ética deontológica que conozca (o que pueda concebir), pero son tan deónticas como las mencionadas anteriormente. Lo axiológico se limita a los juicios de valor: esto o aquello es bueno o es malo. La franqueza y la honestidad son buenas; la hipocresía y la deshonestidad son malas. Lo axiológico no se relaciona directamente con la acción: algo puede ser muy bueno y, sin embargo, no deber hacerse; del mismo modo, algo puede ser malo y, sin embargo, deber hacerse. Hay verdades que no deben ser dichas, y hay mentiras que deben decirse.

La diferencia entre lo axiológico y lo deóntico es obvia: los juicios axiológicos hablan acerca de cómo las cosas *son,* los juicios deónticos hablan de como las cosas deben ser; los juicios axiológicos simplemente resaltan el valor (o el desvalor) de tal o cual fenómeno, sin necesidad de intentar guiar nuestras acciones, los juicios deónticos persiguen guiar nuestras acciones. En otras palabras, alguien bien puede afirmar, por ejemplo, que mentir es algo malo (axio-

lógicamente hablando), sin pretender con ello afirmar mayor cosa al nivel deóntico, esto es, sin pretender decir que nunca debemos mentir.

Evidentemente, ha de haber alguna relación entre lo axiológico y lo deóntico: asumir que el hecho de que mentir sea malo no tenga repercusión alguna en lo que finalmente hacemos resulta difícil de aceptar. Si uno cree que mentir es malo, lo menos que ha de inferirse de esta posición es que uno tiene alguna razón, algún motivo, por el cual, en principio, uno debiera de abstenerse de mentir. Pero aceptar que las posiciones axiológicas han de tener repercusiones deónticas es muy diferente a asumir que el hecho de que algo sea bueno indica que debamos a toda costa tratar de hacerlo, o que el hecho de que algo sea malo indica que debamos a toda costa evitar hacerlo. Existen innumerables cosas que son buenas y que no debemos hacer, e innumerables cosas que son malas y que sí debemos hacer.

La diferencia fundamental entre las justificaciones consecuencialistas y las retribucionistas es axiológica [10]. Ambas familias de justificaciones entienden al sufrimiento como algo malo. Pero la posición axiológica que subyace a las justificaciones consecuencialistas es tan simplona que lleva a la conclusión de que no solo el sufrimiento es algo malo (axiológicamente hablando), sino que este hecho hace que infligir la pena sea algo que en, principio, no debemos hacer (un corolario evidente y problemáticamente deóntico). Para estas justificaciones, la pena misma es, en cierto sentido, algo que no debemos hacer.

Así las cosas, cabe preguntarse en qué exactamente habría de consistir la justificación consecuencialista del castigo, dado que esa perspectiva presupone que infligir la pena es algo que, en principio, no debe hacerse. La respuesta es forzosa: la pena sólo debe infligirse cuando las consecuencias de no hacerlo son aún peores, es exclusivamente en virtud de ello que la pena puede ser justificada. En este sentido, se evidencia como la justificación consecuencialista del castigo es sumamente limitada: el consecuencialista justifica la pena sólo en el sentido de que la *tolera*. El corolario obligatorio de esta posición es que, si se pudiesen evitar esas otras consecuencias que la pena busca evitar sin tener que infligir sufrimiento alguno, ello sería evidentemente optimo.

Todas las justificaciones consecuencialistas comparten un presupuesto axiológico fundamental: el sufrimiento es malo *invariablemente*. Sufrir es malo, malo, malo. Es por ello por lo que todas las justificaciones consecuencialistas se adhieren, desde el punto visto axiológico, a la famosa posición de Bentham: «la pena es en sí misma mala», y solo ha de admitirse en aquellos

[10] Zaibert, L., 2018, *passim.*

casos en los que «prometa excluir cosas aún peores» [11]. En pocas palabras, la pena es mala (pues produce sufrimiento), pero si ese sufrimiento contribuye, a la postre, a disminuir la cantidad de sufrimiento en el mundo, pues entonces la pena estaría *justificada*. En este sentido, todas las justificaciones consecuencialistas comparten la (rupestre) axiología de Bentham. Esto, y nada más, es lo que los consecuencialistas entienden por *justificar* la pena. Para el consecuencialista, justificar la pena es explicar porque puede en algunos casos ser *tolerada.*

Es por ello por lo que me ha resultado valioso resucitar un término que Leibniz utilizó –peyorativamente– para describir a las justificaciones consecuencialistas: las llamo *medicinales* [12]. La pena es como una medicina. Recientes aproximaciones a la justificación de la pena apelan al modelo medicinal abiertamente (Caruso, Pereboom, etc., incluso alguien tan brillante como Nicola Lacey le otorga una importancia enorme a este aspecto) [13]. Volvamos aquí al caso del consecuencialista que se encuentra en una situación en la cual fuese posible lograr los beneficios que la pena supone lograr, pero sin hacer sufrir a nadie, sería estúpido o perverso –para parafrasear a Bentham– insistir en causar el sufrimiento intrínseco a la pena. Sería como insistir en una vacuna que no se necesita. Tomamos medicinas, y aceptamos el dolor o los efectos no deseados que las mismas puedan suponer, sólo en cuanto las mismas son necesarias para evitar dolores mayores o efectos no deseados más graves. Es sensato *tolerar* las medicinas cuando, tras un análisis de costos y beneficios, concluimos que valen la pena (usando esta expresión casi literalmente). Y ese es el modelo al cual apelan los consecuencialistas para justificar la pena. Quizás el ejemplo más vívido es el constituido por la sugerencia de que si el ahorcamiento de un homicida pudiese generar temor en la población (y por tanto prevenir futuros homicidios, etc.), ello justificaría la pena de muerte. (Desde la perspectiva *benthamita* la tortura punitiva puede ser igualmente justificada, pero no discutiré ese asunto aquí.) Pero si pudiesen generarse esos útiles temores y esa prevención sin necesidad de realmente ahorcar a nadie –ahorcando, por ejemplo, meramente la efigie del homicida–, es evidentemente preferible ahorcar el maniquí. [14]

---

[11] Bentham, J., «An Introduction to the Principles of Morals and Legislation» en Bowring, J. (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*. Vol. 1, New York (Russell & Russell), 1962, p. 83.

[12] Zaibert, L., 2018, *passim*.

[13] Pereboom, D., *Living without Free Will*, Cambridge (Cambridge University Press), 2001; Caruso, G., *Rejecting Retributivism: Free Will, Punishment, and Criminal Justice*, Cambridge (Cambridge University Press), 2021.

[14] Bentham, J., «Principles of Penal Law», en Bowring, J. (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*. Vol. 1, London (Russell and Russell), 1962, p. 398.

Sólo el retribucionismo evita semejante conclusión, pues sólo el retribucionismo rechaza de manera tajante el modelo medicinal. Lo que los retribucionistas entienden por *justificar* la pena es completamente diferente a lo que por ello entienden los consecuencialistas: justificar la pena es explicar por qué lo que era en principio malo (el sufrimiento) puede convertirse en bueno (el sufrimiento merecido). Pero es menester explorar como es que los retribucionistas pueden hacer lo que los consecuencialistas no: ¿cómo es que solo ellos pueden lograr esa suerte de alquimia en la que el dolor pasa de ser malo a ser bueno?

La respuesta que he solido dar a esta pregunta es, nuevamente, un asunto enteramente axiológico, y gira en torno a dos sentidos importantemente diferentes en el que algo (en nuestro caso el sufrimiento, pero la distinción es perfectamente general) puede ser malo (o bueno): de manera invariable o solo en principio. Tomando prestada la famosa distinción entre presunciones *iuris tantum* (que admiten prueba en contrario) y presunciones *iuris et de iure* (que no admiten prueba en contrario), podríamos decir que para el consecuencialista la maldad del sufrimiento no admite prueba en contrario, mientras que para el retribucionista la maldad del sufrimiento sí admite prueba en contrario. En otras palabras, para el retribucionista el contexto es importante; aun cuando reconoce que el sufrimiento es *en principio* malo, en algunos contextos puede ser bueno. (Como explicare de seguida, algunas situaciones son mejores que otras por contener sufrimiento en ellas.) En contraste, para el consecuencialista la maldad del sufrimiento es invariable: ningún contexto puede alterarla. Como hemos visto, hay contextos en los que infligir determinado sufrimiento ayuda a evitar sufrimientos mayores, pero esto no cambia la valencia moral de ninguna instancia de sufrimiento, es simplemente un asunto de sumar y restar.

Quizás la manera más útil de explicar el carácter provisional de la maldad del sufrimiento es la desarrollada por G. E. Moore en su clásica obra *Principa Ethica* [15]. Desde el punto de vista de la historia de las ideas es algo curioso que sea precisamente un utilitarista quien haya presentado esta teoría, pero su utilitarismo –el utilitarismo *ideal*– es profundamente diferente al utilitarismo clásico que es el que subyace en todas las formas de consecuencialismo. La teoría de Moore concierne lo que el denominó los «todos orgánicos» o «unidades orgánicas». La característica fundamental de estas unidades orgánicas es que el valor (axiológico) no depende directamente del valor de las partes que las conforman. Un ejemplo inspirado en uno que el mismo Moore presentó es el

[15] Moore, G. E., *Principia Ethica*, Revised edition, Cambridge (Cambridge University Press), 1993; véase también, Dancy, J., *Ethics Without Principles*, Oxford (Clarendon Press), 2004.

siguiente. Imagínese una unidad orgánica (A) que contiene un homicidio, y digamos que este homicidio representa 100 unidades negativas de valor. Imagínese otra unidad orgánica que contiene este homicidio, y también contiene una golpiza, y digamos que la golpiza representa 20 unidades negativas de valor. A primera vista pareciese que el valor de neto de (A) es -100, y que el valor neto de (B) es -120. (Hasta ahora no hay nada particularmente «orgánico» en estas situaciones.) Pero imagínese ahora (C), que es idéntico a (B) excepto por el hecho de que la víctima de la golpiza es el homicida, quien la ha recibido como castigo por haber cometido un homicidio. El punto de Moore es que la unidad orgánica (C) es no solo menos mala que (B), sino incluso que (A), a pesar de que la única diferencia estipulada es que (C) contiene más sufrimiento que (A).

(C) es axiológicamente menos mala que (A) a pesar de contener más sufrimiento. La razón por la cual se da esta situación aparentemente paradójica es que el sufrimiento adicional contenido en (C) no es malo, o al menos es mejor que la impunidad contenida en (A). Es curioso que uno de los ejemplos centrales de Moore verse, como se evidencia, sobre un caso en el cual la valencia moral del sufrimiento –o, mejor dicho, la contribución de la maldad del sufrimiento al valor de la unidad orgánica a la que pertenece– varía en virtud de que este sufrimiento es merecido. Casi a regañadientes (dado que, al fin y al cabo, él también era un utilitarista, aun cuando su utilitarismo «ideal» es sumamente diferente del de Bentham), Moore concede que ejemplos como este pueden ser lo que los retribucionistas piensan le da fuerza a su posición. Pues sí, sí le da fuerza. El hecho de que el sufrimiento sea merecido le cambia su cariz axiológico de manera obvia. En el caso que nos ocupa –el de la respuesta que debemos dar a quien culpablemente causa un daño– es precisamente ese cambio de valencia moral del sufrimiento lo que hace que el castigo sea justificable.

Las implicaciones de la posición axiológica del retribucionismo son profundas. Por ejemplo, el retribucionista *puede* justificar el castigo aun en casos en los que estipulemos que no se obtiene ninguna otra consecuencia. Hace unos años discutí con un influyente filosofo contemporáneo, Victor Tadros, un ejemplo que él concibió.[16] Imagínese que Hitler ha terminado en una isla previamente desierta, de la que es imposible escapar, en la que no puede hacer más daño a nadie, y en la que hay comida suficiente para que viva, digamos,

[16] Tadros, V., «Responses», *Law and Philosophy,* núm. 32, 2013, pp. 241-325; Zaibert, L., «The Instruments of Abolition, or Why Retributivism Is the Only Real Justification of Punishment», *Law and Philosophy*, núm. 32, 2013, pp. 33-58

treinta años más. Tampoco podemos llegar a la isla y extraerlo a los fines de ponerlo a juicio, ni podemos comunicarnos con él en modo alguno. Lo único que tenemos es acceso a una super computadora y, si apretamos un botón de esta, la isla de Hitler tendrá mal clima, el tipo de clima que Hitler detesta. Al apretar el botón, nos aseguramos de que Hitler sufrirá más de lo que sufriría si no lo apretamos (aun cuando sufrirá mucho menos de lo que merece, pero estas son las pautas que nos da el ejemplo). Dadas estas circunstancias, Tadros no solo considera que lo correcto es no apretar el botón, sino que considera que apretar el botón (como yo haría) es barbárico, pues el sufrimiento que el clima le traería a Hitler es por definición inerte: Hitler no sabría que es un castigo, que el clima es una respuesta a sus crímenes; Hitler no va a aprender nada en virtud de este sufrimiento, ni se verá rehabilitado, ni tendrá menos razones para volver a cometer crímenes de dársele la oportunidad (negada en este escenario). Desde la perspectiva de Tadros –quien, en este respecto, y a pesar de sus protestas en sentido contrario, es totalmente consecuencialista– este sufrimiento climático es inefectivo y por tanto ha de evitarse.

Las cosas son diferentes para el retribucionista. La unidad orgánica que incluye a Hitler sufriendo es mucho menos mala que la unidad orgánica que aquella en la que disfruta de impunidad; un mundo en el que Hitler sufre es, *mutatis mutandis,* mejor que un mundo en el que no sufre. Esto es cierto aun si fuese cierto también que quizás la unidad orgánica en la que Hitler sufre no a raíz del mal tiempo, sino a raíz de comprender la magnitud de los crímenes que cometió, y que por tanto dedica su vida a tratar de condenar sus acciones pasadas, etc., sería aún menos mala. El punto clave es que el retribucionista puede darle valor positivo al sufrimiento merecido y el consecuencialista no puede hacerlo. La valencia del sufrimiento es inamovible para el consecuencialista, pero fluctuante para el retribucionista.

Este aspecto de la comparación entre la axiología subyacente al consecuencialismo y aquella subyacente al retribucionismo revela una diferencia profundísima. El consecuencialismo es esencialmente *monista:* solo una cosa tiene valor: la disminución del sufrimiento (o, lo que en nuestro contexto resulta ser lo mismo: el incremento del placer). Y es a este plan al que el consecuencialista dedica toda su energía. El retribucionismo, en notable contraste, puede, sin dificultad alguna, ser *pluralista:* el retribucionista puede reconocer que muchas cosas pueden tener valor. Aún en las versiones de retribucionismo en las que la importancia del valor del castigo merecido es sumamente mayor a la importancia del valor de otras consideraciones, alguna importancia se le reconoce a estas otras cosas. Es una caricatura –por demás grotesca– concebir al retribucionista contemporáneo como interesado *exclusivamente* en infligir

castigos merecidos. No hay duda, el retribucionista le de mucha importancia a esto, pero no es a lo único que le da importancia. El universo axiológico del retribucionismo es mucho más amplio y sofisticado que el del consecuencialismo.

Antes de entrar o considerar de lleno las razones por las cuales solo el retribucionismo es capaz de abrir el espacio teórico para el perdón, quisiera terminar esta sección discutiendo brevemente la razón por la cual las tan populares justificaciones mixtas –que buscan combinar los aspectos atractivos del retribucionismo con los aspectos atractivos del consecuencialismo– están condenadas al fracaso. La popularidad de estas aproximaciones me resulte enteramente comprensible; al fin y al cabo, es fácil ver los puntos atractivos tanto del retribucionismo como del consecuencialismo. Pero parte de lo que nuestra discusión hasta este punto ha demostrado es que la reconciliación entre ambos bandos es lógicamente imposible, pues involucraría nada menos que la aceptación de una contradicción: el retribucionismo se basa en la idea de que el sufrimiento merecido puede ser bueno en sí mismo (o agregar valor a la unidad orgánica en la que se encuentre, etc.), y el consecuencialismo tajantemente rechaza esta afirmación.

Es por ello por lo que el «pluralismo» que algunas posturas consecuencialistas o mixtas anuncian es o espurio, o mucho más limitado que el que el retribucionismo bien entendido permite o incluso invita. Una justificación de la pena que, por ejemplo, combine fines rehabilitadores con fines preventivos puede, de hecho, verse como pluralista. Incluso una justificación de la pena que combine fines consecuencialistas con fines «retribucionistas» (aun cuando limitando la preocupación retribucionista a no castigar a los inocentes, por ejemplo) puede también admitirse como pluralista. Pero esto solo en un sentido bastante humilde de «pluralismo» [17]. El pluralismo que aquí es sugerido se sigue de una comprensión cabal del retribucionismo, y ha de ser capaz de admitir no sólo que el sufrimiento merecido es intrínsicamente bueno, sino que hay casos en los que la decisión deliberada de no infligirlo –el perdón– es aún mejor.

V. EL PERDÓN COMO PARTE DEL DEBATE MÁS FUNDAMENTAL

Conceptualmente hablando, el debate que opone a retribucionistas y consecuencialistas es un debate acerca de *por qué* castigamos, estipulando (o al

[17] Zaibert, L., «Rethinking Mixed Justifications», en Altman, M. (Ed.), *The Palgrave Handbook on the Philosophy of Punishment*, Londres (Palgrave-Macmillan), 2022, pp. 221-241.

menos asumiendo, incluso de manera tácita) que debemos hacerlo. Por lo tanto, no es este el debate más fundamental que podamos tener sobre el tema. Más fundamental es el debate acerca de si debemos castigar o no. Más fundamental es, en otras palabras, comenzar por cuestionar la estipulación mencionada. Este otro debate opone la pena (o castigo) y el perdón. El punto no es solamente conceptual (aunque ya eso es bastante). Históricamente hablando podría decirse algo parecido: piénsese apenas en los esfuerzos de Seneca, o de San Anselmo [18]. La preocupación fundamental de estos pensadores antiguos giraba en torno a la justificación de la pena *en general,* es decir, en este sentido más fundamental: en el sentido en el que la pena se opone al perdón. En efecto, Seneca trata de explicar a Nerón por qué en algunos casos en los que el castigo se encontraría justificado es mejor perdonar. De nuevo, el punto aquí es que hay casos en que lo óptimo –tanto a nivel axiológico como deóntico– es perdonar *en vez de* castigar. No es necesario discutir aquí los argumentos de Seneca en este sentido [19]; es suficiente con enfatizar que, lejos de discutir el debate entre el retribucionismo y el consecuencialismo, lo que realmente le interesa a Seneca es si debemos castigar o no.

Nótese que este debate fundamental opone a la pena y al perdón –específicamente el perdón– no a la pena y la excusa, o la pena y la justificación, o la pena y las eximentes, etcétera. Si un imputado puede valerse de alguna de las defensas típicas contenidas en el Derecho penal y de esa manera evitar el castigo, esto no da lugar al tipo de debate que estamos considerando. No castigar a una persona porque nos damos cuenta de que actuó de manera justificada es evidentemente un caso en el que no estamos «perdonando» a esta persona. El perdón involucra dejar de hacer algo que, desde el punto de vista de la justicia, es lo que debemos hacer. Es precisamente por eso que Seneca (entre muchos otros) considera este debate no solo fundamental, sino terriblemente difícil.

La dificultad del debate es, quizás, aún más obvia en el caso de San Anselmo. Apartando los innegables aspectos teológicos contenidos en el *Proslogion*, San Anselmo plasma en este texto un problema perfectamente conceptual con perfecta vigencia contemporánea. ¿Cómo es posible que un Dios que es, por definición, suprema y perfectamente justo perdone *a quien merece ser castigado*? (La pregunta puede fácilmente hacerse sin invocar a Dios: ¿cómo es que alguien justo puede perdonar *a quien merece ser castigado*?) El hecho

[18] Seneca, «On Mercy», en Cooper, J. M. / Procope, J. F. (Eds.), *Seneca Moral and Political Essays*, Cambridge (Cambridge University Press), 1995, pp. 128-164; San Anselmo, «Proslogion», en Hartsthone, C. (ed.), *Basic Writings*, Chicago (Open Court), 1962, pp. 1-34.

[19] Zaibert, L., «Mercy», en Ryberg, J. (ed.), *The Oxford Handbook on the Philosophy of Punishment*, Oxford (Oxford University Press), 2024, pp. 423-440.

de que alguien merezca ser castigado sugiere –si es que no *obliga*– a que, en justicia, sea en efecto castigado. ¿Por qué, entonces, perdonarlo? En otras palabras, el problema que tan agudamente San Anselmo observa es la tensión entre la justicia y la misericordia divinas: en tanto y en cuanto Dios es *justo*, no parece posible que pueda perdonar. Y, sin embargo, no sólo Dios perdona, sino que al menos algunos casos de perdón (divino o humano) nos resultan profundamente admirables [20]. De hecho, esta tensión es importantemente diferente de la «tensión» entre el retribucionismo y el consecuencialismo: no hay duda de que ese debate tradicional es sumamente difícil, y que la oposición entre estas dos tradiciones es sumamente difícil de superar, pero la tensión entre el castigo y el perdón dan lugar a una verdadera *paradoja* [21].

Un famoso pensador contemporáneo (con cuyo estilo tiendo a no comulgar) mencionado anteriormente captura la inmensa dificultad teórica a la que ineludiblemente nos enfrentamos cuando intentamos descubrir los contornos conceptuales del perdón y su relación con la justicia. Jacques Derrida opina que para comprender cómo

> «el concepto mismo del perdón, la lógica y el sentido común están de acuerdo al fin con la paradoja, es necesario […] partir del hecho de que sí existe lo imperdonable. ¿No es esto, en verdad, lo único que puede perdonarse? ¿No es esto lo único que permite o invita al perdón? [...] Uno no puede, o no debe, perdonar; el perdón solo existe, si es que en efecto existe, allí donde existe lo imperdonable. Lo cual significa que el perdón debe anunciarse a sí mismo como una imposibilidad en sí misma. Sólo es posible haciendo lo imposible» [22]. Es por ello por lo que no debe sorprender que Derrida concluye con el tipo de pronunciamiento grandilocuente que le caracteriza: «el perdón es por lo tanto algo demencial. Debe zambullirse, acaso lucidamente, en la noche de lo ininteligible» [23].

Es de presumir que lo que Derrida quisiera decir cuando sugiere que lo único que puede perdonarse es lo imperdonable es que sólo aquello que desde un punto de vista estrictamente ceñido a la justicia debe *castigarse* (y por ende no perdonarse) puede ser candidato a ser perdonado. Este es el punto que hemos enfatizado en los párrafos anteriores y que tanto preocupó a Seneca y a San Anselmo (entre muchos otros). Es decir, solo es *posible* perdonar lo que, de entrada al menos, no *debiéramos* perdonar. En otras palabras, Derrida evita

---

[20] Al igual que en el caso del castigo, casos específicos de perdón son a veces justificados y a veces injustificados.

[21] Zaibert, L., «The Paradox of Forgiveness», *Journal of Moral Philosophy,* núm. 6, 2009, pp. 365-393.

[22] Derrida, J., *On Cosmopolitanism and Forgiveness*, Londres (Routledge), 2001, pp. 32-33.

[23] *Ibid.,* p. 49.

aquí (de maneras que no ayudan ni a la cabal comprensión de su posición ni a la del perdón en general) distinguir entre dos sentidos importantemente diferentes del término «imperdonable». El término tiene una acepción esencialmente descriptiva: hay casos en los que alguien simplemente no *puede* (estrictamente hablando) perdonar (quizás por razones puramente psicológicas o emocionales, aunque no nos compete aquí analizar dichas razones), y hay otros casos en los que alguien, en un sentido esencialmente normativo, no *debe* perdonar, pues perdonar en esos casos constituiría una afronta demasiado importante a la justicia. So pena de enfrascarnos en una discusión estéril, la discusión sería que lo imperdonable en el sentido normativo presupone que de lo que hablamos es de algo que no es realmente imperdonable en el sentido descriptivo.

A pesar de verse frecuentemente supeditada a establecer puntos relativos a la teología cristiana, y a pesar de que con lamentable frecuencia presenta «soluciones» francamente deficientes a preguntas difíciles e interesantes, la posición de San Anselmo con respecto a este asunto es altamente ilustrativa. La estrategia central de San Anselmo a los fines de explicar cómo es que un Dios perfecta e infinitamente justo puede perdonar a quien merece ser castigado es enfatizar cómo Dios no es solo perfecta e infinitamente *justo*, sino también perfecta e infinitamente *bueno*. Es la bondad de Dios lo que le permite moverse fuera del ámbito de su justicia. Ahora bien, la explicación de San Anselmo acerca de cómo exactamente ello ocurre es fundamentalmente una deprimente apelación a un argumento del tipo *deus ex machina*, con la usual coletilla de que Dios es tan perfecto y sabio que los meros mortales no pueden entender cómo exactamente es que la bondad (o misericordia) de Dios puede coexistir con su justicia. Debe reconocerse que San Anselmo no teme a las preguntas difíciles (a pesar de claudicar a la hora de tratar de responderlas racionalmente sin apelar a lo inescrutable de las razones divinas, etcétera). Pues no sólo se pregunta acerca de cómo un Dios asumido como perfecta e infinitamente justo puede perdonar, sino la también sumamente mordiente pregunta de cómo ese mismo Dios puede perdonar a unos y no a otros. Es decir, San Anselmo intenta abordar el peliagudo problema que asiste a las manifestaciones de misericordia: que lucen esencialmente *arbitrarias.*

Pero el punto más rescatable desde una perspectiva secular es que San Anselmo al menos coquetea con el tipo de pluralismo que, anteriormente he sostenido, sólo es posible dentro de una perspectiva retribucionista. Pues reconoce que una cosa es la justicia y otra es la bondad (o misericordia). Y admite –al menos de entrada, pues, como acabo de apuntar, al final sucumbe a las presiones de su fe– que estas son dos escalas diferentes, dos sistemas de valo-

res diferentes. Lo que San Anselmo admite es que Dios –a su saber y entender (que va más allá de nuestra capacidad de comprender, etc.) – puede entender cómo es que existen casos en los que los «requerimientos» de la misericordia son más importantes que los requisitos de la justicia. Y esto es exactamente lo que el monismo axiológico del consecuencialismo no puede aceptar.

Dado que para el consecuencialismo lo justo es simplemente aquello que maximiza el placer (o que disminuye el sufrimiento: de nuevo, ambos propósitos son, dados los propósitos en esta contribución, equivalentes), ese es el único valor que existe en el universo moral del consecuencialista. En ese universo, la pena es justificada cuando supone reducir el sufrimiento en el mundo; como hemos visto, a pesar de que la pena en sí misma conlleva cierto sufrimiento, al infligirla se logra (o se busca lograr) una disminución de más sufrimiento a la larga (vía la disminución de la tasa de criminalidad, por ejemplo). Pero esa justificación es al mismo tiempo generadora de una obligación. Es decir, no castigar a quien desde la perspectiva consecuencialista debemos castigar es una falta moral: pues la única obligación moral es, al fin de cuentas, la disminución del sufrimiento, y decir que estamos justificados a la hora de castigar a alguien es decir que esa es la manera más efectiva de disminuir sufrimiento en el mundo.

El retribucionista, en tanto y en cuanto presupone un universo axiológico pluralista y por ende mucho más complejo que el del consecuencialista, es perfectamente capaz de reconocer que, así como pueden existir unidades orgánicas que tiene mayor valor al contener sufrimiento (o ciertas formas de sufrimiento, etc.), también unidades orgánicas que tienen mayor valor cuando el sufrimiento merecido no es infligido. Esto en lo absoluto sugiere que la explicación de cómo esto es posible sea sencilla: no lo es. Pero el retribucionista puede admitir esta posibilidad teórica, y el consecuencialista no.

Otro manera de ver por qué el consecuencialista no tiene espacio teórico para el perdón se deriva de otra (relacionada) posición del universo axiológico consecuencialista. El consecuencialista no tiene espacio para la idea del mérito: el concepto es esencialmente espurio. Decir que alguien merece –realmente merece– esto o aquello es un sinsentido. El punto del consecuencialista no es que es muy difícil establecer exactamente qué es lo que ciertos actos merecen, o que es muy difícil determinar estas cosas de maneras objetivas o al menos fiables. El punto es mucho más radical: decir que alguien merece algo es realmente un sinsentido. Lo único que podría significar es que decir que alguien merece algo es *decir* que eso puede ser útil a los efectos de disminuir el sufrimiento en el mundo; en esos casos el consecuencialista en efecto *diría* que alguien merece algo, pero a sabiendas de que es solo una manera de redu-

cir sufrimiento y no una manera de expresar una realidad moral con existencia o significación propia. Hablar de merecimiento, en el mejor de los casos, no es más que jugar al juego de mentiras piadosas.

La incompatibilidad entre el perdón y la estructura axiológica del consecuencialismo resulta particularmente prominente si le prestamos atención a una posición aledaña al consecuencialismo que aunque en algunos aspectos quizás algo diferente, comparte plenamente la estructura axiológica del mismo: las aproximaciones que equiparan al castigo (y al sistema de justicia criminal) con el tratamiento médico [24]. De acuerdo a estas posiciones, el sistema de justicia criminal ha de modelarse con base en el sistema de salud pública. Así como, de acuerdo con dictámenes médicos, hay ocasiones en las que se impone una medicina o un tratamiento doloroso y lo que justifica dicha imposición es que la misma reduce (o busca reducir, etc.) un sufrimiento mayor a la postre. Es más, desde esta perspectiva, la pena de prisión debe ser modelada con base en las cuarentenas medicas: así como, por ejemplo, alguien que sufra de una enfermedad altamente contagiosa debe ser aislado para evitar la propagación de la misma (y el consiguiente sufrimiento que dicha propagación ocasionaría), alguien que constituya un peligro para la comunidad (dada sus tendencias criminales o violentas) deber ser aislado (en una prisión, por ejemplo).

La miopía –por no decir la ceguera– de este tipo de aproximación me resulta obvia. Había sido divisada ya por Leibnitz, quien se refirió a las justificaciones consecuencialistas llamándolas «medicinales» –utilizando este término de manera despectiva–. Ver al criminal como si fuera un enfermo podrá parecerles a los proponentes de estas posiciones como algo humanitario, pero es en realidad no apreciar la inmensa diferencia entre ambos casos. En el caso de tratamientos médicos la idea de justicia parece fuera de lugar. Uno podría quizás exclamar ¡no es justo! ante la necesidad de someterse a cierto tratamiento médico necesario pero doloroso, pero sólo en el sentido de que uno cree que la vida misma no es justa en el sentido de que uno haya contraído la enfermedad que requiere de este tratamiento, y nunca (so pena de incoherencia) para referirse al tratamiento en sí. El tratamiento en sí es adecuado o no, efectivo o no, pero no es «justo o no». En obvio contraste, algunos castigos son –en sí mismos– injustos, y otros justos.

Supongo, o al menos espero, que a estas alturas de nuestra discusión resulte obvio también la imposibilidad de aceptar al perdón dado ese primitivo y desolado universo axiológico del consecuencialista. Desde esa perspec-

[24] Estas posiciones no son particularmente novedosas, a pesar de la promoción que de ellas hacen algunos de sus proponentes, citados anteriormente (Pereboom, Caruso).

tiva, «perdonar» a alguien supone mala praxis, mala praxis *medica* en el caso de los sistemas explícitamente medicinales [25]. «Perdonar» a alguien supone no tratarlo de la manera en que debe ser tratado, punto y final. Equivale a no curar a una persona a quien podemos curar. La idea mera de que podría existir un caso en el que no se castigue a quien (desde la perspectiva consecuencialista) debe ser castigado es el más grande de los contrasentidos, o al menos de los despropósitos.

La tendencia de ver no solo a estas aproximaciones medicinales a la justificación de la pena, sino a las aproximaciones consecuencialistas en general (y en su inmensa variedad), como particularmente humanitarias o progresivas o bien intencionadas no es difícil de comprender. Al fin y al cabo, estas aproximaciones están comprometidas con la disminución del sufrimiento en el mundo. Pero la tendencia es en cierto sentido miope, al menos en el sentido que desde estas perspectivas es imposible aceptar el perdón.

El retribucionismo, en contraste, tiende a ser visto como una posición anacrónica y cruel. Pero lo que he sugerido aquí es que, aunque resulte paradójico o quizás inverosímil, sólo el retribucionista puede perdonar. No debería entonces sorprender, que a pesar de nunca usar los términos «retribucionismo» o «consecuencialismo», luminarias como Seneca o San Anselmo evidentemente asumían –correctamente– que el perdón *requiere,* desde un punto de vista puramente conceptual, que uno crea que el potencial beneficiario de dicho perdón *merece* (en un sentido mínimamente robusto del término) ser castigado. Es precisamente ese castigo considerado merecido el que, quien perdona, decide no infligir.

[25] Zaibert, L., «Embracing Retributivism», en *The Philosopher,* 2021. Disponible en línea en <https://www.thephilosopher1923.org/post/embracing-retributivism>.

CAPÍTULO II. DE NUEVO LA DISCUSIÓN EN TORNO A LA PRISIÓN PERPETUA IRREDIMIBLE

PATRICIA S. ZIFFER *

SUMARIO: I. Introducción: la vigencia del tema. II. Las particularidades del «caso argentino». III. Las objeciones «tradicionales» en contra de la prisión perpetua: la dignidad del hombre. IV. La regla jurisprudencial de «la prisión perpetua, para ser legítima, no puede ser perpetua»: el fallo del Tribunal Constitucional alemán. V. Algunos estándares internacionales que aparecen en el debate. 5.1 Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago: el límite a las penas absolutas. 5.2 Kafkaris c. Chipre: el mandato de certeza en la fase ejecutiva de la pena. 5.3 Vinter y otros c. Reino Unido: el «derecho a la esperanza». 5.4 Murray c. Países Bajos: los deberes «activos» del Estado en la resocialización. VI. Los compromisos jurisdiccionales con la «política criminal». VII. ¿El Estatuto de Roma como parámetro? VIII. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN: LA VIGENCIA DEL TEMA

En un primer acercamiento al título de esta ponencia, y más allá de las discusiones «atemporales» acerca de las teorías de la pena, podría ponerse en duda el sentido «práctico» de revisar el tema propuesto. Pues, en definitiva, tanto en los estándares constitucionales latinoamericanos y europeos, como así también en los de la jurisprudencia de los derechos humanos, parece ser casi un lugar común la noción según la cual «la privación de libertad de por vida, en principio, es legítima, en la medida en que se asegure al condenado una posibilidad cierta y previsible de recuperación de la libertad».

* Profesora adjunta regular, Universidad de Buenos Aires.

Sin embargo, ya la sola enumeración de los numerosos pronunciamientos sobre este tema, tanto del TEDH como así también de diversos tribunales constitucionales, deja entrever que las regulaciones sobre las facultades del Estado de disponer el encierro de por vida de un condenado siguen siendo un problema nada sencillo de resolver, ni para el legislador ni para los tribunales que deben revisar la adecuación constitucional de esas reglas.

Así, en un fallo relativamente reciente, la mayoría del Tribunal Constitucional español se pronunció en favor de la constitucionalidad de la llamada «prisión permanente revisable» (STC 169/2021, de 6 de octubre). En Argentina, poco antes, la Corte de la Provincia de Mendoza, luego de escuchar la opinión de diferentes sectores de la sociedad en audiencia pública, confirmó, por unanimidad, la constitucionalidad del régimen legal de prisión perpetua, con argumentos muy similares [1].

En ambas sentencias, el punto central en discusión se refirió a la relación existente entre las garantías democráticas básicas y la posibilidad de imponer –como máxima reacción penal estatal– una privación de libertad que, bajo ciertas condiciones, puede llegar a traducirse en el encierro del condenado a perpetuidad.

II. LAS PARTICULARIDADES DEL «CASO ARGENTINO»

La discusión argentina en materia de prisión perpetua tiene particularidades que la vuelven un caso que podría ser calificado de excéntrico. Entre otros «lugares comunes», en la Argentina se repite una y otra vez –casi con independencia de las significativas reformas legislativas que ha sufrido el régimen de ejecución de la prisión perpetua– la aseveración «en Argentina no existe la prisión «materialmente» perpetua». Esta afirmación se escucha no solo en los claustros universitarios, en general, más bien, como *«wishful thinking»;* también se repite en los medios masivos de comunicación –generalmente, como crítica al legislador, o bien, directamente como causa de la «inseguridad»–.

Sin embargo, la aseveración corriente, según la cual «en Argentina existe la pena de prisión perpetua, pero con la posibilidad de recuperar la libertad luego de cumplir ciertos años de condena» no solamente es extremadamente imprecisa. Además, ella pierde de vista, particularmente en el debate público, el carácter excepcionalísimo de la posibilidad real de recupero de la libertad para la gran mayoría de los supuestos, que deja de lado principios humanistas

[1] Cf. sentencia «Ibáñez Benavídez, Yamila y otros/homicidio calificado», reg. CUIJ 13-05365349-3/1, resuelta el 30 de diciembre de 2020.

básicos en materia de sanciones, respecto de los cuales existe un considerable consenso internacional.

A ello se agrega, ya en el marco de la discusión académica, lo escasamente difundida que se encuentra la noción de que, la afirmación relativa a que en nuestro ordenamiento penal no existen condenados que tengan definitivamente obturada la posibilidad de recuperar la libertad, no surgía ya (ni surge) del texto legal expreso [2]. Así, el art. 13 del Código Penal argentino (en adelante, CPArg), en su formulación originaria, permitía a los condenados a prisión perpetua acceder a la libertad condicional a los veinte años, quedando extinguida la pena luego de cinco años de cumplimiento de las condiciones. Pero esta posibilidad le estaba categóricamente vedada tanto a los reincidentes (art. 14 CPArg) [3] como a aquellos a quienes la libertad condicional les hubiera sido revocada (art. 17 CPArg). Posteriormente, con la reforma de 1944 [4], se introdujo la posibilidad de que quienes hubieran sido declarados multirreincidentes (art. 52 CPArg) pudieran hacer cesar la «medida» mediante un sistema de libertad condicional más gravoso (art. 53 CPArg). Una regla que fue vista, en parte, como una relativización de la prohibición de libertad condicional para el reincidente simple. No obstante, lo cierto es que el art. 53 CPArg no preveía ni la situación de los multirreincidentes con una condena a prisión perpetua ni qué sucedía con los condenados por los homicidios del art. 80 CPArg a quienes les hubiera sido impuesta, además, la accesoria del art. 52 CPArg.

Sobre la base de este esquema normativo, se construyeron una serie de interpretaciones *pro persona* mediante las cuales se intentaba dejar de lado el texto legal y prescindir del claro carácter eliminatorio que la medida tenía en los supuestos de condenados a perpetuidad [5]. Así, admitida alguna de estas interpretaciones, a primera vista, parecía quedar cumplida la exigencia según la cual «la prisión perpetua no puede ser irredimible». Sin embargo, a pesar de ello, de todos modos, subsistían grupos de condenados para quienes la libertad habría quedado definitivamente vedada: aquellos condenados a perpetua a quienes la libertad condicional les hubiera sido revocada, sea por aplicación simple del art. 17 CPArg, o bien, aún más claramente, los liberados bajo el régimen del art. 53 CPArg que hubieran cometido un nuevo delito [6].

---

[2] Para un panorama amplio de las posibilidades (y dificultades) de interpretaciones *in bonam partem, vid.* Zaffaroni, E., *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires (Ediar), 1983, t. V, pp. 206 y ss.

[3] Soler, S., *Derecho penal argentino*, 3.ª edición, Buenos Aires (Tea), 1963, t. II, p. 437.

[4] Decreto-Ley 20.942/44.

[5] Ver la discusión en Zaffaroni, E., 1983, pp. 202 y ss., y Alderete Lobo, R., *La libertad condicional en el Código Penal argentino*, Buenos Aires (Lexisnexis), 2007, pp. 360 y ss.

[6] Esta última norma expresamente excluye este supuesto de la posibilidad de volver a solicitar la libertad, *vid.* art. 53 *in fine:* «Después de transcurridos cinco años de su reintegro al régimen carcelario

Por cierto, la ilegitimidad de la perpetuidad material de estos supuestos podía considerarse de algún modo neutralizada a partir de las morigeraciones de la ley de ejecución penitenciaria (ley 24.660). Pues, en la medida en que existieran otras vías –si bien más gravosas que la libertad condicional– para que el condenado lograra la recuperación definitiva de la libertad [7], las objeciones podrían quedar desactivadas.

Pero uno de los problemas de esta interpretación es que tanto en su redacción originaria como, actualmente, los avances en el régimen progresivo de la ejecución de las penas privativas de la libertad requieren de la fijación de una fecha de agotamiento o vencimiento de la pena. Un punto respecto del cual, en el caso de las penas de prisión perpetua, no existe una interpretación medianamente uniforme y previsible, con la consiguiente lesión del mandato de certeza.

Este problema se fue agravando con las reformas legislativas que hicieron que ya ni siquiera fuera posible una invocación cierta de «el máximum legal de la pena de que se trate» del art. 55 CPArg [8]. La situación se volvió aún más confusa a partir de las leyes 25.892 (35 años de cumplimiento mínimo para la obtención de la libertad condicional en penas de prisión perpetuas), 25.928 (máximo de la pena del concurso real fijado en 50 años) y 27.375 (eliminación de salidas transitorias y libertad condicional para condenados a prisión perpetua). A partir de estas disposiciones legales, la discusión sobre la legitimidad de la prisión perpetua fue tomando un cariz totalmente diferente, particularmente si se la mira a partir de los estándares internacionales, por un lado, y de las inconsecuencias de Derecho interno derivadas de la incompatibilidad de estas leyes con la 26.200 que implementa el Estatuto de la Corte Penal Internacional («Estatuto de Roma»).

III. LAS OBJECIONES «TRADICIONALES» EN CONTRA DE LA PRISIÓN PERPETUA: LA DIGNIDAD DEL HOMBRE

Ahora bien, frente a las diferentes evoluciones legislativas que tienden al retorno de la prisión de por vida, con diferentes ropajes, parece oportuno revisar las objeciones «tradicionales» a una pena de estas características. Ya de antemano, una pena que se autodefine como «perpetua» queda casi automáti-

podrá en los casos de los incisos 1, 2, 3 y 5 del artículo 13, solicitar nuevamente su libertad condicional». Como se ve, el inciso 4 del art. 13, que prevé la condición «no cometer nuevos delitos», queda excluido.

[7] Ej. el régimen de libertad asistida del art. 54, ley 24.660, redacción originaria.

[8] Una regla comúnmente aceptada para deducir cuál era el tope máximo de tiempo a ser cumplido en prisión, y trasladada de penas temporales a perpetuas sin mayores reflexiones.

camente expuesta a ser descalificada constitucionalmente desde la perspectiva de la prohibición de penas «eliminatorias», en términos análogos a los que entran en el debate en torno de la pena de muerte.

Aun cuando no sea posible alcanzar una definición de validez general para el concepto de «dignidad del hombre», en todo caso, de él se deriva la igualdad jurídica básica de todas las personas, lo cual prohíbe toda clase de discriminación o humillación sistemática e impone la preservación del carácter de sujeto, reflejada, en particular, en la protección de la identidad e integridad física y espiritual. En este sentido, se ha entendido que la noción tiene relación con la calidad de sujeto autorresponsable y que sería contrario a dicho principio que el Estado se atribuyera la facultad de quitarle coactivamente al hombre su libertad sin dejarle abierta al menos alguna posibilidad de recuperarla [9].

Desde este punto de vista, las penas eliminatorias son aquellas que se definen por la decisión de separar a un individuo de sus pares, sea físicamente (pena de muerte), sea simbólicamente (prisión perpetua). Pues lo que se cuestiona en este punto es ya la eliminación misma del afectado en forma definitiva de la sociedad [10].

En este sentido, y con prescindencia de si ello es visto como derivado de la dignidad del hombre, o bien, como un principio autónomo, existe un reconocimiento internacional amplio de la necesidad de que las penas privativas de la libertad se orienten básicamente a la rehabilitación social del condenado [11]. Al mismo tiempo, las reglas que imponen como finalidad primordial de las penas de privación de libertad la reinserción social del condenado son invocadas como argumento en contra de las «penas eliminatorias».

Desde otra perspectiva, el principio de culpabilidad, en el sentido de la responsabilidad del autor por sus propios actos, suele ser considerado el fundamento de legitimación de las penas, en tanto dicha responsabilidad es la que permite descartar la objeción relativa a la «instrumentalización» del sujeto para el logro de los fines preventivos de la sociedad. En esta dirección, se ha dicho que el principio de culpabilidad exige que se le reconozca al autor la libertad de decidirse en favor del derecho no sólo antes del hecho, sino también después de él. Una pena que no es otra cosa que un puro mal que se le inflige al condenado no lo respeta como persona y resultaría contraria a la dignidad del hombre. Como consecuencia, una pena vinculada a la capacidad de culpabilidad también debe estar orientada a la libertad de modificar su conducta futura [12].

---

[9] Müller-Dietz, H., *Menschenwürde und Strafvollzug*, Berlin (De Gruyter), 1994, p. 20.
[10] Ziffer, P., *Medidas de seguridad*, Buenos Aires (Hammurabi), 2008, pp. 354 y ss.
[11] Así, el art. 5.6 CADH.
[12] Röhl, K. F., *Über die lebenslange Freiheitsstrafe*, Berlin (Duncker & Humblot), 1969, p. 167.

En esta línea de razonamiento, el propio principio de culpabilidad es el que exigiría reconocer como posible una transformación interna, que no se dé por descontada la imposibilidad de corrección, lo cual significa que las penas que presuponen una eliminación definitiva del condenado de la comunidad jurídica no serían compatibles con el principio de culpabilidad [13], así como tampoco la idea del «delincuente incorregible». De todos modos, siguiendo esta misma línea de razonamiento, también se ha afirmado que la sola necesidad de admitir la posibilidad de que el autor, de ahora en más, se decida en favor del derecho, no le impone al legislador una prohibición absoluta de imponer la pena de prisión perpetua, en tanto el principio de culpabilidad sólo incorpora como presupuesto que esto es posible, pero no que ello necesariamente haya de suceder. En todo caso, la gravedad del hecho podría ser valorada como un indicio de que ello no habrá de suceder, pero para el supuesto de que sí ocurra, siempre debería quedar abierta la puerta de la recuperación de la libertad [14]. Se trata, en síntesis, de la fundamentación de la posición que admite la prisión perpetua bajo la condición de que exista un sistema que abra alguna posibilidad de liberación durante la ejecución.

Desde un punto de vista opuesto, se ha intentado justificar la prisión perpetua a partir de la idea de que existen culpabilidades tan graves que excluyen al autor de la comunidad, que destruyen la base jurídica sobre la que se apoya la vida en común. Se trata, en todo caso, de hechos respecto de los cuales sería necesaria una exclusión definitiva de su autor. Sin embargo, a partir del presupuesto de que existen hechos sumamente graves que exigen una pena drástica, no se deriva necesariamente que esa pena deba consistir en la eliminación definitiva del sujeto, sea bajo la forma de pena de muerte o de prisión perpetua.

Desde una perspectiva similar, se podría pensar que incluso una prisión perpetua, que no previera forma alguna de liberación, de todos modos, respetaría la dignidad del hombre, en la medida en que dicha pena no lo priva en una forma total y absoluta del derecho a la libertad como derecho constitucional inalienable, pues, intramuros, el prisionero continuaría conservando alguna forma de libertad. Sin embargo, la libertad no se define por conservar una «cierta» libertad de movimientos. El sentido del encierro actual no es el de afectar el cuerpo, sino las necesidades sociales y psíquicas del castigado [15]. El prisionero no ve sólo «restringida» o afectada su libertad, sino que

[13] Röhl, K. F., 1969, pp. 167 y ss.

[14] Röhl, K. F., 1969, p. 170.

[15] «Los muros que lo separan de la libertad le recuerdan diariamente que él es visto como una persona de segunda clase, que debe ser mantenida lejos de la gente decente», Röhl, K. F., 1969, p. 95.

está privado de ella. Así, él se encuentra permanentemente sometido a vigilancia, ve fuertemente afectada su intimidad, el desarrollo de su día está sujeto a reglamentaciones, no puede decidir cuándo duerme, o cuándo y qué come, y fundamentalmente, no puede tener contacto con su grupo social: está aislado de la sociedad. Se trata de condiciones vitales absolutamente artificiales, que nada tienen que ver con el concepto de «libertad». Quien esté a favor de una prisión perpetua sin posibilidad de recuperar la libertad debe asumir las consecuencias de esta posición: la persona es anulada como tal, en un sentido menos físico que en la pena de muerte, pero con efectos similares: anulación completa de los elementos decisivos que definen a la persona. En esta anulación, a su vez, el castigar quitando toda esperanza, negando todo futuro en un presente carente de todo sentido, cumple una función decisiva [16].

El paralelo de la prisión perpetua con la pena de muerte suele resultarle antipático a quienes se pronuncian por el mantenimiento de la prisión perpetua, y desde alguna perspectiva, la argumentación puede ser vista como un mero «golpe de efecto». Por cierto, toda derogación de la pena de muerte puede ser vista como un avance considerable en la cultura jurídica, y ello por diferentes razones, pero, básicamente, porque la crueldad del acto de destrucción física de un ser humano es insuperable. Sin embargo, desde el punto de vista político-criminal, su reemplazo por la prisión perpetua sólo significa la sustitución de una forma de eliminación por otra [17].

Ya con otros enfoques, también se le han formulado a la prisión perpetua –entre otras– las siguientes críticas:

a. La prisión perpetua no respeta el principio de «progresividad» de la ejecución penitenciaria: si bien se podría pensar que la invocación del principio de progresividad no sería otra cosa que la pretensión de «constitucionalizar» una regla de jerarquía «meramente» legal, reconocida, en todo caso, por la ley 24.660, de este modo se estaría perdiendo de vista que las morigeraciones de la privación de libertad constituyen una pieza esencial para las posibilidades de reinserción social. De allí que se alegue como contrario al mandato de «reinserción social» el restringir sustancialmente las posibilidades de recuperación progresiva de la libertad, en la medida en que con ello

[16] Similar, Röhl, K. F., 1969, p. 116.

[17] Así también Röhl, K. F., 1969, p. 151. Por cierto, se trata aquí de una equiparación teórica, a partir de un criterio funcional. Las diferencias prácticas entre una pena y otra no necesitan mayor aclaración.

se sacrifica desproporcionadamente el principio resocializador en favor de la inocuización de los condenados, bajo el manto de la «gravedad del hecho» [18].

b. La prisión perpetua es una pena «corporal», pues, a partir de cierto momento, provoca daños psíquicos irreversibles [19] –deterioro cognitivo y de habilidades sociales–, a los cuales se le suman los daños físicos por la inactividad de los internos y por las dificultades para el acceso a la atención médica, características de la situación de encierro institucional.

c. Sostener que la prisión perpetua es legítima en la medida en que permita obtener la libertad es un argumento circular: la posibilidad de perpetuidad es ilegal *per se* [20].

d. La prisión perpetua viola el mandato de certeza: la posibilidad de recuperación de la libertad necesariamente está sujeta a criterios vagos (¿qué se entiende por «reinserción»?) y a pronósticos imposibles de ser controlados en su formulación [21].

e. La prisión perpetua viola el principio de razonabilidad del actuar estatal: se sujeta la posibilidad de libertad a una condición –la «reinserción social»– que el propio Estado hace imposible a través del cumplimiento mismo de la pena –dado el comprobado efecto desocializante de las privaciones de libertad prolongadas– [22]).

La prisión perpetua vulnera el principio de proporcionalidad en sentido genérico: se la regula invocando razones de «necesidad» político-criminales sin aportar datos empíricos que justifiquen la indispensabilidad de la sanción, sin que sea evidente la adecuación del medio al fin perseguido y, por las drásticas características de la pena, prescindiendo de la «prohibición de exceso».

---

[18] *Vid.* las referencias a la jurisprudencia española en Lascuraín Sánchez, J. A. / Pérez Manzano, M., *et al.,* «Dictamen sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable», en Arroyo Zapatero *et al.* (eds.), *Contra la cadena perpetua,* Cuenca (Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha), 2016.

[19] En general, este período es fijado internacionalmente en veinte años (*vid.* informes del Comité de Prevención de la Tortura del Consejo de Europa). Teniendo en cuenta el plazo establecido en el Estatuto de Roma, en la sentencia del caso Vinter el TEDH estableció que la primera revisión no podría producirse más allá de los 25 años.

[20] Señala Lascuraín Sánchez: «¿qué diríamos si amenazáramos con pena de muerte al condenado que no se resocializara?», en Lascuraín Sánchez, J.A., «Pena indigna y arbitraria», *El Mundo,* 1 de abril de 2015.

[21] Las exigencias del art. 13 CPArg, en este sentido, son particularmente gráficas, al exigir un «informe de peritos» (no se define de qué especialidad) que pronostiquen «en forma individualizada y favorable su reinserción social».

[22] Lo dicen muy claro Lascuraín Sánchez *et al.* en sus críticas a la prisión permanente revisable española: «¿Cómo puede establecerse como condición para la libertad que se hayan mantenido vínculos sociales y familiares a quien se ha mantenido veinticinco años de su vida privado de su libertad, apartado de familia y amigos y sometido a una inevitable desocialización?» (Lascuraín Sánchez, J.A. / Pérez Manzano M., *et al.,* (2016), p. 72).

IV. LA REGLA JURISPRUDENCIAL DE «LA PRISIÓN PERPETUA, PARA SER LEGÍTIMA, NO PUEDE SER PERPETUA»: EL FALLO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN

Tanto en la discusión argentina [23] como en la europea [24], la decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán del 21 de junio de 1977 [25] tuvo –y sigue teniendo– un peso decisivo. En el caso, frente a un planteo de inconstitucionalidad de la prisión perpetua, prevista para el delito de asesinato (§211 StGB), el Tribunal referido estableció cuáles son las condiciones bajo las cuales la prisión perpetua podía ser considerada compatible con la Ley Fundamental alemana. Según se recuerda en la decisión referida, la pena de prisión perpetua, interpretada en el sentido estricto del texto legal, representa la definitiva exclusión del autor de la sociedad de hombres libres, y su ejecución, por lo demás, no sólo afecta el derecho a la libertad, sino que se ven alcanzados numerosos otros derechos garantizados constitucionalmente.

Sin embargo, en contra de lo alegado por los apelantes, el Tribunal entendió que, en el estado actual del conocimiento, no era posible tener por establecido que la prisión perpetua, ejecutada de acuerdo con la ley de ejecución penal y frente a las prácticas actuales en materia de indultos, necesariamente conduzca a daños físicos o psíquicos irreparables que lesionen la dignidad del hombre. A partir de dicha premisa, la decisión destacó la significación de la libertad condicional como elemento decisivo para la legitimación de la prisión perpetua. En este sentido, el Tribunal entendió que la posibilidad que debe quedarle al condenado a prisión perpetua de llegar a recuperar su libertad en algún momento, al menos parcialmente, constituye uno de los presupuestos fundamentales de una ejecución penitenciaria acorde con la dignidad del hombre. Por lo demás, dicha posibilidad no podría consistir únicamente en la posibilidad de un indulto hipotético, en razón de que de los principios propios de un Estado de Derecho se deriva el mandato de que los presupuestos bajo los cuales ha de suspenderse la ejecución de una pena de prisión perpetua y el procedimiento para ello se encuentren legalmente reglamentados.

Según la interpretación del Tribunal, si se parte de la comprensión constitucional del derecho a la dignidad del hombre, resultaría incompatible

---

[23] *Vid.* la difusión de las referencias en la obra de Zaffaroni, E., 1983, p. 114.

[24] Indiscutible, en esa dirección, Stedh Vinter y otros c. Reino Unido (Gran Sala), de 9 de julio de 2013, párrs. 69 y ss.

[25] BVerfGE 45, 187.

con la Constitución que el Estado se arrogara el derecho de privar al hombre coactivamente de su libertad, sin que existiera al menos la oportunidad de que en algún momento recuperase su libertad, siquiera parcialmente. El mandato de respeto de la dignidad del hombre significa, en particular, que están prohibidas las penas crueles, inhumanas y degradantes. El autor no podría ser convertido en mero objeto de la lucha contra el delito. Desde este punto de vista, en la decisión se destacó la función de la ejecución penitenciaria en la prevención de daños a la personalidad en los condenados, y con arreglo a precedentes anteriores, se señaló que la exigencia de resocialización se corresponde con la concepción de una comunidad en la que la dignidad del hombre se encuentra en el centro y constituye una obligación desde la perspectiva del Estado social. Al mismo tiempo, si se establece como condición de legitimidad que se asegure al condenado a prisión perpetua la posibilidad de que conserve la esperanza de recuperar en algún momento su libertad, necesariamente, ello debe venir acompañado de una pretensión de alcanzar la resocialización. Asimismo, en los casos en que el tiempo de prisión es prolongado, la ejecución de la pena puede crear los presupuestos para una liberación posterior y para facilitar la reinserción del condenado en la sociedad. Ello constituye un argumento adicional por el cual la práctica de los indultos no basta para satisfacer la pretensión de recuperación de la libertad que debe conservar el condenado, sino que es necesario que los presupuestos para la liberación estén previstos legislativamente. Según el Tribunal, por lo tanto, un sistema adecuado de atenuación de la prisión y una oferta suficiente de instrumentos destinados a la resocialización que aseguren una expectativa efectiva de recuperación de la libertad permiten hacer a un lado las objeciones relativas a la afectación a la dignidad del hombre que presupone una pena que, *ex definitione,* tiende a excluir en forma definitiva al individuo de la sociedad.

Sin embargo, no se debe perder de vista que entre los fundamentos del fallo juega un papel decisivo la significación que se asigna a la prisión perpetua como la sanción prevista para los más graves delitos de homicidio, y la significación preventivo-general que cabe asignarle a partir de la eliminación de la pena de muerte. Desde ese punto de vista, se sostiene que la prisión perpetua cumple una función fundamental para la protección de la vida humana como bien jurídico preponderante, que se corresponde con las valoraciones predominantes en la población, y que no necesariamente se opone a la posterior resocialización del autor; por lo tanto, ella no podría ser considerada una pena sin sentido. En efecto, en la magnitud de la pena amenazada, el legislador pone de manifiesto el juicio de disvalor con respecto al hecho amenazado con pena, y por medio de este juicio de disvalor colabora a la configuración de la

conciencia en la población. De allí que una pena como la prisión perpetua sea especialmente adecuada –se afirma– para reforzar la conciencia de la población en cuanto a que la vida humana es un valor especialmente significativo e irreemplazable, que merece particular protección, respeto y reconocimiento generales.

Con respecto al carácter absoluto de la pena y a la imposibilidad de que la sanción sea adecuada a la gravedad concreta del ilícito, el Tribunal afirmó que las penas absolutas constituyen un medio para lograr una aplicación homogénea de la pena y para evitar las divergencias características de las penas relativas. Es sabido que aun frente a casos similares, los montos de las penas pueden diferir en forma considerable entre los diversos tribunales. Por otro lado, en general, el juez es menos severo que el legislador, y tiende a evitar la aplicación de las penas máximas también en aquellos casos en que el legislador habría querido que se aplicara. Esta tendencia aumenta a medida que aumenta la gravedad de la pena mínima, y precisamente en el caso del homicidio agravado, la justicia material exige una práctica de penas uniforme. La utilización de penas absolutas de semejante gravedad, sin embargo, sólo puede ser constitucionalmente inobjetable en tanto el juez, en la subsunción del caso concreto, tenga una vía legal para poder llegar a una pena compatible con el principio de proporcionalidad [26]. Con tales argumentos, el Tribunal Constitucional alemán descartó una de las críticas más frecuentes que se formulan en contra de la prisión perpetua.

Si bien es cierto que el carácter «absoluto» de la sanción impide toda adecuación a la gravedad del ilícito y la culpabilidad del hecho concretamente cometido, ello no conduce automáticamente a una lesión del principio de culpabilidad o del de proporcionalidad. Una pena absoluta sólo es concebible frente a delitos de características tales que respecto de ellos quede prácticamente excluida una diferenciación según el grado de culpabilidad [27]. Por otro lado, el punto también puede ser visto desde otra perspectiva, en tanto es posible sostener que existen delitos tan graves que ya en su forma más leve posible exigen una pena que alcanza el límite máximo de las penas previstas en el ordenamiento jurídico, hechos que ya son tan graves que toda carga de gravedad adicional que se les pudiera agregar ya no podría ser «sumada» en la pena. La pena absoluta, en este sentido, se transforma en el reaseguro del legislador de que en ciertos casos las penas habrán de ser severas.

---

[26] Según el Tribunal, ello ocurre en el caso del § 211 a través de la interpretación restrictiva de los elementos agravantes del tipo de homicidio.

[27] Röhl, K. F., 1969, p. 184.

V. ALGUNOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES QUE APARECEN EN EL DEBATE

Entre los innumerables casos decididos por tribunales internacionales de derechos humanos vinculados con el tema, pueden mencionarse –dada su relevancia en la discusión– los siguientes [28]:

5.1 **Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros *vs.* Trinidad y Tobago: el límite a las penas absolutas**

El interés del caso *Hilaire* [29] no atañe a la problemática de la «prisión perpetua» en forma directa, pero sí a una de las objeciones que se le suelen formular con frecuencia desde la perspectiva del carácter «absoluto» de dicha pena, y a la consiguiente imposibilidad de que los tribunales adecuen la sanción a la gravedad del ilícito y la culpabilidad del condenado. Efectivamente, en *Hilaire* se discutía el carácter obligatorio de la imposición de la pena de muerte para todos los casos de «homicidio intencional» de la legislación de Trinidad y Tobago, y ello, además, en el marco de un procedimiento de ejecución bien complejo desde la perspectiva de la prohibición de tratos crueles [30]. La Corte IDH, al resolver el caso, tomó parcialmente las consideraciones formuladas por la Comisión Interamericana con relación a los problemas convencionales que podía llegar a plantear la imposibilidad de evaluar atenuantes y agravantes. En esa línea, sostuvo que coincidía con la afirmación de la Comisión relativa a que «al considerar a todo responsable del delito de homicidio intencional como merecedor de la pena capital, "se está tratando a los acusa-

[28] Para la reseña, se han tenido en cuenta los casos que suelen aparecer con mayor frecuencia en la discusión. Vid. una síntesis más amplia en el trabajo de Van Zyl Smit, D. / Reichstein, A., «Lebenslang in Europa: Die neue Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte», *Forum Strafvollzug*, núm. 4/2017, 2017. En sentido similar, Van Zyl Smit, D. / Rodríguez Yagüe, C., «Un acercamiento a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la Cadena Perpetua y a su posible proyección sobre la prisión permanente revisable en España», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 31, 2019.

[29] Corte IDH, Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 21 de junio de 2002.

[30] «En cuanto al procedimiento previo a su muerte en la horca, a los condenados a pena de muerte se les lee una orden de ejecución por parte del superintendente de la prisión. Posteriormente, estos prisioneros son trasladados a celdas en una sección llamada "F2", que está muy cerca de la cámara de ejecución. La pared y la puerta de la cámara de ejecución tienen dibujos de una figura con una cuerda atada al cuello y un mensaje que dice algo como: "Usted ha venido aquí para ser ejecutado". Esto aterroriza a los prisioneros y los deprime –varios no pueden dormir debido a que sufren pesadillas y menos aún comer–. Además, periódicamente se realiza una revisión del peso de los prisioneros y se les pregunta acerca de sus comidas preferidas como parte de una indagación sobre sus últimos deseos» *(Ibid.,* párr. 77.c).

dos de este crimen no como seres humanos individuales y únicos, sino como miembros indiferenciados y sin rostro de una masa que será sometida a la aplicación ciega de la pena de muerte"» [31].

Sin embargo, estas consideraciones de la Corte IDH son difícilmente separables de la discusión en torno a la pena de muerte que se debía resolver, y desde ese punto de vista, no serían automáticamente trasladables a toda forma de prisión perpetua. Pues, en todo caso, solo alcanzarían a los supuestos de prisión perpetua impuesta de modo genérico respecto de ciertos delitos (esto es, sin especificación, al menos legal, de agravantes y atenuantes), o bien, que desecharan toda forma de atenuación durante el transcurso temporal de la ejecución, como así también a legislaciones sin sistemas de amnistía o indulto relativamente previsibles y revisables judicialmente [32].

5.2 **Kafkaris c. Chipre: el mandato de certeza en la fase ejecutiva de la pena**

El caso *Kafkaris* [33] suele ser invocado desde la perspectiva de la vigencia del principio de legalidad (art. 7 CEDH) en materia de ejecución de penas. Si bien el caso fue decidido, justamente, por la constatación de una lesión a dicho principio (por la falta de previsibilidad de la normativa chipriota en materia de liberación anticipada para los condenados de por vida [34]), este precedente es citado con frecuencia como el punto de partida del estándar conforme el cual la legitimidad de la prisión perpetua depende de que dicha pena sea redimible *de iure* y *de facto*. En esa dirección, el Tribunal Europeo afirmó que una condena a cadena perpetua en la que el condenado no tuviera una expectativa rea-

---

[31] *Ibid.*, párr. 105.

[32] Sobre la posibilidad de legitimación mediante la implementación de un sistema de indulto reglamentado, *vid.* la posición de la mayoría de la corte mendocina en el plenario «Ibáñez Benavídez», cit., pto. «c».

[33] STEDH Kafkaris c. Chipre (Gran Sala), de 12 de febrero de 2008. Según surge de la decisión, el demandante había recibido, al ingresar a prisión condenado de por vida, un formulario en el que se indicaba cuál era su fecha de salida, así como la fecha en la que la pena expiraba (a los veinte años), de conformidad con la normativa penitenciaria y su aplicación práctica. Con posterioridad, dichas reglas fueron declaradas inconstitucionales (en otro caso), y ello originó el dictado de una nueva legislación que cancelaba la posibilidad de liberación anticipada para los condenados en la situación del demandante.

[34] *Ibid.,* párr. 150: «La Corte considera, por lo tanto, que no hay ningún elemento de imposición retrospectiva de una pena más severa en el presente caso, sino más bien una cuestión de «calidad de la ley». En particular, el Tribunal considera que en el momento en que el demandante cometió el delito, la legislación chipriota pertinente en su conjunto no estaba formulada con suficiente precisión como para permitirle discernir, incluso con el asesoramiento adecuado, en un grado que fuera razonable en las circunstancias, el alcance de la pena de cadena perpetua y la forma de su ejecución. En consecuencia, ha habido una violación del artículo 7 de la Convención a este respecto».

lista de ser puesto en libertad podría vulnerar el art. 3 CEDH, en tanto podría suponer un trato inhumano o degradante.

5.3 **Vinter y otros c. Reino Unido: el «derecho a la esperanza»**

El caso *Vinter*[35] es habitualmente citado como uno de los precedentes más significativos en cuanto al conflicto entre una pena de encierro perpetuo y la prohibición de tratos inhumanos y degradantes. En esta sentencia, el TEDH reforzó el principio sentado en *Kafkaris* y consolidó la doctrina que se ha dado en llamar *«the right to hope»*[36]. En la decisión, se destaca la necesidad de una reevaluación dinámica de los fundamentos que llevaron a la imposición de la pena, desde la perspectiva de la incidencia del paso del tiempo. Según se señala, para que una pena perpetua siga siendo compatible con el art. 3 CEDH, debe existir la posibilidad de libertad y la de controlar la subsistencia de las razones sobre las cuales, en su momento, se apoyó la pena, pues «la gente y las circunstancias cambian»[37]. A eso se le sumó el aumento de sufrimiento que puede provocar el paso del tiempo, y que puede llevar a que una pena que era justa cuando se impuso, se vuelva desproporcionada[38].

A su vez, el Tribunal subrayó la importancia de adoptar un enfoque resocializador en todas las condenas, como una exigencia propia de la legislación en materia de derechos humanos. Esto significa que «una persona condenada a la pena de cadena perpetua permanente tiene el derecho a conocer, desde el momento inicial de la imposición de su condena, qué es lo que tiene que hacer, y bajo qué condiciones puede obtener la libertad». Más aún, estos condenados

---

[35] STEDH Vinter y otros c. Reino Unido (Gran Sala), de 9 de julio de 2013.

[36] Se consideró violado el art. 3 CEDH –sobre la base de los puntos de partida de *Kafkaris*– en razón de la falta de claridad de la legislación inglesa con relación al momento en que era posible una revisión de la pena. A ello se agregó la indefinición de los alcances de las facultades del Secretario de Estado inglés para disponer la libertad de una persona condenada de por vida, en la medida en que no quedaba claro si se aplicaban literalmente los protocolos de ejecución de penas perpetuas, o bien, la interpretación más flexible que había hecho la jurisprudencia.

[37] STEDH Vinter y otros c. Reino Unido (Gran Sala), de 9 de julio de 2013, párr. 111: «Es un axioma que un recluso solamente puede permanecer encarcelado si existe un motivo de política criminal que lo justifique. Estos motivos incluyen la retribución, la prevención, la protección de la sociedad y la rehabilitación. Muchos de estos motivos estarán presentes en el momento en el que se impone una cadena perpetua. Sin embargo, *la ponderación de estos motivos no es necesariamente estática y puede cambiar en el transcurso del cumplimiento de la pena.* Estos motivos y cambios solamente pueden ser adecuadamente evaluados a través de una revisión durante la ejecución de la condena» (Sin destacar en el original).

[38] *Ibid.*, párr. 112: «(…) En todo caso, la pena se acentúa por el paso del tiempo, cuanto más viva, más larga será su pena. En consecuencia, incluso cuando una pena a prisión perpetua es considerada una pena adecuada en el momento de su imposición con el transcurso del tiempo puede convertirse en una pobre garantía de una pena justa y proporcionada».

deben saber *al comienzo de la ejecución de sus penas* qué se les exige y cómo será el procedimiento de revisión de su pena [39].

Aplicando el estándar del favorecimiento de la reinserción social, se consideró que «una puesta en libertad por motivos humanitarios, como por ejemplo padecer una enfermedad terminal o estar físicamente incapacitado, (no) podría realmente equipararse a una verdadera puesta en libertad si ésta solamente significa que el recluso muere en su casa o en un establecimiento médico para enfermos terminales en lugar de en la prisión» [40].

Dentro de la línea argumental del fallo, resulta particularmente interesante la importancia asignada al Estatuto de Roma, cuyas reglas fueron valoradas como el reflejo de un estándar internacionalmente aceptado, en cuanto a que la revisión de las penas a prisión perpetua debe efectuarse después de veinticinco años de cumplimiento de la condena, con revisiones periódicas a partir de ese momento [41]. La referencia tiene aún mayor peso a partir de la remisión a las RPPCPI [42], las cuales, además de prever las garantías procesales y sustantivas que son aplicables al procedimiento de revisión de la pena, agregan como criterios para la reducción de las penas que la conducta del recluso muestre una verdadera disociación de los delitos cometidos, y especialmente relevante en este contexto, la posibilidad de ponderar su expectativa de rehabilitación social.

Como derivado del Estatuto citado, se sostuvo que, si un mecanismo de libertad condicional debe estar disponible para los condenados por los delitos más atroces, por lo tanto, *a fortiori,* él también debe estar disponible para otros reclusos.

5.4 **Murray c. Países Bajos: los deberes «activos» del Estado en la resocialización**

Poco después de *Vinter,* el TEDH resolvió el caso *Murray* [43], en el cual, por un lado, se vuelven a enunciar expresamente los estándares vigentes en materia de liberación anticipada, y por otro, se afirma el principio por el cual los Estados están obligados a posibilitar la recuperación de la libertad de forma

[39] *Ibid.*, párr. 122: «cuando el Derecho nacional no prevea ningún mecanismo de revisión de una pena a cadena perpetua, la incompatibilidad de este tipo de pena con el art. 3 CEDH se produciría en el mismo momento en el que se impone la pena a cadena perpetua y no con posterioridad durante el transcurso de la condena».

[40] *Ibid.*, párr. 127.

[41] Art. 110.3, 4 y 5 ER.

[42] Reglas 223 y 224.

[43] STEDH Murray c. Países Bajos (Gran Sala), de 26 de abril de 2016.

activa, y ello, incluso, con prescindencia de los pedidos de los condenados [44]. En ese contexto, el TEDH destaca como principio rector [45] el deber del Estado de que la detención se lleve adelante en condiciones tales que reciban un tratamiento que les brinde una oportunidad realista de rehabilitarse para tener la esperanza de ser liberados. A su vez, el no proporcionar a un condenado a perpetuidad esa oportunidad puede transformar a la cadena perpetua en irreductible *de facto.*

Por su parte, la libertad condicional debe regirse por los siguientes principios:

– Principio de legalidad: las normas ejecutivas deben tener un grado suficiente de claridad y certeza, y las condiciones para la liberación deben estar establecidas en la legislación interna.

– Necesidad de evaluación de las causales penológicas para la continuación del encarcelamiento, sobre la base de «criterios objetivos y preestablecidos» (lo cual incluye la resocialización –prevención especial–, la disuasión –prevención general– y la retribución).

– La evaluación se debe producir dentro de un plazo preestablecido, y en el caso de los condenados a cadena perpetua, se debe realizar «a más tardar veinticinco años después de la imposición de la pena y luego, revisiones periódicas».

– Las decisiones de rechazar la liberación, o de revocarla, se deben adoptar siguiendo el debido proceso, lo cual incluye, al menos, la obligación de motivar dichas decisiones y la posibilidad de revisión judicial del procedimiento.

Como derivaciones adicionales de esta línea, también puede ser de interés mencionar el caso *Trabelsi,* en el cual quedó explicitado que la mera posibilidad de que al requerido le fuera impuesta una pena de prisión perpetua irredimible constituía un obstáculo convencional para extraditarlo a Estados Unidos [46].

---

[44] El caso tenía la particularidad de que el demandante era un enfermo mental severo, semiimputable, lo cual hacía entrar con mayor fuerza el deber de prescindir, eventualmente, de los pedidos del propio condenado.

[45] *Vid.* el voto particular del Juez Pinto de Albuquerque, párr. 13, con referencia a los párrs. 99-100 de la sentencia.

[46] STEDH Trabelsi c. Bélgica, de 16 de febrero de 2015. En este caso se discutía la extradición de un ciudadano tunecino a Estados Unidos, imputado por delitos de terrorismo, con amenaza de ser condenado a prisión perpetua. El caso tenía la particularidad de que, a pesar de que el TEDH había dispuesto una medida cautelar, Bélgica había hecho efectiva la entrega. El TEDH consideró que, de todos modos, correspondía resolver, y que la pena de prisión perpetua a la que podía llegar a estar sujeto Trabelsi en EE. UU., en la medida en que no preveía un mecanismo adecuado de control y revisión, era contraria al art. 3 CEDH.

VI. LOS COMPROMISOS JURISDICCIONALES CON LA «POLÍTICA CRIMINAL»

La argumentación que sostienen las sentencias mencionadas precedentemente pone en evidencia las «dificultades» que enfrentan los tribunales al examinar la adecuación de las penas más graves posibles a la luz de su evolución desde la perspectiva de principios básicos como la humanidad de las penas, la prohibición de tratos crueles y degradantes, y las declamadas exigencias de resocialización y de evitar «penas eliminatorias». Esta necesidad de llegar a un compromiso entre lo que reclamaría el ordenamiento convencional europeo y las concretas repercusiones que podría llegar a tener una decisión «estricta» sobre la materia «encierro perpetuo» no han sido ajenas a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y esto ha quedado explicitado en los votos de algunos magistrados.

Así, poco tiempo después de *Vinter,* el Tribunal dictó dos sentencias que pueden no resultar demasiado significativas desde la perspectiva de la fijación de estándares novedosos, pero sí en la medida en que dejan entrever cuáles son los márgenes políticos que el Tribunal puede llegar a ponderar al evaluar los marcos de discrecionalidad que se le asigna a cada uno de los Estados.

Un ejemplo particularmente gráfico es el fallo en el caso Hutchinson [47], que ha sido calificado como un cierto retroceso respecto del caso *Vinter* [48], el cual había sido recibido muy críticamente en el Reino Unido. Las críticas «domésticas» a *Vinter* quedaron plasmadas en el caso *McLoughlin* [49], en el que la corte inglesa de apelaciones en lo penal sostuvo, básicamente, que la Gran Sala del TEDH no había logrado comprender correctamente el Derecho del Reino Unido. Luego de esta decisión inglesa, al resolver en *Hutchinson*, el TEDH va a mantener, en principio, los estándares de *Vinter,* pero va a tomar en cuenta lo expresado por los tribunales ingleses, considerando que lo afirmado en el fallo *Mc Loughlin* podía ser tomado como una aclaración suficiente como para tener por neutralizadas las objeciones que se había hecho a la legislación inglesa en *Vinter*. De este modo, la mayoría del Tribunal va a terminar admitiendo como adecuadas a la Convención EDH disposiciones de Derecho interno que poco tiempo antes habían sido calificadas de inaceptables, en particular, que la categoría conceptual «liberación por motivos compasivos o *excepcionales»* también incluye aquello que constituye la

[47] Stedh Hutchinson c. Reino Unido (Gran Sala), de 17 de enero de 2017.
[48] Van Zyl Smit, D. / Rodríguez Yagüe, C., 2019, pto. 6.
[49] R v. Mc Loughlin, R v. Newell, [2014] EWCA Crim 188, de 18 de febrero de 2014.

«regla», esto es, la liberación del condenado con fundamento en su rehabilitación. Sobre la base de la fijación de este estándar en *Mc Loughlin*, más la consideración del deber del Secretario de Estado de contestar fundadamente los pedidos de liberación que presenten los condenados, el TEDH, en esta ocasión, se dio por satisfecho. Pero, por cierto, no sin algunas disidencias de peso. Como se ha señalado en la doctrina, no es posible perder de vista la dimensión política del fallo, que no solo fue dictado después de que *Vinter* hubiera sido recibido en Inglaterra con críticas muy intensas [50], sino, además, poco después de que el Reino Unido, por referéndum, decidiera su salida de la Unión Europea.

Otro fallo muy interesante para evaluar los contextos de decisión del TEDH es, sin duda, el caso *Khamtokhu y Aksenchik* [51]. Allí no se discutía la pena de prisión perpetua desde la perspectiva de su severidad particular o por cuestionamientos relativos a su modo de ejecución, sino que lo que se discutió fue la *prohibición de trato discriminatorio*. Dos ciudadanos rusos habían alegado discriminación por género y por edad, en la medida en que no quedaban alcanzados por la excepción legal que excluía la imposición de la pena de prisión perpetua respecto de menores, mujeres y hombre mayores de 65 años. La mayoría del Tribunal consideró que la atenuación para menores no era problemática, y que, dada la severidad de las condiciones de ejecución de las prisiones rusas, también la restricción por edad avanzada era aceptable. Mucho más inconsistente era la argumentación con respecto a las mujeres, ya que el Gobierno ruso había hecho referencia a la debilidad de las mujeres y a su rol de madres. Con un esquema de razonamiento bien intrincado, la mayoría del TEDH, resolvió, finalmente, que, dada la admisibilidad, por principio, de la pena de prisión perpetua, las diferencias de trato objetadas entraban dentro de la discrecionalidad de los Estados.

Para poder tener una comprensión más clara de cómo se planteó la discusión en el Tribunal, vale la pena echar una mirada a los votos concurrentes –en particular, el de la Jueza Nussberger– y la disidencia del Juez Pinto de Albuquerque. Nussberger inicia su voto con la afirmación «lo mejor es enemigo de lo bueno», y pone en negro sobre blanco la necesidad de que el Tribunal se haga cargo de la posibilidad de que una decisión de sentido contrario termine nivelando los derechos convencionales hacia abajo, dado que no sería posible –entiende– afirmar la existencia de una prohibición convencional ab-

[50] *Vid.* las críticas de Van Zyl Smit, D. / Rodríguez Yagüe, C., 2019, y, especialmente, las consideraciones del voto en disidencia del magistrado Pinto de Albuquerque.

[51] Stedh Khamtokhu y Aksenchik c. Rusia (Gran Sala), de 24 de enero de 2017.

soluta de la prisión perpetua. Ello tomando especialmente en consideración lo expresado por el Estado demandado en la contestación, en el sentido de que, en caso de determinarse una violación del art. 14 CEDH, no estaría dispuesto a abolir la pena de prisión perpetua (párr. 42), lo cual era interpretable como una solapada amenaza de eliminar las categorías exceptuadas de la pena de prisión perpetua. Por su parte, el Juez disidente examina la línea argumental de la mayoría del TEDH y rechaza tanto los argumentos de discriminación positiva como la supuesta «menor elegibilidad de los mayores de 65 para la libertad condicional». En su postulación, introduce un interesante enfoque del caso desde la perspectiva del principio *pro persona* como obligación convencional. Según lo entiende, el principio en cuestión reclama que, una vez que se ha constatado que el fundamento de una «discriminación positiva» ha desaparecido, ello genera una obligación convencional de extender el trato beneficioso a todos los supuestos. A ello le suma la necesidad de que el TEDH se comprometa con su posición de abolición progresiva de la pena de prisión perpetua.

VII. ¿EL ESTATUTO DE ROMA COMO PARÁMETRO?

En la discusión en torno a los máximos de punición internacionalmente aceptables suele aparecer, una y otra vez, el peso del consenso internacional reflejado en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. En esta dirección, cabe recordar que el Estatuto citado fue tomado expresamente en cuenta por el TEDH, al señalar que la posibilidad de revisión de las condenas perpetuas por los delitos alcanzados por dicha normativa, fijada en veinticinco años, lo que hace es fijar un parámetro cierto con relación al acuerdo internacional en cuanto a la necesidad de revisión de las penas perpetuas y con respecto al momento y condiciones en que esta revisión debe llevarse a cabo [52].

[52] STEDH Vinter y otros c. Reino Unido (Gran Sala), de 9 de julio de 2013, párr. 118: «Finalmente, el Tribunal destaca las disposiciones pertinentes del Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional, del cual forman parte 121 Estados, incluyendo la gran mayoría de los Estados Parte del Consejo de Europa. El artículo 110(3) del Estatuto establece la revisión de las penas a cadena perpetua después de veinte y cinco años de cumplimiento de la condena, así como revisiones periódicas a partir de ese momento. La importancia del artículo 110(3) se acentúa por el hecho de que el artículo 110(4) y (5) del Estatuto y los artículos 223 y 224 de las RPPCPI prevén garantías procesales y sustantivas que son aplicables al procedimiento de revisión. Los criterios para la reducción de las penas incluyen, *inter alia*, si la conducta del recluso muestra una verdadera disociación de los delitos cometidos o su expectativa de rehabilitación social (véanse los artículos de las Reglas 223(a) and (b), descritos en el párrafo 65 *supra)*».

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia argentinas [53], se ha asignado al Estatuto un valor interpretativo decisivo, en particular, a partir del dictado de la ley 26.200, que reglamenta la implementación del Estatuto en el Derecho interno. Así, en el marco del debate relativo a la determinación del monto correspondiente al «máximum legal de la especie de pena» de prisión a que hacía referencia la anterior redacción del art. 55 CPArg [54], se entendió que la introducción al Derecho interno del Estatuto –que establece en treinta años la pena máxima de prisión temporal para los casos de concurso real [55]– debía operar como elemento decisivo para la interpretación del art. 55, como así también para establecer el carácter necesariamente temporal de la duración máxima de la prisión perpetua [56].

Sin embargo, más allá de los alcances interpretativos que se asignen al art. 80 ER [57], no podría perderse de vista la diferente finalidad de ambos ámbitos regulatorios. Incluso si se admite, por hipótesis, que el Estatuto prevé los delitos más graves posibles, y que, en consecuencia, ningún condenado podría estar en peor situación que lo que el Estatuto prevé, no parece adecuado sujetar, sin más ni más, la interpretación del Derecho interno, a reglas pensadas para la represión de delitos de Derecho internacional, en la medida en que en ellos pueden llegar a entrar en consideración situaciones o factores muy diferentes [58]. Así, no parecería admisible derivar de tratados que reprimen las ofensas al Derecho internacional, consecuencias directas sobre figuras delictivas del Derecho interno, pero milenarias en la cultura de casi todos los pueblos, como el homicidio, el robo o la violación. Pues, en el Derecho penal internacional entra en juego la necesidad de lograr puntos de encuentro entre distintas naciones para reaccionar en forma conjunta no necesariamente frente a los hechos más graves imaginables, sino frente a aquellos que requieren de la unión de la comunidad internacional para su efectiva persecución.

Por otro lado, los diferentes matices que pueden incidir en uno y otro ámbito hacen que incluso se pueda poner en cuestión la afirmación de que se

---

[53] De la Rúa, J. / Tarditti, A., *Derecho Penal. Parte General II*, Buenos Aires (Hammurabi), 2014, pp. 562 y ss. (esp. p. 563), y Cámara Federal de Casación Penal, Sala II en «Álvarez» (reg. 2081/15, rta. 17/12/2015).

[54] En su redacción anterior a la actualmente vigente, según ley 25.928.

[55] Art. 78, inc. 3.º.

[56] Cfr. la discusión en el fallo «Álvarez», ya citado.

[57] «Art. 80. El Estatuto, la aplicación de penas por los países y la legislación nacional: Nada de lo dispuesto en la presente parte se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la presente parte».

[58] *Vid.*, en sentido análogo, los razonamientos del voto particular del magistrado Conde-Pumpido Tourón en el plenario español citado más arriba (esp. pto. 3. 2 b»).

trata de una «ley penal más benigna», al menos, con la generalidad con la que se pretende asignarle efecto derogatorio a la ley 26.200. Por ejemplo, si bien el Estatuto prevé la igualdad de trato en materia de ejecución penitenciaria entre los condenados por delitos del Estatuto y por delitos equivalentes del Derecho interno [59], lo cierto es que la obligación internacional de reaccionar severamente frente a este tipo de hechos restringe fuertemente las posibilidades de decisión del Estado para formas de ejecución que pudieran ser consideradas «muy» benignas, al menos, en cuanto pudieran poner en tela de juicio la seriedad de la reacción punitiva como demostración del disvalor de la conducta que motivara la condena [60]. A ello se le agregan las reglas en materia de imprescriptibilidad, como así también, de prohibición de indulto y amnistía [61]. Por cierto, estos argumentos pueden ser calificados de «efectistas», pero, en todo caso, lo que sí ponen en evidencia es que no es sencillo resolver la cuestión mediante una aplicación directa del aforismo «lex posterior derogat priori», ya por la diferencia de los ámbitos regulados y por las dificultades para establecer, de modo genérico, la mayor benignidad del Estatuto.

Por lo demás, en el análisis también se debería considerar que el propio legislador nacional, al implementar el Estatuto, prevé la posibilidad de penas más severas en el orden interno. En efecto, el art. 12 de la ley 26.200 establece expresamente que «La pena aplicable a los delitos previstos en los artículos 8.º, 9.º y 10 de la presente ley, en ningún caso podrá ser inferior a la que le pudiera corresponder si fuera condenado por las normas dispuestas en el Código Penal de la Nación».

Por otro lado, es perfectamente concebible un hecho «más grave» que, sin embargo, no requiera un tratado internacional para su efectiva persecución, y ello no constituiría, *per se,* ninguna anormalidad: existen hechos de derecho interno que sin el componente internacional o de «lesa humanidad» de todos modos son extremadamente graves: delito común vs. crimen de guerra/de lesa humanidad no son categorías vinculadas automáticamente con la mayor gravedad del ilícito. Esto es, nada obsta a que un genocidio pueda tener la misma pena que un parricidio: ambos hechos llegan al máximo de la pena, pues hay límites existenciales en la imposición del castigo [62].

---

[59] Art. 106 ER.

[60] *Vid.* art. 110 ER, que al reglamentar cómo se produce el examen de una reducción de pena, establece que es facultad exclusiva de la CPI (y no del Estado en que la pena se ejecuta) decidir sobre una posible reducción.

[61] *Vid.* la argumentación en el voto mayoritario en el plenario mendocino «Ibáñez Benavídez» *supra cit.* (p. 71).

[62] A este respecto, es interesante la argumentación de Jareborg, quien señala, gráficamente, que el concepto de reducir las penas «por cantidad» que se encuentra en el trasfondo de esta clase de normas se

Desde este punto de vista, no se puede sostener sin matices que en el Estatuto estén reprimidos los delitos más graves posibles. De antemano se advierte que en él se encuentran previstas penas temporales de tres a veinticinco años de prisión; es decir, que también están incluidos delitos de una gravedad relativa menor. Del mismo modo, tampoco resultan convincentes otros de los argumentos sobre los cuales se apoya la conclusión de que habrían desaparecido las penas temporales superiores a los veinticinco años como consecuencia de la extrema gravedad de los delitos previstos en el Estatuto. En esta línea, se ha afirmado que «Si la ley 26.200 introduce en nuestra legislación penal los delitos más graves que prevé nuestro ordenamiento, toda vez que es inconcebible un contenido de injusto mayor que el de un genocidio con masacre o similares, las escalas penales para estos delitos no pueden ser superadas por las de ningún otro: no es posible superar lo insuperable» [63]. Esto es cierto, pero, en todo caso, la pregunta aquí es qué es lo que entra en la categoría de «insuperable». Así, sostener que «no hay nada más grave que un genocidio con masacre» es una conclusión a la que no se llega sin antes aceptar, sin admitir discusión, que existen hechos cuya gravedad es absoluta, esto es, que ella no puede ser cuantificada, o bien, relativizada o atenuada [64]. De otro modo, la afirmación «no hay nada más grave que la conducta de un genocida con masacre», podría ser refutada sencillamente: «más grave que un genocidio son dos genocidios». Por cierto, desde algún punto de vista, esto es así; pero lo que ocurre es que frente a algunos hechos el argumento de la «cantidad» resulta éticamente intolerable o casi ofensivo. Esto es lo que sucede, por vía de principio, respecto de todos los delitos a los que les corresponde el máximo posible de pena. Alcanzada cierta gravedad de los hechos, toda «maldad» que le fuera agregada ya no podría ser reflejada en la pena [65].

Por otro lado, también debería considerarse que, de aceptarse la derogación tácita, en principio, también quedaría suprimida –por no estar incluida en el Estatuto– la posibilidad de utilizar a la reincidencia como factor de agrava-

---

vincula, en definitiva, con que «la vida es corta» (Jareborg, N., «Why Bulk Discounts in Multiple Offence Sentencing?», en Ashworth, A. / Wasik, M. (eds.), *Fundamentals of Sentencing Theory*, Oxford (Oxford University Press), 1998, pp. 129 y ss. (esp. p. 136).

[63] Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina en Fallos: 333:866 (considerando 42.º de la disidencia del Juez Zaffaroni).

[64] Cf. acerca de esta interpretación del sentido de las penas absolutas *vid.,* la sentencia de la Corte Suprema argentina en el caso *Maldonado*, Fallos: 328:4343 (considerando 14.º).

[65] Este problema es reflejado con claridad por Jakobs en su análisis vinculado con las «penas absolutas» aplicadas a delitos graves, en las cuales todo lo que supere el mínimo exigido para la configuración de la culpabilidad del delito ya no interesa, pues ese mínimo es concebido por el legislador como un punto más allá del cual cualquier distinción relativa a la persona del autor resulta irrelevante (Jakobs, G., «Die gerechte Strafe», en AA. VV., *Mehr Transparenz in der Strafjustiz*, Rehburg-Loccum (Evangelische Akademie Rehburg-Loccum), 1990, pp. 41 y ss. (esp. p. 45).

ción de la ejecución de la pena (art. 14 CPArg). Por cierto, esta solución normativa podría resultar conveniente u oportuna sobre la base de diferentes argumentos, incluso constitucionales. Pero, en todo caso, a partir de disposiciones que son el resultado de un «consenso internacional mínimo» respecto de crímenes de lesa humanidad, no parece sencillo extraer conclusiones genéricas con relación a una prohibición absoluta de la ejecución penitenciaria respecto de aquellos delitos en los que la reiteración es vista como un problema específico de política criminal [66].

A ello se agrega, como dificultad adicional para sostener el efecto derogatorio de la ley 26.200 que, con posterioridad, el legislador argentino claramente ratificó una posición contraria a toda morigeración en materia de prisión perpetua, estableciendo un régimen de ejecución penitenciaria que obtura toda posibilidad de recupero de la libertad (ley 27.375) [67], y que por estar circunscripta a delitos no incluidos en el Estatuto, bien podría reclamar su carácter de «ley especial» por la hipotética especificidad de los fenómenos delictivos que se tiende a regular con la reforma legislativa.

Ahora bien, más allá de que no resulte sencillo aplicar en forma directa el esquema sancionatorio y de ejecución penitenciaria parcialmente más benigno que recepta el Estatuto, ello no significa que la concepción de «prisión perpetua con posibilidad de liberación» no constituya un parámetro que obliga al legislador a un reacomodamiento serio del sistema de penas y su ejecución. Sin ello, el ordenamiento penal pierde toda proporcionalidad ordinal, y de este modo, genera un estado de situación que pone severamente en cuestión la legitimidad y la seriedad de toda reacción penal [68]. A ello se suma la significación que debería asignarse a la incorporación de una pauta de punición morigerada respecto de delitos graves a la luz del principio de no regresividad.

VIII. CONCLUSIÓN

En este trabajo se han intentado presentar algunos de los desarrollos más relevantes en torno a la pena más severa posible dentro de los sistemas penales que han renunciado a la pena de muerte. Como se puede ver, a partir de lo

[66] Es bien gráfica en este sentido la discusión sobre nuevas formas de reclusión indeterminada para los llamados «*sexual predators*» (*vid.* Robles Planas, R., «'Sexual predators'. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad», en *InDret*, núm. 4/2007, 2007.

[67] Bien claro, en este sentido, Alderete Lobo, R., 2007.

[68] Acerca de la estrecha relación entre reacción proporcional y el concepto mismo de pena, *vid.* Frisch, W., «Los conceptos de pena y el desarrollo del Derecho penal en Europa», *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, núm. 3, 2011, pp. 404 y ss.

expuesto es muy difícil llegar a una conclusión definitiva. Más bien, al contrario, la evolución de la discusión provoca una cierta perplejidad, especialmente si enfocamos la discusión desde la perspectiva del principio de no regresividad de los derechos humanos. Por cierto, los retrocesos de corte punitivista en materia de política criminal no son patrimonio exclusivo de la discusión sobre la prisión perpetua. Pero, en todo caso, parece oportuno preguntarse por las razones del fracaso de las vallas constitucionales en este tema en particular. En este sentido, cabría preguntarse si el fenómeno, en definitiva, no vuelve a reflejar la tradicional desconfianza del legislador en la habilidad de los jueces de dar buenas razones al momento de adecuar las penas a los casos concretos, y de intentar enfrentar esa desconfianza mediante el recurso de las penas absolutas. Desde este punto de vista, una vez más, se hace necesario seguir insistiendo en la importancia de desarrollos refinados en materia de dogmática de la determinación de la pena, a fin de poder lograr motivaciones convincentes. Pero seguramente este no es el único aspecto. A él se suma, sin duda, la complejidad material de llevar adelante los sistemas de supervisión y apoyo que presupone una pena cuya legitimidad se hace depender intrínsecamente de regímenes penitenciarios de recuperación progresiva de la libertad. Sin embargo, la cuestión relativa al funcionamiento del principio de progresividad de la ejecución de las penas de prisión no puede ser reducido a un tema de recursos materiales. Aquí también, la ausencia de una inserción dogmáticamente convincente de las alteraciones sustanciales que puede sufrir una pena privativa de libertad a lo largo del tiempo puede reflejarse en consecuencias político criminales concretas. En Argentina se suele escuchar en los medios de comunicación «si fueron condenados, que cumplan sus condenas» o expresiones similares. Son lemas que muestran no solo fracasos de políticas penitenciarias, sino también cierta displicencia de los juristas penales frente a una materia considerada «por fuera» de sus competencias. De algún modo, esta tarea fue encarada –con diferente suerte– por las teorías de la unión en sus diversas versiones. Dentro de esa línea, resulta imprescindible seguir elaborando desarrollos teóricos que logren explicar convincentemente los efectos comunicativos (o bien, de prevención general positiva) de las diferentes alternativas preventivo especiales que entran en consideración a lo largo del tiempo, durante la etapa de ejecución, en particular, cuando se trata de delitos muy graves como los que entran en consideración para la imposición de penas como la prisión perpetua.

CAPÍTULO III. LA PENA DE INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA LA FUNCIÓN PÚBLICA: ¿ES VERDADERAMENTE AFLICTIVA? ¿ES DE FÁCIL APLICACIÓN?

LUZ MARÍA PUENTE ABA *

SUMARIO. I. Introducción. II. Los problemas derivados de la falta de especificación de la pena de inhabilitación especial en la sentencia condenatoria. III. La elección del empleo o cargo público afectados por la condena: ¿se exige vinculación con el delito cometido? IV. El carácter definitivo de la pérdida del empleo o cargo público. 4.1 La pérdida definitiva. ¿Posibilidad de fragmentación del empleo o cargo? ¿Distinción entre el ejercicio de la profesión y la condición de funcionario público? 4.2 La graduación de los efectos de la pena. 4.3 Otras dos cuestiones relacionadas con la pérdida definitiva del empleo o cargo: la concesión del indulto y la retroactividad de la ley penal favorable. V. La elección de empleos o cargos análogos: criterios para su determinación.

I. INTRODUCCIÓN

La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público aparece como especialmente idónea para sancionar los casos de comisión de un delito en el desempeño de una función pública. Sin embargo, esta idoneidad «en abstracto» no combina bien con la aplicación «en concreto» de esta sanción. Aquí se pretende analizar algunas de las situaciones problemáticas y contradicciones que se plantean al imponer esta sanción, que muestran las dificultades en la aplicación de esta pena y su importante carácter aflictivo: la de-

* Profesora Titular de Derecho Penal. Universidade da Coruña.

fectuosa técnica de imposición de la pena en sentencia, la ausencia de claridad en la distinción de sus dos efectos, las dificultades que puede plantear la concreta elección del empleo o cargo afectado por la condena, las pautas que han de guiar la caracterización de los empleos o cargos análogos al que ha sido objeto de privación, y la rigidez en la graduación de la pena y la modulación de sus efectos. Todo esto constituye una muestra de las dificultades de imposición de una pena en apariencia sencilla, y de la necesidad de prestar especial atención a las particularidades de una sanción que, adecuadamente definida y aplicada, puede ser muy eficaz en el ámbito de determinadas categorías delictivas.

II. LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA FALTA DE ESPECIFICACIÓN DE LA PENA DE INHABILITACIÓN ESPECIAL EN LA SENTENCIA CONDENATORIA

A la hora de analizar los problemas que pueden derivarse de la aplicación de la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, el punto de partida es la fijación de la pena en la sentencia condenatoria, puesto que ya en ese momento comienzan los problemas relativos a su definición y aplicación. El Código Penal es claro a estos efectos: según su artículo 42, cuando la pena se aplica como principal, «en la sentencia habrán de especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación»; conforme al artículo 56, cuando esta pena se impone como accesoria, es necesario que el empleo o cargo «hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación». Además, el artículo 42 define claramente el objeto y los efectos de esta pena, que deben quedar especificados en la sentencia condenatoria: produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere, aunque sea electivo, y de los honores que le sean anejos; conlleva, además, la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena. Sin embargo, a pesar de estas prescripciones normativas, en muchas ocasiones nos encontramos sentencias cuyo fallo se limita a mencionar la pena, sin precisar cuáles son los cargos o empleos afectados por la condena.

En primer lugar, cabe ofrecer algunos ejemplos de sentencias condenatorias, en casos especialmente conocidos, donde se impone únicamente la pena de «inhabilitación especial para empleo o cargo público», sin precisar los con-

cretos empleos o cargos sobre los que recae la sanción, ni tampoco los empleos o cargos análogos a los que no podrá acceder la persona condenada [1]:

– Caso Malaya: la SAN 27/2013, de 30 de octubre, imponía varias condenas a pena de «inhabilitación especial para empleo o cargo público» (y la posterior STS 625/2015, de 22 de diciembre, no añadió ninguna precisión al respecto).

– Caso La Muela: tanto la SAP Zaragoza 227/2019, de 25 de junio, como la posterior STS 1002/2021, de 17 de diciembre, condenaban, sin más, a pena de «inhabilitación especial para empleo o cargo público».

– Caso Gürtel - visita del Papa: la SAN 20/2020, de 25 de noviembre, posteriormente confirmada por la STS 222/2023, de 27 de marzo, imponía reiteradamente la condena a pena de «inhabilitación especial para empleo o cargo público».

– Caso Puerto de Málaga: la STS 249/2023, de 11 de abril, imponía, literalmente, «una pena de inhabilitación especial para cargo o empleo público, concretado en la prohibición y privación de empleo o cargos públicos» (sic).

En segundo lugar, podemos encontrar otros supuestos en los que la sentencia ofrece criterios para delimitar el objeto de la sanción, pero realmente no se especifican, o se confunden, los dos efectos de la pena: la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere (y los honores anejos), y la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos durante el tiempo de la condena. Como se verá más adelante, este segundo aspecto de la pena exige que el tribunal determine el contenido o las pautas de tal analogía. No obstante, no debe olvidarse que, en primer lugar, ha de concretarse el empleo o cargo específico objeto de privación, y, tomándolo como base, se definirán cuáles son los empleos o cargos análogos a los que no se podrá acceder durante el tiempo de la condena. Por lo tanto, no resulta adecuado establecer una definición genérica de los tipos de empleos y cargos afectados por la condena sin partir de un concreto empleo o cargo objeto de privación, tal y como se aprecia en los casos siguientes:

– Caso Gürtel-Fitur: la STSJ Valencia 2/2017, de 8 de febrero, posteriormente confirmada por la STS 214/2018, de 8 de mayo, imponía expresamente

[1] En muchos casos, esta importante omisión en el fallo condenatorio se trata de solventar a través de un auto de aclaración de sentencia; asimismo, también resulta habitual que tal omisión sea corregida por un tribunal superior que resuelve un recurso contra la sentencia condenatoria. *Vid.,* al respecto, Puente Aba, L. M., «La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público en el ámbito de los delitos de corrupción relacionados con la contratación pública», *Estudios penales y criminológicos*, núm. 40, 2020, pp. 273 ss.

la pena de «inhabilitación especial para el desempeño de empleos o cargos públicos relacionados con actividades propias de la contratación administrativa». Realmente, esta sanción afecta a empleos y cargos concretos, y por ello es necesario identificar en primer lugar el cargo o empleo específico que tiene la persona condenada y que será objeto de privación; cuestión distinta es que posteriormente, para determinar cuáles son los empleos o cargos análogos a los que no podrá acceder durante el tiempo de condena, se emplee una expresión similar a la que aparece en la sentencia [2].

– Caso Puerto de Málaga: tal y como se indicó anteriormente, la STS 249/2023, de 11 de abril, imponía literalmente «una pena de inhabilitación especial para cargo o empleo público, concretado en la prohibición y privación de empleo o cargos públicos». Buscando una mayor información en la sentencia de instancia, vemos que se condenaba a «inhabilitación especial para empleo o cargo público por dos años y que, conforme a lo previsto en el artículo 42 CP, se concreta en la privación o prohibición de empleos o cargos públicos que hayan tenido relación directa con el delito cometido, más concretamente de cualquier empleo o cargo relacionado con las administraciones públicas portuarias». Aquí, de nuevo, debería identificarse de entrada el concreto cargo o empleo objeto de privación, y a continuación determinar los empleos o cargos análogos a los que no se podrá acceder durante el tiempo de condena.

En suma, en estos casos se puede comprobar que los tribunales han acudido a la analogía para fijar ya el empleo o cargo objeto de privación, sin especificar previamente un empleo o cargo público concreto. No obstante, hay que tener presente que no deben confundirse los dos efectos de la pena, de tal modo que, en primer lugar, habrá que determinar un empleo o cargo concreto (o más de uno, de ser el caso, pero asimismo claramente especificados), y, en segundo lugar, deberá determinarse cuáles son los empleos o cargos análogos al que ha sido objeto de privación, a los que no se podrá acceder durante el tiempo que dure la condena [3].

En tercer lugar, un problema añadido es el de la fijación de los efectos de esta pena cuando afecta a personas que no son funcionarias públicas ni tienen ningún cargo público; esta situación se planteó en los dos casos anteriormente indicados.

En la sentencia del caso Gürtel-Fitur hay particulares (empresarios) condenados, entre otros delitos, por el de asociación ilícita. Aquí, sin duda, subya-

[2] *Vid.* Puente Aba, L. M., *Estudios penales y criminológicos*, núm. 40, 2020, p. 275.
[3] Sobre esta cuestión se volverá a incidir en el apartado V.

ce la dificultad derivada de la previsión de una pena de inhabilitación para empleo o cargo público en un delito que, por definición, no guarda conexión estrecha con el hecho de ostentar uno de estos empleos o cargos. En el caso Puerto de Málaga, el Tribunal Supremo, al condenar a un particular como cómplice de un delito de falsedad en documento oficial en concurso con otro de malversación de caudales públicos, le impuso sin más una «pena de inhabilitación para cargo y empleo público de diez meses»; aquí también la sentencia de instancia precisaba que la inhabilitación «se concreta en la privación o prohibición de empleos o cargos públicos que hayan tenido relación directa con el delito cometido, más concretamente de cualquier empleo o cargo relacionado con las administraciones públicas portuarias». En estos supuestos, dado que la persona condenada no posee ningún empleo o cargo público, no se le podrá privar de ninguno de ellos; por consiguiente, realmente se complica la tarea de establecer los empleos o cargos análogos a los que no se podrá acceder durante el tiempo de la condena [4].

Por citar otro ejemplo en la misma línea, cabe mencionar la STSJ Cataluña 1777/2023, de 29 de marzo, en la que, entre las penas que aplicaba, se hallaba la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, prevista como principal en el delito de falsedad del artículo 390 del CP. El Ministerio Fiscal solicitaba la imposición de la pena de «inhabilitación especial para empleo o cargo público en la administración local, comarcal, autonómica y estatal», tanto para la autora de este delito (que sí poseía un cargo público) como para los dos particulares cooperadores necesarios. De nuevo, en este caso, las personas condenadas no poseían ningún empleo ni cargo público que pudiera ser objeto de privación, y así lo puso de manifiesto expresamente el tribunal, aplicando únicamente el segundo efecto de la pena, y estableciendo la analogía con el ámbito en el que se realizó la actividad delictiva: fueron condenados a inhabilitación especial para contratar con las Administraciones públicas o sus entes dependientes [5].

---

[4] Manifiestan Orts Berenguer, E. / González Cussac, J. L., *Compendio de Derecho Penal. Parte general*, 10.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2023, p. 490, que este segundo efecto de la pena de inhabilitación alcanza tanto a los condenados que sean funcionarios públicos como a los particulares que no tengan tal condición.

[5] En la sentencia se indica expresamente que «la pena de inhabilitación especial deberá quedar enmarcada en el ámbito en que se realizó la actividad delictiva por la que resultan condenados estos dos acusados, que no es otra que la contratación con la Administración pública, dado que en ninguno de ellos concurre la condición de autoridad o funcionario público que hubiere sido aprovechada para la comisión de los delitos falsarios por los que deben responder, y que sería el escenario único que justificaría extender los efectos de esta inhabilitación a los empleos o cargos públicos que se reclama para ellos en la petición de la Sra. Fiscal».

Pueden ponerse más ejemplos de sentencias que condenan a esta pena de inhabilitación especial a personas particulares, sin más mención que aquellos empleos o cargos públicos a los que no se podrá acceder durante el tiempo de la condena: así, por ejemplo, la SAP Valencia 476/2021, de 30 de julio, que

En fin, todas las problemáticas anteriores generan una indefinición en el ámbito de extensión de la pena, suscitando dudas interpretativas con respecto a los límites exactos de la restricción de los derechos afectados. Dos ejemplos pueden ilustrar esta afirmación.

En primer lugar, resulta interesante el caso resuelto en la sentencia del Juzgado de lo contencioso–administrativo núm. 3 de Pontevedra, 84/2003, de 3 de mayo. Este Juzgado trató un problema derivado de una previa sentencia del Juzgado de lo penal núm. 2 de Pontevedra (de 24 de abril de 2001), que condenaba escuetamente a la pena de «inhabilitación especial para empleo o cargo público», sin precisar sobre qué concreto empleo o cargo recaía la condena. Como consecuencia de esta condena, la Junta electoral de Zona de Ponteareas excluyó al condenado de la lista de candidatos de un partido político que se presentaba a unas elecciones locales. Sin embargo, el Juzgado de lo contencioso–administrativo entendió que, ante la falta de precisión de la sentencia penal, no podía interpretarse de forma extensiva el objeto de la pena de inhabilitación, y, por lo tanto, debía concluirse que «la pena de inhabilitación acordada en la mencionada sentencia sólo afecta al cargo de alcalde que desempeñaba el condenado en el momento de la comisión de los hechos, pero no a otros análogos por no haberse inhabilitado por quien debía hacerlo, pues ello supondría admitir una proyección extensiva de los efectos de la condena que excede de las atribuciones de este juzgado contencioso-administrativo; en suma, la sentencia firme cuyo análisis motivó el acuerdo impugnado sólo puede ser entendida en el sentido de despojarle […] de la posibilidad de tener acceso al cargo de alcalde en ese sentido restrictivo y no omnicomprensivo o extensivo a otros empleos, aunque puedan ser semejantes, como se hace en el acuerdo impugnado». En este sentido, la sentencia contencioso-administrativa manifestaba: «aunque para ser elegido alcalde es necesario ser concejal, se puede ostentar este último cargo existiendo una prohibición expresa para ser elegido alcalde, de modo que aunque ambos cargos desarrollan tareas municipales, tienen atribuciones distintas y la posible inhabilitación en una condena penal tendría que haberse fijado expresamente por el órgano juzgador de esa sede, lo que no se ha hecho en la repetida sentencia firme de 24.04.01» [6].

condena a un particular como cooperador necesario en un delito de malversación, a «inhabilitación especial para empleo o cargo público, extendiéndose a todos los empleos o cargos públicos a los que pueda accederse por elección o libre designación en el ámbito de la Administración Pública de la Comunidad Valenciana».

[6] *Vid.,* sobre este caso, Guerra Gallardo, M., «¿Cuál es el alcance de las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público cuando no se especifican en la sentencia penal los empleos y cargos públicos sobre los que recae la inhabilitación?», *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 6, 2023, pp. 25-26.

En segundo lugar, es ilustrativo el caso resuelto por la SAP Valencia 476/2021, de 30 de julio, que condenó a la persona acusada (Directora gerente del Instituto Valenciano de Arte Moderno) como autora de prevaricación y malversación, a la pena de «inhabilitación especial para empleo o cargo público, extendiéndose a todos los empleos o cargos públicos a los que pueda accederse por elección o libre designación en el ámbito de la Administración Pública de la Comunidad Valenciana». A la hora de dar cumplimiento a la sentencia de condena, se planteó la disyuntiva de si esta sanción afectaba únicamente a este cargo público o también a la condición de funcionaria pública de la persona condenada. Este interrogante dio lugar a la intervención del Consejo consultivo de la Comunidad Valenciana, que en su dictamen 153/2022 recuerda la necesidad de fijar taxativamente el primer efecto de la pena de inhabilitación especial, esto es, los concretos empleos o cargos que serán objeto de privación. Coherentemente, el dictamen pone de relieve la imposibilidad de suplir o completar las previsiones de la sentencia condenatoria, y también de llevar a cabo una interpretación extensiva del fallo; por consiguiente, considera improcedente que la pena prive de la condición de funcionaria pública si tal extremo no ha sido establecido por el órgano judicial.

III. LA ELECCIÓN DEL EMPLEO O CARGO PÚBLICO AFECTADOS POR LA CONDENA: ¿SE EXIGE VINCULACIÓN CON EL DELITO COMETIDO?

La fijación del empleo o cargo público afectado por la condena es esencial [7], no solo por la necesidad de determinar claramente cuál es el objeto de la pena, sino también porque será el punto de referencia para establecer cuáles son los empleos o cargos análogos a los que no se podrá acceder durante el tiempo que dure la condena [8]. La concreción del empleo o cargo público objeto de privación, además, es generalmente una tarea simple, fundamentalmente cuando la persona condenada solo tiene un empleo o cargo. No obstante, pueden presentarse diversas situaciones problemáticas a la hora de fijar el concreto empleo o cargo objeto de la pena de inhabilitación especial.

[7] *Vid.,* por ejemplo, Gili Pascual, A., «La inhabilitación para empleo público en el Derecho penal actual», *Cuadernos de política criminal*, núm. 124, 2018, p. 165; Puente Aba, L. M., *Estudios penales y criminológicos*, núm. 40, 2020, p. 276.

[8] Manifiesta la STS 426/2016, de 19 de mayo, que «deberán especificarse los cargos o empleos sobre los que recae la inhabilitación, en virtud del principio de interpretación restrictiva de la pena, para evitar una analogía generadora o indeterminada».

Así, se plantea el interrogante relativo a la necesidad de vinculación entre la naturaleza del delito cometido y la clase de empleo o cargo público. Esta conexión es exigida por el artículo 56 CP cuando la inhabilitación especial se impone como pena accesoria, ya que el precepto hace referencia a la «relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación». En cambio, no existe ninguna previsión similar para los casos en que la inhabilitación especial está prevista como pena principal. Ello ha llevado a afirmaciones como la contenida en la STS 627/2019, de 18 de diciembre: «La jurisprudencia ha expresado la necesidad de diferenciar cuando la pena de inhabilitación especial reviste el carácter de pena principal (art. 42 CP), de aquellos casos en los que se impone como pena accesoria (art. 56 CP), requiriendo la imposición de esta última una especial motivación, mientras que la imposición de la pena principal de inhabilitación especial no tiene que argumentarse, más allá del juicio de subsunción del comportamiento analizado en uno de los tipos penales que contemplan esa sanción como ineludible, sin perjuicio de que se especifiquen en la sentencia en base al artículo 42 CP, y del derecho a la tutela judicial efectiva, la concreción de la pena que se impone». La STS 179/2021, de 2 de marzo, se encuentra en la misma línea al afirmar que, «cuando la pena de inhabilitación se impone como accesoria el citado artículo 56 CP exige que el ejercicio de la función o derecho sobre el que recae la inhabilitación haya tenido una relación directa con el delito cometido; imponiéndose en garantía del correcto ejercicio de la discrecionalidad judicial que la sentencia determine expresamente esa vinculación, como una manifestación más del deber de motivación establecido en el artículo 120.3 de la CE (SSTS 895/2013, de 27 de noviembre o 259/2015, de 30 de abril). Cuando la pena de inhabilitación se impone como principal no ha de justificarse su imposición más allá del juicio de subsunción del comportamiento analizado en uno de los tipos penales que contemplan esa sanción como ineludible. Sin embargo, tendrán que especificarse las actividades a las que se refiere la inhabilitación, pues la inhabilitación especial –accesoria o principal– no tiene un alcance general, sino que sólo se proyecta respecto del empleo o cargo sobre el que recaiga, el cual debe especificarse en la sentencia» [9].

[9] No obstante, hay algunas otras resoluciones judiciales que se manifiestan en un sentido distinto. Así, por ejemplo, la STS 3408/1995, de 12 de junio de 1995, en relación con el delito de infidelidad en la custodia de documentos, que prevé como pena principal la inhabilitación especial, dice textualmente que, «como ya se ha dicho reiteradamente por la jurisprudencia de esta Sala las inhabilitaciones y suspensiones sólo se proyectan sobre el cargo público con el que se relaciona directamente el delito cometido, por lo que la inhabilitación especial quedará limitada a cargo público relacionado directamente con la Administración de Correos y Telecomunicaciones así como todos aquellos que se desarrollan en el ámbito de empresas relacionadas con el citado organismo». Ciertamente, el Tribunal Supremo no distingue entre pena

Es cierto que, cuando la pena de inhabilitación se impone como principal, el Código Penal no exige la citada vinculación entre el objeto de la inhabilitación y el delito cometido, pero no hay que olvidar que, para imponer esta pena, tendrán que especificarse las actividades a las que se refiere, pues la inhabilitación especial –accesoria o principal– no tiene un alcance general, sino que solo se proyecta en el empleo o cargo sobre el que recaiga y los que se juzguen análogos. Precisamente el artículo 42 del texto punitivo determina que tales empleos o cargos análogos habrán de especificarse en la sentencia, lo cual además resulta necesario desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, manifestado en la motivación y concreción de la pena que se impone.

Ciertamente, en muchos casos no se planteará este problema ya que, con carácter general, la inhabilitación para empleos o cargos públicos se establece para aquellas categorías delictivas donde el desempeño del empleo o cargo resulta inherente a la conducta delictiva (v.gr. en los delitos contra la Administración pública). Sin embargo, existen supuestos en los que se prevé esta pena como principal, pero no hay una conexión clara y directa, o al menos no necesariamente, entre empleos y cargos públicos y comportamiento delictivo (v.gr. en las asociaciones ilícitas); además, hay casos en los que tal pena puede resultar aplicable a personas que no tienen ningún empleo ni cargo público (v.gr. cuando se condena a un particular como partícipe en un delito cometido por autoridades o funcionarios públicos). Y, finalmente, se plantea un problema en aquellos casos en los que, aun existiendo una relación entre la conducta delictiva y el empleo o cargo público, la persona condenada posee simultáneamente dos empleos o cargos, o un empleo y un cargo público, y debe dilucidarse si la pena afecta a ambos o solo a uno de ellos, y en este último caso, cuáles serían los criterios para escoger entre uno y otro.

Precisamente en relación con esta última problemática, podríamos identificar, sin ánimo de exhaustividad, una variada gama de ejemplos:

– Persona que tiene simultáneamente dos empleos públicos, o que desempeña a la vez un empleo y un cargo público. El primer supuesto se referiría a los casos que se enmarquen en el régimen de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas (v.gr. un médico funcionario público que también se dedica a la

principal o accesoria, si bien, como se ha indicado, efectúa tales manifestaciones en relación con un delito que prevé la inhabilitación especial como pena principal. En esta línea se encuentran resoluciones de otros tribunales, como, por ejemplo, la SAP Madrid 103/2021, de 14 de marzo, en relación con una condena por la misma infracción delictiva.

docencia universitaria) [10]; en el segundo caso estarían, por ejemplo, quienes desempeñan cargos electivos en régimen de dedicación no exclusiva (artículo 5 de la citada Ley 53/1984) [11].

– Persona empleada pública que está desempeñando un cargo público, por designación o por elección, y que por ese motivo está en situación de servicios especiales (artículo 87 del Estatuto Básico del Empleado Público) [12].

– Persona titular de un determinado empleo o cargo público en el momento de cometer el delito, pero que posee otro empleo o cargo diferente al tiempo del enjuiciamiento.

La problemática común a estas situaciones se centra en determinar a qué empleo o cargo afecta la pena de inhabilitación especial. Por ello, ante supuestos como los enumerados anteriormente, e imponiéndose la inhabilitación como pena principal, podemos encontrar diversos criterios manejados por los tribunales, que atienden a las peculiaridades de cada caso concreto.

De entrada, cabe citar resoluciones como las SSTS 426/2016, de 19 de mayo, y 259/2015, de 30 de abril; como se verá, en ambas la pena afectó a todo tipo de empleos y cargos públicos de la persona penada.

En el caso de la STS 426/2016, de 19 de mayo, la pena de inhabilitación especial afectó no solo al concreto cargo público en cuyo desempeño se había cometido el delito, sino también a la condición de funcionario público del condenado. La persona condenada había cometido el delito en el ejercicio del cargo de Subdelegado del Gobierno; fue condenado en instancia a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, sin más precisión [13], y el Tribunal Supremo decidió privarle no solo de su cargo de Subdelegado del Gobierno, sino también de su condición de funcionario público.

Esta resolución judicial, con razón, manifestó en su Fundamento jurídico cuarto que la sentencia de instancia no había precisado los empleos o cargos

---

[10] *Vid.* Palomar Olmeda, A. / Vázquez Garranzo, J., *Practicum Función pública*, Cizur Menor (Thomson Reuters Aranzadi), 2016, pp. 367 ss.; Parada Vázquez, R. / Fuentetaja Pastor, J., *Derecho de la función pública*, 2.ª ed., Madrid (Civitas Thomson Reuters), 2019, p. 523.

[11] *Vid.* Palomar Olmeda, A. / Vázquez Garranzo, J., 2016, pp. 367 ss.; Parada Vázquez, R. / Fuentetaja Pastor, J., 2019, p. 523.

[12] *Vid.* Palomar Olmeda, A. / Vázquez Garranzo, J., 2016, pp. 225 ss.; Parada Vázquez, R. / Fuentetaja Pastor, J., 2019, pp. 379 ss. A este supuesto podría asimilarse el nombramiento de personal funcionario de una Corporación local, por razones de urgencia y necesidad, para desarrollar las funciones de puestos reservados a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional en caso de ausencia de su titular (destacadamente, Secretarios e Interventores accidentales); *vid.* Puente Aba, L. M., *Estudios penales y criminológicos*, núm. 40, 2020, p. 280.

[13] La SAP Lugo 133/2015, de 30 de junio, condenó a los dos acusados, sin más, a «inhabilitación especial para empleo o cargo público» (entre otras penas).

sobre los que recaía la inhabilitación especial, «por lo que deberá referirse al cargo que venía ocupando cuando cometió el delito, en este caso el de Subdelegado de Gobierno». Pero, a mayores, el Tribunal Supremo indicó que «el cargo de Subdelegado del Gobierno es un cargo de libre designación para el que se requiere ser funcionario de carrera, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales, además de ostentar una titulación académica. Pretender que la inhabilitación especial afecta solamente al cargo de Subdelegado del Gobierno y deja intacta la relación funcionarial o de empleo, restaría fuerza ejecutiva al sistema penal, pues el recurrente se valió de su posición de funcionario público para acceder a tal cargo, y el delito de tráfico de influencias quedaría en parte impune, mediante la simple artimaña de sustituir el cargo político por otro durante la tramitación del proceso penal, reduciendo a lo meramente simbólico la inhabilitación especial que como pena principal lleva consigo el referido delito».

En esta línea cabe citar también la STS 259/2015, de 30 de abril: en este supuesto, el condenado había cometido el delito en el desempeño de un cargo público en el Gobierno de la Comunidad Autónoma, pero tenía otro cargo diferente (parlamentario autonómico) en el momento del enjuiciamiento. A pesar de ello, el tribunal de instancia decidió privarle de este cargo público en el Parlamento, resolución que mantuvo el Tribunal Supremo con base en los siguientes argumentos: «Es obvio que cuando el delito de prevaricación se comete en un cargo público de naturaleza política, como lo es el de miembro de Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, constituiría una burla al respeto que los ciudadanos deben al buen funcionamiento de los Poderes Públicos, que la pena de inhabilitación se limitase al cargo específico en el que se cometió la prevaricación, y permitiese al condenado seguir cometiendo esta clase de delitos en otro cargo análogo, fruto directo o indirecto de unas elecciones políticas, por el mero hecho de trasladarse de un cargo de representación política a otro similar, en el propio Gobierno Autonómico o de la Nación, en el Parlamento Autonómico, del Estado o de la Unión Europea, o en el ámbito municipal. […] En consecuencia, la inhabilitación establecida como condena por el delito de prevaricación cometido por el miembro de un Consejo de Gobierno Autonómico, que en función de sus intereses políticos inmediatos prescindió de modo personal y directo de las exigencias esenciales del procedimiento de contratación administrativa, vulnerando todas las reglas establecidas para garantizar el control de los gastos públicos, debe extenderse a otros cargos públicos similares obtenidos por elección ciudadana, pues el representante que no ha sabido cumplir con las reglas de probidad y respeto de la legalidad en su gestión como Viceconsejero, difícilmente puede hacerse merecedor

de la confianza en un cargo de representante parlamentario, en el que participa en las manifestaciones más importantes de la voluntad popular y del ejercicio del control político de la gestión del ejecutivo».

En cambio, y en relación con la posible dualidad funcionario público-cargo público, la sentencia de instancia había determinado que la pérdida del concreto cargo público (parlamentario autonómico) «no implicará la pérdida de su condición de funcionario si la tuviera», cuestión que no fue rebatida por el Tribunal Supremo. Tal interpretación es la misma que se mantuvo en relación con el otro sujeto condenado, pues el tribunal determinó que la pena supondría la «pérdida de su condición de Jefe de cualquier órgano o unidad administrativa de libre elección o con funciones directivas si las tuviera en el momento de la condena, así como la imposibilidad de ser nombrado para ellas o para cualquier otro puesto representativo, ejecutivo o gestor por una autoridad pública, salvo aquellos puestos de RPT que se cubran por concurso, por dicho periodo, si bien, no implicará pérdida de su condición de funcionario».

También resulta de interés a estos efectos, planteando un supuesto ciertamente similar, el ATSJ Cataluña de 23 de noviembre de 2017, en relación con un delito de malversación cometido por un funcionario del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa de la Administración de Justicia cuando no desempeñaba tal puesto, sino que era Letrado de la Administración de Justicia sustituto. El condenado alegaba que pertenecer al Cuerpo de Gestión no era requisito imprescindible para ser Letrado sustituto, pero el tribunal consideró que sí era parcialmente determinante, pues constituía mérito preferente que le facilitaba acceder al puesto. De este modo, el Auto dispuso que la pena de inhabilitación especial (impuesta en sentencia del Tribunal del Jurado de 11 mayo de 2017) incluía la privación definitiva del empleo de funcionario de Gestión Procesal y Administrativa de la Administración de Justicia que ostentaba el penado, así como la imposibilidad o incapacidad para recuperar dicho empleo o cargo, o para acceder al empleo de Letrado de la Administración de Justicia durante el tiempo de la condena.

En sentido contrario a las resoluciones anteriores, cabe citar las SSTS 314/2017, de 3 de mayo, y 597/2014, de 30 de julio. En estos casos, para definir el objeto de la pena de inhabilitación especial, el Tribunal Supremo atendió a la vinculación entre los hechos delictivos y el empleo o cargo afectados por la condena [14].

[14] Pueden verse ejemplos y referencias jurisprudenciales en Cardenal Montraveta, S., «Artículo 42», en Corcoy Bidasolo, M. / Mir Puig, S. (dirs.), *Comentarios al Código penal. Reformas LLOO 1/2023, 3/2023 y 4/2023*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2024, p. 264; y en Puente Aba, L. M., *Estudios penales y criminológicos*, núm. 40, 2020, pp. 281 ss. *Vid.* al respecto Guerra Gallardo, M., *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 6, 2023, pp. 25-26.

En el caso de la STS 314/2017, de 3 de mayo, se trataba de un funcionario del Cuerpo Auxiliar de la Administración de la Comunidad Autónoma, que había sido condenado en instancia por un delito de malversación cometido en el desempeño de sus cargos de Director General en el Gobierno autonómico y de Presidente del Consejo de Dirección de un Consorcio autonómico. El tribunal de instancia, en un Auto de aclaración de sentencia, dictaminó que la pena de inhabilitación especial impuesta al condenado abarcaba todo empleo o cargo público, incluyendo no solo los concretos cargos que ostentaba al cometer el delito, sino también su condición de funcionario de carrera. Es interesante tener en cuenta los argumentos expuestos por el Tribunal Supremo en relación con la pena de inhabilitación especial, criticando la interpretación extensiva efectuada por el tribunal de instancia (si bien, finalmente, no se estimó el recurso del condenado puesto que, además de la pena de inhabilitación especial, también se le había impuesto la de inhabilitación absoluta): «Las funciones en cuyo ejercicio se perpetraron los comportamientos delictivos, no fueron las propias de su condición de funcionario del cuerpo auxiliar, dado que el recurrente no estaba en activo en dicho cuerpo y perpetró el delito con ocasión del puesto de libre designación para el que había sido elegido, de Director General de Juventud, de la Consejería de Deportes y Juventud del Gobierno Balear. De hecho, la sentencia no sólo no establece ninguna vinculación entre los delitos cometidos y su puesto de funcionario del cuerpo auxiliar de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, sino que ignora y desconoce por completo tal condición. Por último, la concreción que en su aclaración hace finalmente el Tribunal, a que la inhabilitación lo es para todo empleo o cargo público, bien sea de carrera o electo, para cualquier administración estatal, autonómica, insular o local, y sin ninguna discriminación de su vinculación con los hechos, parece situar la pena de inhabilitación especial en el espacio propio de la inhabilitación absoluta, con la dimensión omnicomprensiva que eso comporta y que la jurisprudencia de esta Sala rechaza (STS 552/2006, de 16 de mayo)».

Por su parte, en el caso de STS 597/2014, de 30 de julio, la inhabilitación especial afectó a los cargos de Alcalde, Teniente de Alcalde y Concejal que poseían los condenados, y se estableció que no podrían acceder a cualesquiera otros cargos de naturaleza electiva y ámbito local que implicasen participación en el gobierno municipal, y asimismo otros análogos en el ámbito insular, autonómico o estatal. Aquí interesa señalar que uno de los acusados, el Teniente de Alcalde, solo perdió esta misma condición, en la cual había cometido el delito, pero continuó con su empleo público de Catedrático de Universidad.

Otro supuesto en la misma línea es el enjuiciado en la SAP Santa Cruz de Tenerife 120/2017, de 20 de marzo; aquí también se distinguió entre el cargo

público ocupado en el momento de cometer el delito, y la previa condición de funcionario público del sujeto condenado. Al referirse a la condena de instancia, la Audiencia Provincial indicó que «la sentencia, aclarada por el auto de 5 de mayo de 2016, condena al recurrente a inhabilitación especial durante seis años, para todo empleo o cargo público que conlleve la gestión de intereses públicos y suponga la adopción de decisiones de tal naturaleza, tanto si es electivo como de confianza, y extendiéndose dicha inhabilitación a todo cargo de representación política u otro similar, en el propio Gobierno Autonómico o de la Nación, en el Parlamento Autonómico, del Estado o de la Unión Europea, o en el ámbito municipal. Dicha inhabilitación no afectará a su cargo actual como su carácter de funcionario público en este caso (psicólogo), si lo tuviere, siempre que la labor que desempeñe sea estrictamente facultativa o profesional como experto en Psicología y aplicando dichos conocimientos, al margen de sus funciones de decisión, gestión o representación de los intereses públicos». Así, la sentencia de la Audiencia Provincial concluyó que «en el presente caso, el encausado ostentaba la condición electiva de Alcalde y funcionario municipal, habiéndose cometido el delito en el ejercicio de su condición de Alcalde. Desde tal perspectiva y a la vista de los hechos declarados probados parece razonable limitar la inhabilitación a dicha condición y como dice el artículo 42 a la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos durante el tiempo de la condena; la inhabilitación lo será para cualquier otro cargo electo y en los ámbitos públicos a los que se ha extendido en la sentencia, pues el delito se ha cometido en ejercicio del poder de representación y ese poder es el conlleva inherente la responsabilidad en cualquier ámbito en el que se ejercite. Dicha circunstancia y en relación al delito cometido, no afecta a la condición de funcionario, la que deberá quedar excluida de la inhabilitación, pues de lo contrario se estaría realizando una interpretación extensiva, no permitida, de la norma penal».

Esta problemática en la definición del ámbito que abarca esta pena llegó incluso al Tribunal Constitucional. Así, cabe citar dos casos controvertidos que llegaron a ser objeto de las SSTC 151/1999, de 14 de septiembre, y 25/2022, de 23 de febrero. En el primer supuesto, el condenado fue privado de los dos cargos públicos que ostentaba: alcalde y senador. En el segundo supuesto, se trataba de una condena a «inhabilitación especial para el ejercicio de cargos públicos electivos, ya sean de ámbito local, autonómico, estatal o europeo, así como para el desempeño de funciones de gobierno en los ámbitos local, autonómico y del Estado». La solución no fue unánime en el seno del Tribunal, puesto que ambas sentencias cuentan con votos particulares que planteaban sus objeciones a la decisión mayoritaria, la cual legitimaba la privación de to-

dos los cargos ostentados por los condenados, como consecuencia de la imposición de la pena de inhabilitación especial. Así, mientras que en los fundamentos jurídicos de las sentencias se afirma que la privación de las distintas categorías de cargos estaría justificada por la ausencia de ejemplaridad y confianza exigibles a toda función pública [15], que se han quebrado por la comisión del delito, los votos particulares plantean sus objeciones a este carácter omnicomprensivo de la pena desde las perspectivas del principio de proporcionalidad y de la seguridad jurídica y previsibilidad de las medidas restrictivas de un derecho fundamental (el derecho de acceso a los cargos públicos reconocido en el art. 23.2 de la Constitución) [16].

Las argumentaciones de los votos particulares resultan sumamente interesantes, destacadamente en lo que respecta al cuestionamiento de la pena del artículo 42 CP desde la perspectiva del principio de proporcionalidad. Efectivamente, la indeterminación del objeto de esta pena (que contrasta con la clara delimitación de los derechos afectados por las penas privativas de libertad y las pecuniarias), el carácter definitivo del primer efecto de la pena (la privación del empleo o cargo), la imposibilidad de graduación de este mismo efecto, y la ausencia de exigencia legal expresa de la vinculación entre delito y empleo o cargo cuando la pena se impone como principal, suponen una quiebra de los principios de taxatividad y proporcionalidad.

Aquí no se trata de aplicar el principio de proporcionalidad a un caso concreto o un tipo penal específico; simplemente, se trata de analizar la actual configuración de la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, que puede dar lugar a que, en su aplicación al caso concreto o en su previsión legal para conductas específicas, se generen reparos desde la perspectiva del principio de proporcionalidad. En concreto, se trata del análisis del principio de proporcionalidad en sentido estricto que, al requerir la equivalencia entre la entidad del delito y la gravedad de la pena, inevitablemente

[15] En cuanto a la específica cuestión de la vinculación entre el empleo o cargo público y el delito cometido, llaman la atención determinados pasajes de la STC 25/2022, de 23 de febrero. En primer lugar, se indica que «una cosa es que la sentencia deba indicar los cargos sobre los que recae y otra distinta es que estos cargos hayan de guardar «relación directa» con el delito cometido. Esto solo se exige en el caso de que la pena de inhabilitación se imponga como accesoria». No obstante, a continuación, hace hincapié en que «se puede apreciar la relación existente entre el hecho delictivo cometido y los cargos objeto de condena, así como de estos entre sí».

[16] Resultan de interés a este respecto las consideraciones de una sentencia más antigua, la STC 62/1982, de 15 de octubre, que, si bien no concedió el amparo solicitado por la persona condenada, afirmó que «para valorar la proporcionalidad de la pena cuando es de inhabilitación, debe tenerse en cuenta que la misma supone una restricción de la libertad de expresión por lo que su duración temporal habrá de ser limitada -de acuerdo con una fijación inicialmente confiada al arbitrio del legislador- y su contenido habrá de circunscribirse a la protección del bien o bienes jurídicos afectados».

supone la existencia de un cierto margen de valoración; más aún, el Tribunal Constitucional manifiesta en su sentencia 60/2010, de 7 de octubre, que solo será constitucionalmente relevante una falta de proporcionalidad «evidente o manifiesta». La intensidad de la sanción penal ha de guardar relación con el interés que se desea proteger; la pena, al constituir una afectación a derechos fundamentales (en este caso, el reconocido en el artículo 23 de la Constitución) [17], solo resultará proporcionada si va dirigida a evitar lesiones de otros derechos fundamentales o de intereses sociales esenciales, siempre que se haya constatado su merecimiento de tutela penal y la especial intensidad con que resultan afectados [18].

La valoración de la proporcionalidad no presenta la misma complejidad en todas las penas, pues resulta más sencilla en aquellas cuya variación constituye únicamente una dimensión mensurable (el tiempo o el dinero, en las

[17] Con carácter general se ha considerado que, teniendo en cuenta el efecto estigmatizante de las sanciones penales, todas ellas afectan, cuando menos, al derecho al honor: cfr. Lamarca Pérez, C., *El principio de proporcionalidad y el control constitucional de las leyes penales*, Madrid (Colex), 2011, p. 38; Lopera Mesa, G. P., *Principio de proporcionalidad y ley penal: bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2006, pp. 316 ss.

[18] *Vid.* con carácter general sobre este principio, por ejemplo, Aguado Correa, T., *El principio constitucional de proporcionalidad*, San José (Editorial Jurídica Continental), 2012, pp. 93 ss.; Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2003, pp. 686 ss.; De la Mata Barranco, N. J., *El principio de proporcionalidad penal*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2007, pp. 94 y 168 ss.; González Beilfuss, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 2.ª ed., Cizur Menor (Aranzadi Thomson Reuters), 2015, pp. 75 ss.; Lamarca Pérez, C., 2011, pp. 34-36; Lopera Mesa, G. P., 2006; Mir Puig, S., «El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal», en Mir Puig, S. / Queralt Jiménez, J. J. (dirs.), *Constitución y principios del Derecho penal: algunas bases constitucionales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2010, pp. 68 y 77-78.

El voto particular de la STC 91/2021, de 22 de abril, resume los elementos esenciales del principio de proporcionalidad que fueron destacados en la STC 136/1999, de 20 de julio (caso Mesa HB), la cual había declarado inconstitucional el artículo 174 bis a) del Código Penal de 1973, con base en la vulneración de este principio: «(i) El amplio margen de libertad del legislador penal para la configuración de los tipos y la cuantificación de las penas producto de un complejo juicio de oportunidad. (ii) La limitación del control de constitucionalidad en esta materia a la verificación de que no se produzca un patente derroche inútil de coacción que convierta la norma en arbitraria y que socave los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de derecho. A estos efectos, se debe indagar sobre (a) si los fines de protección de la norma penal son relevantes; (b) si la medida era idónea y necesaria para alcanzar esos fines de protección, por no ser manifiestamente suficientes medios alternativos; y (c) si el precepto es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena».

También cabe destacar la STC 55/1996, de 28 de marzo, en la que se indica que «el ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales. Así ha venido reconociéndolo este Tribunal en numerosas Sentencias en las que se ha declarado que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza».

penas privativas de libertad y las pecuniarias, respectivamente), que se presenta de modo relativamente uniforme en cualquier persona condenada; por el contrario, esta medición resulta más complicada en penas como la inhabilitación especial, que no solo tiene dos efectos diferenciados, sino que presenta un diverso grado de afectación personal en función de la previa situación del sujeto condenado.

Resulta de interés atender a los criterios que apunta la citada STC 60/2010, de 7 de octubre, para juzgar si se está respetando o no el principio de proporcionalidad. En primer lugar, el Tribunal Constitucional alude a las posibilidades de graduación de la pena, dentro de un amplio marco temporal, como pauta para articular una respuesta proporcional a la gravedad del delito [19]. Esta posibilidad de extensión en el tiempo de la pena de inhabilitación solo puede predicarse del segundo de sus efectos (la incapacidad para acceder a empleos o cargos), pero no del primero, que implica la pérdida instantánea y definitiva del empleo o cargo público. En segundo lugar, el Tribunal pone de relieve la existencia de otros preceptos penales que permiten modular la pena prevista para un determinado delito: así, por ejemplo, cita la posibilidad de atenuar la pena debido a la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal [20]; a estos supuestos podría equipararse la necesaria graduación de la pena en función de las fases de ejecución del delito y del grado de participación. De nuevo, tal opción solo es posible en relación con el segundo efecto de la pena de inhabilitación, no con respecto al primero.

Además de esta rigidez de la pena de inhabilitación especial, también suscita reparos la falta de claridad sobre la necesaria vinculación entre delito cometido y empleo o cargo objeto de privación. Se puede traer aquí a colación la STEDH de 28 de septiembre de 2004 (caso Sabou y Pircalab v. Rumania), en la que se analizó la disposición de la legislación rumana que establecía la privación automática de la

---

[19] FJ 17.º

[20] FJ 18.º De hecho, la citada STC 136/1999, de 20 de julio, declaró la inconstitucionalidad del delito de colaboración con banda armada tomando como base, entre otros argumentos, la inexistencia de previsión legal que permitiera atemperar la sanción penal para casos de escasa afectación al bien jurídico protegido. En cambio, la STC 60/2010, de 7 de octubre, consideró constitucional la pena de alejamiento del artículo 57.2 del CP tomando como base, entre otros argumentos, que su regulación legal permite al tribunal incidir en factores como la duración de la pena, lo cual posibilita tener en cuenta la perspectiva de proporcionalidad: *vid.* al respecto González Beilfuss, M., 2015, p. 67.

Esta idea, además, forma parte de la configuración del principio de proporcionalidad (recogido en el artículo 49.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea) por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Como manifiesta el voto particular de la STC 91/2021, de 22 de abril, el Tribunal de Justicia configura este principio exigiendo la adecuación de la gravedad de las infracciones y la gravedad de las sanciones, e interpreta que una sanción puede considerarse desproporcionada en función de las diversas opciones normativas existentes para aminorar la responsabilidad o sustituir las sanciones impuestas (STJUE 12 de septiembre de 2019, asunto C-64/18 y acumulados, §§ 42-47).

patria potestad como sanción accesoria a cualquier privación de libertad. El Tribunal consideró que esta previsión vulneraba el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (derecho a la vida privada y familiar), ya que la infracción penal cometida no guardaba relación alguna con el ejercicio de la patria potestad ni con los deberes paternofiliales; su configuración como sanción accesoria a cualquier privación de libertad, independientemente del delito cometido, y sin posibilidad de modulación, la convertía en un castigo de la persona condenada sin vinculación alguna con los intereses de menores de edad como objeto de protección [21].

Como conclusión, y para contrarrestar al menos este último reparo que presenta la pena desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, se puede proponer como criterio de interpretación que, aun cuando la inhabilitación especial se aplique como pena principal, es adecuado atender a la relación entre el delito cometido y el empleo o cargo que serán objeto de privación [22]. Ello resulta especialmente adecuado desde una perspectiva de prevención especial, puesto que se aparta al condenado del ámbito y función que ha empleado para cometer el delito; asimismo, teniendo en cuenta el potencial aflictivo de esta pena, se cumple un objetivo de prevención general pero modulado en función de la naturaleza y gravedad del delito. Asimismo, puede tomarse como base la idea de previsibilidad de las penas, integrada en el principio de legalidad del artículo 25 de la Constitución, tal y como se pone de relieve en el citado voto particular [23] de la STC 25/2022, de 23 de febrero [24].

---

[21] Es decir, se trata de una injerencia de la autoridad pública que no cabe justificar con arreglo a ninguna de las excepciones previstas en el apartado 2 del artículo 8 del Convenio.

[22] A favor de la vinculación con el delito cometido o el abuso de función pública, Gil Gil, A. / Lacruz López, J. M. / Melendo Pardos, M. / Núñez Fernández, J., *Consecuencias jurídicas del delito. Regulación y datos de la respuesta a la infracción penal en España*, Madrid (Dykinson), 2018, p. 153; Gili Pascual, A., *Cuadernos de política criminal*, núm. 124, 2018, pp. 166-167; Orts Berenguer, E. / González Cussac, J. L., 2023, p. 490; López Barja de Quiroga, J., *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Cizur Menor (Civitas Thomson Reuters), 2010, p. 1253; Manzanares Samaniego, J. L., *Comentarios al Código Penal*, Madrid (Wolters Kluwer), 2016, p. 223. *Vid.* Boldova Pasamar, M. A., «Penas privativas de derechos», en Boldova Pasamar, M. A. / Alastuey Dobón, C. (coords.), *Tratado de consecuencias jurídicas del delito*, 2.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2023, p. 209, indicando que la inhabilitación ha de referirse al empleo o cargo que el sujeto ostentaba al cometer el delito, y que sirvió para cometerlo; Cardenal Montraveta, S., 2024, p. 264, precisa que, en principio, el empleo o cargo público que se pierde es aquel en cuyo ejercicio se cometió el delito.

Por el contrario, manifestando que no es exigible la vinculación directa entre el cargo o empleo y el delito cometido cuando la pena se impone como principal, Hernández García, J., «Artículo 42», en Cuerda Arnau, M. L. (dir.), *Comentarios al Código Penal.* Tomo I, Valencia (Tirant lo Blanch), 2023, p. 456.

[23] Formulado por el magistrado Ramón Sáez Valcárcel. En tal voto particular se hace hincapié en que la previsibilidad de la pena solo puede afirmarse, en relación con esta sanción concreta, si su aplicación se orienta por criterios materiales razonables y estables, de tal modo que se circunscriba la pena al empleo o cargo vinculados con el delito cometido.

[24] *Vid.* la exigencia de la previsibilidad de las penas como dimanante de la idea de proporcionalidad, Quintero Olivares, G., «La realidad del principio de proporcionalidad en el Derecho penal español», en

Por otra parte, a continuación, se examinarán las demás objeciones que se han planteado desde la perspectiva del principio de proporcionalidad: el carácter definitivo del primer efecto de la pena (la privación del empleo o cargo público) y la imposibilidad de su graduación.

IV. EL CARÁCTER DEFINITIVO DE LA PÉRDIDA DEL EMPLEO O CARGO PÚBLICO

4.1 **La pérdida definitiva. ¿Posibilidad de fragmentación del empleo o cargo? ¿Distinción entre el ejercicio de la profesión y la condición de funcionario público?**

Si bien el artículo 42 CP es claro al estipular que la pena de inhabilitación especial produce la privación definitiva de los honores, empleos o cargos públicos afectados, no siempre se ha entendido claramente el alcance de este efecto de la pena. El uso de tal término implica que el sujeto pierde el empleo, o deja de ostentar el cargo, o se le retiran los honores; tal privación no es una mera suspensión, de modo que no se recuperan los empleos, cargos u honores una vez cumplida la pena [25]. Esto viene corroborado por los artículos 63 y 66 del Estatuto Básico del Empleado Público, según los cuales la pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial produce la pérdida de la condición de funcionario público.

Tal y como se ha indicado, este efecto definitivo de la pena de inhabilitación genera una situación problemática que choca con el principio de propor-

González–Cuéllar Serrano, N. / Demetrio Crespo, E. (dirs.), *Legalidad y defensa: garantías constitucionales del Derecho y la justicia penal*, (Ediciones Jurídicas Castillo de Luna), 2015, p. 173.

Asimismo, la STC 122/2021, de 2 de junio, indica que «la Constitución impone a los poderes públicos exigencias adicionales de previsibilidad y proporcionalidad de la reacción cuando se trata de limitaciones del ejercicio de derechos fundamentales que derivan del ejercicio del ius puniendi estatal (SSTC 104/1086, 107/1988, 137/1997, 110/2000, 88/2003, y 104/2011)».

[25] Cfr. Boldova Pasamar, M. A., 2023, p. 208; Cardenal Montraveta, S., 2024, p. 261; Gil Gil, A. / Lacruz López, J. M. / Melendo Pardos, M. / Núñez Fernández, J., 2018, p. 153; Gili Pascual, A., *Cuadernos de política criminal*, núm. 124, 2018, p. 170; Hernández García, J., 2023, p. 455; Manzanares Samaniego, J. L., 2016, p. 223; Pozuelo Pérez, L., *Las penas privativas de derechos en el Código penal*, Madrid (Colex), 1998, pp. 41 y 35; Puente Aba, L. M., *La pena de inhabilitación absoluta*, Granada (Comares), 2012, pp. 79 ss.; Puente Aba, L. M., «La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público», en Faraldo Cabana, P. / Puente Aba, L. M. (dirs.), *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013, p. 82; Sánchez Melgar, J., «La pena de inhabilitación: constitucionalidad, contenido y problemas», en AA. VV., *Constitución y garantías penales*, Madrid (CGPJ), 2004, p. 353; Tamarit Sumalla, J. M., «Artículo 42», en Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentarios al Código Penal español*, Tomo I, 8.ª ed., Cizur Menor (Thomson Reuters Aranzadi), 2024, p. 434.

cionalidad de las penas. La privación del empleo o cargo es un hecho que se perfecciona y agota instantáneamente, con carácter definitivo, en el mismo momento en que se inicia la ejecución de la pena, mientras que la incapacidad para su obtención es una situación que permanecerá todo el tiempo que dure la condena. De este modo, el efecto de privación del cargo no es fragmentable, y quedará invariable a pesar de que la pena prevista para el delito se suavice atendiendo, por ejemplo, a la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal o a que la infracción delictiva solo ha alcanzado el grado de tentativa [26]. Precisamente este conflicto entre el primer efecto de esta pena de inhabilitación (prevista como principal) [27] y el principio de proporcionalidad fue puesto de manifiesto en los votos particulares de la ya citada STC 25/2022, de 23 de febrero.

La redacción legal del artículo 42 CP, al referirse a la privación definitiva del empleo o cargo, no abre la posibilidad de fragmentar las diversas competencias o facetas de un mismo empleo o cargo, de tal modo que el condenado lo conserve, pero se le prohíba desempeñar determinadas funciones que le son propias. En cambio, es mucho más flexible la configuración de la pena de inhabilitación profesional en el artículo 45 CP, no solo porque se refiere a «profesión, oficio, industria o comercio u otras actividades», sino también porque se dispone expresamente que «la autoridad judicial podrá restringir la inhabilitación a determinadas actividades o funciones de la profesión u oficio, retribuido o no, permitiendo, si ello fuera posible, el ejercicio de aquellas funciones no directamente relacionadas con el delito cometido».

En la práctica judicial se han planteado algunas situaciones problemáticas, derivadas de la rigidez con que se configura la pena de inhabilitación especial, en las que también está presente el problema de la falta de precisión de la pena impuesta; a continuación, se ofrecerá algún ejemplo al respecto.

En primer lugar, cabe referirse al supuesto tratado en la STS 887/2008, de 10 de febrero. El tribunal de instancia condenó a los dos acusados por un delito de revelación de secretos por funcionario público, aplicándoles la pena

[26] Este problema lo pone de relieve Manzanares Samaniego, J. L., «Las inhabilitaciones para cargo público», en Díez Ripollés, J. L. y otros (eds.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid (Tecnos), 2002, pp. 1106-1107. *Vid.* también Gili Pascual, A., *Cuadernos de política criminal*, núm. 124, 2018, p. 170. Precisamente la gravedad de este primer efecto de la inhabilitación ha sido reconocida por nuestros tribunales, lo cual suele dar origen a peticiones de indulto en la propia sentencia condenatoria; *vid.* Puente Aba, L. M., 2012, p. 121.

[27] Ya que, en su previsión como pena accesoria (art. 56 CP), el tribunal tiene la opción de elegir entre diferentes tipos de penas; por ejemplo, se podría optar entre la imposición de la inhabilitación especial o la suspensión de empleo o cargo público.

de inhabilitación especial que les privó de su condición de bomberos, como funcionarios municipales. Dado que el delito había sido cometido con ocasión de su intervención como miembros de un tribunal encargado de evaluar las pruebas selectivas para el acceso, vía concurso-oposición, a plazas de bombero funcionario del Ayuntamiento, los condenados alegaron, en su recurso de casación, que la inhabilitación debería haber recaído sobre su condición de cargos electos para un tribunal de oposiciones, no sobre su empleo público de bomberos. A esta pretensión se opuso el Tribunal Supremo, alegando que «la condición de miembro de un tribunal de oposiciones no encierra, si bien se mira, el ejercicio de un empleo, ni siquiera el de un cargo. Se trata de un cometido funcional sólo explicable por la condición del recurrente de funcionario-bombero del Ayuntamiento de Granada. Dicho con otras palabras, se es funcionario y se está en un tribunal de oposiciones. La pena de inhabilitación especial (art. 42 CP) no tiene por fundamento la privación selectiva de concretas parcelas funcionales. Su significado como pena restrictiva de derechos mira de modo preferente al empleo o cargo público como tal, esto es, al título jurídico que habilita para el ejercicio de esas otras ocupaciones de carácter temporal. De ahí que, a la hora de definir el contenido de la inhabilitación, ésta ha de conectarse con la función raíz, con la actividad que está en el origen del delito, no con los desempeños puramente ocasionales y que sólo se explican por razón de un empleo o cargo que preexiste y que es, en última instancia, el que ha de quedar afectado por la pena. De ahí la corrección del criterio de la Sala de instancia cuando razona que «la condena sólo habrá de recaer sobre la cualidad funcionarial que los dos detentaban en cuyo ámbito cometieron el delito imputado, esto es, la de bomberos del Ayuntamiento de Granada en atención a la cual, por la representación sindical que ostentaban como tales funcionarios, fueron designados miembros del tribunal de oposiciones en el ejercicio de cuya función cometieron la infracción penal».

Esta misma doctrina se mantiene, años después, en la STS 88/2018, de 21 de febrero. Aquí afirmaba el Tribunal que, «respecto a la concreción del alcance de la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, la jurisprudencia de esta Sala tiene proclamado que la inhabilitación especial no tiene por fundamento la privación selectiva de concretas parcelas funcionariales, sino que su significado -como pena restrictiva de derechos- mira de modo preferente al empleo o cargo público como tal, esto es, al título jurídico que habilita, tanto para el ejercicio de las ocupaciones laborales básicas, como a cualquiera otras de carácter temporal que puedan estarle vinculadas; esto es, que a la hora de definir el contenido de la inhabilitación, ésta ha de conectarse con la función raíz o la actividad que está en el origen del delito, no con los desem-

peños puramente ocasionales (SSTS 695/2012 de 19 de septiembre; 887/2008, de 10 de diciembre)» [28].

Y, más recientemente, cabe citar la STS 806/2023, de 26 de octubre: el recurrente, policía nacional, solicitaba que la inhabilitación se limitase exclusivamente a «las funciones relativas a la custodia y conducción de detenidos y presos», partiendo de que el delito se había cometido con ocasión de la custodia de una persona detenida. El Tribunal Supremo, de nuevo, manifestó que la pena de inhabilitación no está configurada para abarcar únicamente parcelas o funciones concretas, ni tareas ocasionales, sino que viene referida al empleo o cargo público como tal.

En una línea similar, tampoco es admisible buscar una conexión entre el hecho delictivo y una concreta tarea, cargo de gestión o puesto específico dentro del empleo o cargo público. Resulta ilustrativa en este ámbito la STS 165/2015, de 10 de marzo, que desestima los recursos presentados contra la SAP Barcelona de 17 de junio de 2013, cuyo fallo condenatorio contenía la escueta mención de la pena de «inhabilitación especial para empleo o cargo público». En su Fundamento jurídico sexto, la STS concluyó que «no puede circunscribirse la inhabilitación especial, como pretende el recurrente, a las exclusivas funciones como miembro del Consejo de Dirección del Centro Penitenciario, que no aparecen referenciadas en el hecho probado», que «la inhabilitación especial recaerá sobre el ejercicio de la función médica bien en su proyección de fiscalización o de realización directa de actividades médicas en Centros Penitenciarios», y que «el alcance de la pena debe incluir la prohibición de ejercer otras funciones o cargos análogos durante el tiempo de la condena» [29].

Un caso similar fue resuelto por la SAP Sevilla de 4 de octubre de 1995 que, imponiendo la pena de inhabilitación especial, declaró que consistía en la privación del cargo de Subdirector del Centro Penitenciario y honores anejos,

---

[28] *Vid.* también en esta línea la STS 426/2016, de 19 de mayo. *Vid.,* asimismo, sobre esta cuestión, Cardenal Montraveta, S., 2024, p. 265; Gutiérrez Castañeda, A., «Inhabilitaciones y suspensiones», en Roca de Agapito, L. (dir.), *Las consecuencias jurídicas del delito*, 2.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2022, p. 59; Mapelli Caffarena, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª ed., Madrid (Civitas Thomson Reuters), 2011, p. 264; Martín Talavera, A. / Benítez Ostos, A., «Alcance y efectos de la pena de inhabilitación especial», *Diario La Ley*, 10503, 2024, p. 6; Puente Aba, L. M., *Estudios penales y criminológicos*, núm. 40, 2020, pp. 278 ss.; Ríos, J. / Pascual, E. / Etxebarria, X., *Manual sobre las consecuencias jurídicas del delito: su determinación y aplicación*, Madrid (Universidad Pontificia de Comillas), 2016, p. 67.

[29] En la misma línea se expresaba la STS 695/2012, de 19 de septiembre, indicando que reducir «la inhabilitación a una determinada actividad o destino, violenta el significado de la ley penal, pues lo que la norma establece es la pérdida de dicho empleo en toda su extensión, de manera que, perdido éste, se pierdan todas las actividades y funciones propias del mismo sin excepción».

y la incapacidad para obtener dicho cargo, así como cargos dentro del ámbito penitenciario que implicasen decidir o resolver individual o colectivamente sobre la concesión de permisos ordinarios y extraordinarios o de cualquier otra forma facilitasen la firma de la orden de salida del Centro Penitenciario. La STS 196/1997, de 17 de febrero, resolviendo el correspondiente recurso de casación, impuso la pena en los siguientes términos: «1.º Privación del cargo de funcionario de Instituciones Penitenciarias. 2.º Imposibilidad de obtener cualesquiera otros cargos o empleos públicos de la Administración estatal, autonómica o local que impliquen funciones de vigilancia, custodia o conducción de detenidos o presos».

Efectivamente, la pena de inhabilitación especial recae sobre un empleo globalmente considerado; resulta irrelevante si, dentro de la concreta Administración donde desarrolla sus funciones, se está desempeñando algún cargo de gestión. De hecho, en estos casos la persona continúa en situación de servicio activo, si bien con una especial designación para determinadas tareas: así, por ejemplo, el citado caso de un funcionario de Instituciones Penitenciarias que ha sido designado como Subdirector médico; o profesorado de la Universidad que desempeña temporalmente algún cargo de gestión (en un Vicerrectorado, por ejemplo); o con carácter general, cualquier tipo de cargos de gestión temporales que puedan desempeñarse en el ámbito de la función pública sin cambio en la situación personal (v.gr. designación como miembro de la Junta de Personal, como Delegado/a de protección de datos, como integrante de una comisión evaluadora en concursos de acceso a la función pública, etc.). Todos estos casos tienen como denominador común que la persona no es nombrada para un cargo público al margen de su condición de funcionaria pública (y, por lo tanto, no pasa a otra situación administrativa como servicios especiales o excedencia), sino que suponen un cargo de gestión o una atribución temporal de funciones en el ámbito de su puesto de trabajo.

Por lo tanto, la inhabilitación especial, al privar del empleo público, tampoco puede reducirse a la pérdida de un puesto, cargo de gestión o destino específico, de modo que se permita conservar la condición de funcionario público [30]. Así, en el caso recién indicado de la STS 196/1997, el condenado no se limita a perder su condición de miembro del Consejo de dirección del Centro

[30] Así lo pone de relieve el ATS de 18 de enero de 2001 (en el caso del indulto Gómez de Liaño, que se analizará posteriormente); en el mismo sentido, vid. la citada STS 196/1997, de 17 de febrero («la inhabilitación especial, por tanto, debe suponer, en todo caso, la privación del cargo o empleo en cuyo ejercicio se hubiere cometido el delito; sin que, a este respecto, pueda confundirse el empleo o cargo, con el destino que se ostente»), o la STSJ Andalucía 12/2005, de 6 de octubre. *Vid.* Cardenal Montraveta, S., 2024, p. 265.

penitenciario, o de funcionario público del cuerpo facultativo de sanidad penitenciaria, sino que pierde su empleo público como facultativo en el ámbito de la Administración pública.

A la vista de los casos anteriores, puede reconocerse que la acción de limitar de la forma indicada el alcance de la pena de inhabilitación pretende reducir el carácter especialmente gravoso de la sanción en determinados casos concretos, puesto que indudablemente estamos ante una pena que puede tener muy diverso contenido aflictivo en función del sujeto a quien se impone [31]. No obstante, atendiendo a la definición legal de la pena de inhabilitación, no resulta admisible tal fragmentación, y la consecuencia de la aplicación de esta sanción es la pérdida definitiva de la titularidad del empleo o cargo público [32]. Tal posibilidad solo sería viable en el caso de que esta pena viniera definida como una «inhabilitación para funciones públicas», de tal modo que el juzgador tuviera la opción de seleccionar concretas funciones o actividades al aplicar esta pena al condenado, en la misma línea que se establece en el artículo 45 CP [33].

Además de esta cuestión relativa a la fragmentación del empleo o cargo público, también se ha generado en algunas ocasiones una cierta confusión entre la inhabilitación especial para empleo o cargo público y la inhabilitación profesional. Como posible ejemplo de esta problemática, cabe citar la condena impuesta por la SAP León 76/2015, de 17 de febrero. Era una sentencia de conformidad, y todas las partes acordaron calificar los hechos como «constitutivos de un delito continuado de descubrimiento y revelación de secretos, cometido por funcionario público, de los artículos 197.1, 198 y 74, en relación medial del artículo 77 con un delito continuado de estafa, previsto y penado en los artículos 248.1, 249 y 74 del Código Penal»; a continuación, solicitaron la imposición de las penas de prisión, multa e «inhabilitación especial para su profesión de funcionario de correos (cartero) durante el tiempo de la condena (artículo 45 CP)». Finalmente, en el fallo de la sentencia se condena al acusado «como autor responsable de un delito continuado de descubrimiento y revelación de secretos, en concurso medial con un delito continuado de estafa […] a la pena de dieciocho meses de prisión, con inhabilitación especial para su profesión de funcionario de correos (cartero) durante el tiempo de la condena».

Como consecuencia de esta condena, mediante resolución del Subdirector de Gestión, Organización y Desarrollo de Personas de la Sociedad Estatal

---

[31] *Vid.* Gili Pascual, A., *Cuadernos de política criminal*, núm. 124, 2018, pp. 149-150; Mapelli Caffarena, B., «La pena de inhabilitación absoluta, ¿es necesaria?», *Cuadernos de política criminal*, núm.108, 2012, pp. 11 ss.

[32] Cfr. Cardenal Montraveta, S., 2024, pp. 264-265.

[33] *Vid.* sobre esto Puente Aba, L. M., *Estudios penales y criminológicos*, núm. 40, 2020, pp. 276 ss.

de Correos y Telégrafos, de 19 de junio de 2015, se cesó al condenado en su puesto de trabajo, perdiendo así su condición de funcionario público. Sin embargo, la STS 378/2019, de 20 de marzo (Sala de lo contencioso – administrativo) anuló esta resolución ya que, «siendo la pena impuesta la de inhabilitación para profesión del artículo 45 CP, sus efectos son únicamente la privación de la facultad de ejercerla que señala este precepto penal y no la privación definitiva del empleo público que el artículo 42 del mismo texto legal establece como efecto de la diferente pena de inhabilitación para empleo público» [34].

Si bien esta STS citaba, en apoyo de su posición, otras resoluciones previas, lo cierto es que en algunas de ellas no resulta tan clara la solución del tribunal. Así, se menciona la STSJ Andalucía 719/2015, de 16 de julio, que anuló la resolución de la Dirección General del Profesorado y Gestión de Recursos Humanos de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía (de 15 de mayo de 2014), que declaraba la pérdida de la condición de funcionario público de un condenado a pena de inhabilitación. En este caso, la sentencia condenatoria imponía sucintamente la pena de «inhabilitación especial para el ejercicio de la docencia a menores de edad en centros docentes públicos o privados». La falta de referencia expresa al artículo 42 o al artículo 45 CP, al contrario que en el caso anterior, dificultaba la interpretación correcta de esta sanción; no obstante, el Tribunal Superior de Justicia entendió que las someras referencias de la sentencia indicaban que se pretendía privar al sujeto del ejercicio de la profesión, estrictamente considerada, y anuló su cese como funcionario público. Esta sentencia citaba, como base de su argumentación, la previa STS de 15 de noviembre de 2011 (Sala de lo contencioso–administrativo), que resolvía en los mismos términos (para un caso idéntico), si bien en este caso la sentencia condenatoria de base imponía la pena de «inhabilitación para el ejercicio de su profesión».

En esta misma línea, la STS 306/2018, de 27 de febrero, en relación con una condena a pena de «inhabilitación especial para el ejercicio de profesión

[34] Lo curioso de este caso es que, en efecto, las partes habían solicitado la imposición de una «inhabilitación especial para su profesión de funcionario de correos (cartero) durante el tiempo de la condena (artículo 45 del Código Penal)»; esta es la misma expresión que emplea el fallo de la sentencia, si bien no menciona expresamente el concreto precepto del Código Penal citado por las partes. Partiendo de estas premisas, claramente el Tribunal Supremo concluyó que la pena de inhabilitación profesional, recogida en el artículo 45 CP, solo va referida al ejercicio de una profesión, no a la condición de empleada pública de la persona condenada. Sin embargo, justamente en este caso la pena aplicada tendría que haber venido referida al empleo o cargo público, puesto que se habían calificado los hechos como «un delito continuado de descubrimiento y revelación de secretos, cometido por funcionario público, de los artículos 197.1, 198 y 74» (en concurso con un delito de estafa). Así, al margen de la penalidad por el delito de estafa (donde sí cabría imponer la inhabilitación profesional como pena accesoria), la aplicación expresa del artículo 198 CP exigiría haber aplicado la pena de inhabilitación absoluta.

relacionada con la educación de menores», afirmaba que el empleo de esta concreta expresión, combinada con la ausencia de mención del precepto aplicable (artículo 42 o 45 CP), permitía entender que la pena aplicable era la inhabilitación profesional (artículo 45 CP). Resolvió también en idéntico sentido la STS 637/2018, de 19 de abril, en el caso de una condena previa a «inhabilitación especial para el ejercicio de la docencia a menores de edad en centros docentes públicos o privados».

Un problema similar se planteó en el caso tratado en la SAP Ourense, de 3 de octubre de 2000, que condenó a dos agentes del Cuerpo Nacional de Policía a penas de prisión e inhabilitación por un delito de coacciones. Posteriormente, la resolución de 5 de junio de 2002, del Secretario de Estado de Seguridad, decretó la pérdida de su condición de funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía. Esta resolución fue anulada por la STS de 14 de mayo de 2008 (Sala de lo contencioso–administrativo), que manifestaba que la condena impuesta por el Juzgado de lo Penal de Ourense (y confirmada por la Audiencia Provincial) había sido a «dieciocho meses de prisión e inhabilitación especial para la profesión de agente del cuerpo nacional de policía por el mismo tiempo; que dicho Juzgado, a través de un auto dictado en la fase de ejecución, resolvió en su parte dispositiva que esa pena se regía por lo dispuesto en el artículo 45 del CP».

En este supuesto, el tribunal estaba aplicando el artículo 56 CP, que establece determinadas penas accesorias a la privación de libertad inferior a diez años; según el número 3.º de su apartado 1, es posible escoger entre la inhabilitación especial para empleo o cargo público y la inhabilitación para profesión, oficio, industria, comercio, «si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido». Indudablemente, la selección y fijación de los límites de la pena accesoria pueden resultar complicados en determinados supuestos: por ejemplo, cuando una profesión puede desempeñarse igualmente en la Administración pública o en el sector privado, pero también en aquellos casos en que el ejercicio de la actividad está indisolublemente unida a la condición de funcionaria pública de la persona condenada.

En suma, existen determinadas ocupaciones que pueden desempeñarse tanto en el sector público como en el privado. Esta dicotomía puede apreciarse en algunos ámbitos como por ejemplo la docencia, la medicina o la arquitectura; no obstante, no se observa en otras situaciones, donde no es tan sencillo determinar una equivalencia entre el ejercicio de una actividad en el ámbito público y el privado: pensemos, por ejemplo, en funcionarios públicos de la Administración de justicia, de la Agencia tributaria, o del Cuerpo Nacional de Policía. En estos supuestos, ¿realmente podemos hablar de una actividad pro-

fesional que se ejerce exactamente, en los mismos términos, en el ámbito privado, al igual que ocurre con la docencia o la medicina? La inexistencia de una equivalencia plantea la dificultad de escindir claramente el ejercicio de la profesión y la condición de funcionaria pública de la persona condenada.

En cualquier caso, a la vista de la regulación legal vigente, habrá que atenerse a los justos términos de cada una de las penas privativas de derechos. De este modo, la aplicación de la pena de inhabilitación profesional (artículo 45 del CP) solo suspende el ejercicio de la profesión, y no implica la pérdida de la condición de funcionaria pública de la persona condenada [35]. A la inversa, si se aplica la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, se pierde tal empleo o cargo, pero no se priva de la posibilidad de ejercicio de una profesión en el sector privado [36]. Para impedir el desempeño de una actividad tanto en el ámbito público como en el privado habría que recurrir a una aplicación conjunta de ambas sanciones, que será viable cuando puedan ser aplicadas conjuntamente como accesorias (ya que el artículo 56 del CP permite escoger más de una pena accesoria en los casos de imposición de penas privativas de libertad inferiores a diez años), o cuando se combine una pena privativa de derechos como principal y otra como accesoria (en aquellos casos en que el delito concreto prevé una de estas penas como principal, y se puede aplicar a mayores una accesoria en virtud del artículo 56 del CP). No obstante, es cierto que pueden presentarse aún algunos casos de difícil solución: por ejemplo, cuando la pena principal es solo privativa de derechos, y no privativa de libertad, de modo que no puede acudirse a las penas accesorias del artículo 56; o también, cuando la pena privativa de libertad es igual o superior a diez años, ya que en este caso el artículo 55 del CP no contempla la inhabilitación profesional como pena accesoria (si bien, en este supuesto, es evidente que la propia naturaleza de la privación de libertad ya va a constituir un impedimento al ejercicio de determinadas profesiones, y además, en muchos casos tal pena privativa de derechos está ya prevista como principal junto con la prisión).

Por consiguiente, y volviendo al último ejemplo de la STS de 14 de mayo de 2008, la pena accesoria que debería haberse escogido es la inhabilitación especial para empleo o cargo público, siempre que se llegase a constatar la vinculación del empleo público con el delito cometido. Aplicar en estos casos

---

[35] Es decir, al imponer la pena de inhabilitación profesional, no se produce la extinción de la relación de empleo público: *vid.* Cardenal Montraveta, S., «Artículo 45», en Corcoy Bidasolo, M. / Mir Puig, S. (dirs.), *Comentarios al Código penal. Reformas LLOO 1/2023, 3/2023 y 4/2023*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2024, p. 275.

[36] *Vid.* críticamente sobre esto, Villacampa Estiarte, C., «Las penas de inhabilitación en la Unión Europea: regulación comparada y proceso de armonización», en Tamarit Sumalla, J. M. (Coord.), *Las sanciones penales en Europa*, Cizur Menor (Aranzadi), 2009, p. 294.

la inhabilitación para profesión constituye un artificio que pretende transformar la inhabilitación especial en una suspensión, lo cual ciertamente no sería necesario puesto que el juzgador tiene la posibilidad de elegir, como pena accesoria, la suspensión de empleo o cargo público (número 1.º del art. 56.1 CP). Esto nos devuelve, de nuevo, a la primera cuestión tratada en este trabajo: la necesidad de fijar claramente en sentencia cuál es la concreta pena privativa de derechos impuesta, en qué se fundamenta, y sobre qué empleos o cargos concretos va a recaer.

4.2 **La graduación de los efectos de la pena**

Como ya se ha anticipado, la posibilidad de graduar la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público presenta una especial problemática, ya que no es igualmente viable en ambos efectos de esta sanción. La incapacidad para acceder a determinados empleos o cargos (análogos al que ha sido objeto de privación) tiene una duración temporal, y por lo tanto será factible la graduación de la pena atendiendo a las diversas circunstancias de comisión del hecho delictivo: destacadamente, la fase de ejecución alcanzada, el grado de participación, y la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal [37]. En cambio, el primer efecto de la pena implica la privación instantánea y automática del empleo o cargo público, de modo que es un hecho que no permite ningún tipo de graduación.

Sobre esta cuestión se ha incidido al analizar la pena de inhabilitación especial desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, vinculado a la restricción de derechos fundamentales. Como indicaba el voto particular de la STC 25/2022, de 23 de febrero, al no existir una regulación que posibilite aminorar la responsabilidad o sustituir la sanción (en relación con el efecto automático de privación del empleo o cargo), se produce una injerencia en los derechos reconocidos en el artículo 23 de la Constitución: el derecho de acceso a cargos públicos reconocido en el apartado 2, pero también el derecho de la ciudadanía a participar en asuntos públicos a través de representantes, reconocido en el apartado 1.

Merece la pena destacar que, en este punto, el Código Penal de 1973 (art. 73) sí permitía una más flexible graduación de este efecto, puesto que las penas estaban agrupadas en escalas diferentes; dentro de cada escala se encontraban varias penas ordenadas en función de su gravedad. De este modo, cuan-

[37] *Vid.,* al respecto, Gili Pascual, A., *Cuadernos de política criminal*, núm.124, 2018, p. 170.

do se deseaba imponer la pena inferior en grado a una pena determinada, había que acudir a la escala concreta en la que se ubicaba dicha pena, ver el lugar que ocupaba en dicha escala, y aplicar la pena que ocupaba el nivel inferior. Así, en una misma escala se encontraban las siguientes penas: la inhabilitación absoluta, la inhabilitación especial para cargo público, derecho de sufragio, activo y pasivo, profesión u oficio, y la suspensión de cargo público, derecho de sufragio, activo o pasivo, profesión u oficio. Esta forma de configurar el descenso (o ascenso) en grado de las penas permitía no sólo variar la duración de la pena, sino también su naturaleza, lo cual implicaba por lo tanto una diferenciación en los efectos de la pena. Efectivamente, los efectos de la pena de inhabilitación especial (art. 42 CP) son menos extensos que los de la inhabilitación absoluta, puesto que afecta sólo a empleos o cargos públicos concretos; y mucho menos graves son los efectos de la pena de suspensión (art. 43 CP), que no implica la pérdida definitiva del empleo o cargo, sino sólo la imposibilidad de ejercerlos durante el tiempo de la condena, recuperándose una vez extinguida la pena. La única solución al problema aquí tratado residiría, por lo tanto, en la previsión específica de una gradación en la línea del Código derogado, de tal modo que cuando se alcanzara una determinada reducción en grado de una pena de inhabilitación, esta pena se transformara en otra de la misma categoría pero con efectos menos graves (en este caso concreto, podría transformarse la inhabilitación especial en suspensión, eliminándose así el efecto definitivo de la privación del empleo o cargo). Cabría, a mayores, atender a más propuestas dirigidas a eliminar este efecto definitivo de la pena: así, por ejemplo, que el legislador establezca la posibilidad de suspender la ejecución de esta pena en determinados casos (v.gr. delincuentes primarios) o de sustituirla por otra pena menos gravosa cuando su duración no alcance un determinado límite (en la línea con la previsión del artículo 71.2 del CP, que obliga a suspender la pena de prisión inferior a tres meses) [38].

Es interesante tener en cuenta que las posibilidades de graduación sí resultan viables cuando la pena de inhabilitación especial está prevista como accesoria. Cabe ofrecer el ejemplo de la decisión adoptada en la STS 895/2013, de 27 de noviembre. La sentencia de instancia había impuesto como pena accesoria, en virtud del artículo 56 del CP, la inhabilitación especial para empleo o cargo público. El Tribunal Supremo señaló, por un lado, la ausencia de motivación en la selección de esta pena, teniendo en cuenta que el artículo 56 exige atender a la gravedad del hecho y determinar expresamente la vincula-

[38] Propuestas efectuadas por *Ibid*., pp. 170-171. *Vid.* también, sobre la conveniencia de establecer la posibilidad de suspensión de esta pena, Villacampa Estiarte, C., 2009, pp. 295-296.

ción entre el delito cometido y el empleo o cargo objeto de privación. Por otro lado, el Tribunal también aludió a la falta de proporcionalidad entre el hecho delictivo, de naturaleza imprudente, y la privación definitiva del empleo público, motivo por el cual dictó segunda sentencia en la que sustituyó la inhabilitación especial por la suspensión de empleo público, pena accesoria de menor gravedad prevista también en el artículo 56 CP.

4.3 Otras dos cuestiones relacionadas con la pérdida definitiva del empleo o cargo: la concesión del indulto y la retroactividad de la ley penal favorable

El inadecuado deslinde entre los dos efectos de la pena de inhabilitación también ha generado problemas en otros ámbitos: destacadamente, la concesión de indultos y la aplicación retroactiva de la ley penal favorable.

Al indultar específicamente una pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, es necesario distinguir sus dos efectos: la privación definitiva de un empleo, cargo u honor público, y la incapacidad de obtener empleos o cargos durante el tiempo de la condena. Este segundo efecto tiene una duración temporal; por lo tanto, la obtención del indulto determinará el cese de esta situación independientemente del momento temporal en el que se encuentre, es decir, tanto si aún no se ha iniciado como si está en fase de ejecución. En cambio, el primer efecto supone la privación definitiva del empleo o cargo, que se produce de forma instantánea, con la firmeza de la sentencia. Por consiguiente, si el indulto se obtiene cuando la pena está en período de cumplimiento, solo se podrá recuperar la posibilidad de acceso a empleos o cargos públicos, pero no se pueden recuperar aquellos que ya poseía el penado y que perdió con la imposición de la pena.

Esta cuestión fue el núcleo central de la ejecución del indulto en el caso Gómez de Liaño, puesto que el Real Decreto 2392/2000, de 1 de diciembre, que concedió esta medida de gracia, estableció expresamente que el perdón de la pena de inhabilitación especial determinaba el reingreso del condenado a la carrera judicial. El ATS de 18 de enero de 2001, relativo a la ejecución del indulto, manifestó que no cabía tal reingreso, puesto que ello estaba «en contra de la literalidad del artículo 42 del Código Penal y del artículo 4 de la Ley de Indulto que solo permite el indulto de la pena que todavía no se hubiese cumplido o ejecutado»; en este supuesto, al haberse ejecutado ya el primer efecto de la pena de inhabilitación, esto es, la privación del empleo público (el Con-

sejo General del Poder Judicial había cesado al magistrado el 3 de noviembre de 1999), ya no cabía el perdón de este efecto de la sanción.

Efectivamente, este primer efecto de la pena de inhabilitación, consistente en la privación del cargo o empleo poseído, se ejecuta y perfecciona de forma instantánea, y por lo tanto, si el indulto es concedido posteriormente, ya no puede repercutir sobre este aspecto de la pena; como indica el artículo 4 de la Ley de indulto, esta medida de gracia sólo puede recaer sobre penas que aún están siendo cumplidas, y la privación de empleos o cargos públicos se cumple ya de forma instantánea. Teniendo en cuenta esta particularidad de la pena de inhabilitación, lo más adecuado sería que el tribunal hiciera uso de la facultad prevista en el artículo 4.4 CP, que le permite suspender la ejecución de la sanción mientras se tramita la solicitud de indulto, ya que la concesión de tal beneficio realmente sería ilusoria, en ese concreto aspecto, si la pena se ejecuta antes de obtener la resolución de gracia. Si el indulto es solicitado cuando ya se ha iniciado la ejecución de la pena, su concesión solo podrá afectar a la posibilidad de acceder a empleos o cargos públicos, pero nunca permitirá recuperar directamente el concreto empleo o cargo ya perdidos como consecuencia de la ejecución de la sentencia [39].

En segundo lugar, también hay que tener en cuenta la particularidad de este primer efecto de la pena cuando se está determinando la posible aplicación retroactiva de la ley penal favorable. Esta situación se planteó en el caso enjuiciado en la STS 314/2017, de 3 de mayo, donde se trataba la posibilidad de aplicar retroactivamente la norma penal más favorable, en relación con las penas privativas de derechos. Concretamente, se analizaba la posible aplicación retroactiva del artículo 432 CP, donde se castiga la malversación, puesto que la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del CP, modificó el tipo de pena prevista en el apartado 1 del precepto: la pena de inhabilitación absoluta fue sustituida en 2015 por la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público. El recurrente había sido condenado con fecha de 13 de enero

[39] *Vid.* sobre toda la problemática que rodeó la concesión y ejecución de este indulto, Puente Aba, L. M., 2012, pp. 117 ss., destacadamente la referencia a la intervención del Tribunal de conflictos de jurisdicción, cuya sentencia 6/2001, de 13 de junio, estableció que era el Gobierno el competente para determinar el alcance del indulto, mientras que las cuestiones relativas al reingreso del condenado en la carrera judicial habían de ser fijadas por el Consejo General del Poder Judicial. El Pleno del Consejo acordó, el 8 de mayo de 2002, reintegrar al magistrado en la carrera judicial; no obstante, tal Acuerdo contó con un voto particular firmado por varios miembros del Consejo, que entendían improcedente tal decisión, considerando que el reintegro en la carrera judicial solo podría decretarse tras la cancelación de los antecedentes penales con arreglo a lo dispuesto en el Código Penal y la tramitación del necesario expediente de rehabilitación previsto en los artículos 380 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Vid. también Cardenal Montraveta, S., 2024, p. 263, manifestando expresamente, en relación con esta pena, que solo cabe indultar los efectos de la pena que aún no han sido ejecutados.

de 2014 a la pena de inhabilitación absoluta, y solicitaba su sustitución por la pena de inhabilitación especial, introducida en el citado artículo 432.1 mediante la reforma del CP de 2015. Como bien razonó el tribunal, la posible revisión de la pena no permitiría, en ningún caso, la restitución del empleo o cargo público perdido, puesto que el condenado ya había sido privado de él con anterioridad a dicha reforma legal, y por lo tanto la aplicación retroactiva de la norma penal solo podría proyectarse sobre el segundo efecto de la pena que sí tiene una duración temporal, la incapacidad para acceder a empleos o cargos públicos.

V. LA ELECCIÓN DE EMPLEOS O CARGOS ANÁLOGOS: CRITERIOS PARA SU DETERMINACIÓN

La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, además de privar al sujeto de un concreto empleo o cargo concretado en sentencia, le impide volver a acceder de nuevo a este mismo empleo o cargo, y a otros análogos, durante el tiempo de la condena. La principal dificultad a la hora de interpretar este efecto de la pena radica en qué se entiende por empleos o cargos «análogos» al concreto empleo o cargo que pierde la persona condenada. Acudiendo a la jurisprudencia, nuestros tribunales afirman que tal analogía habrá de deducirse de la interpretación de la concreta actividad desarrollada, objeto de privación en la sentencia, y del fin que con ella se persigue [40]; así, sería recomendable que la propia sentencia indicase algún criterio para efectuar esta interpretación analógica, de cara a facilitar una adecuada ejecución de la pena [41]. Podría atenderse, por ejemplo, al tipo de función desempeñada [42], al ámbito administrativo o territorial en el que se ejerce el empleo o cargo [43], a la

[40] *Vid.* Boldova Pasamar, M. A., 2023, p. 209; Fernández del Torco Alonso, J. M., «La desaparición de la inhabilitación especial», *Cuadernos de política criminal*, núm., 52, 1994, p. 119.

[41] *Vid.* por ejemplo Boldova Pasamar, M. A., 2023, p. 209.

[42] *Vid.,* por ejemplo, Cardenal Montraveta, S., 2024, p. 265; Hernández García, J., 2023, p. 457; Orts Berenguer, E. / González Cussac, J. L., 2023, p. 490; Tamarit Sumalla, J. M., 2024, p. 434.

[43] V*id.* Baucells Lladós, J., «Artículos 41-43», en Córdoba Roda, J. / García Arán, M. (dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte general*, Madrid (Marcial Pons), 2011, pp. 463-470; Cordero Lozano, C., *Condenas penales privativas de libertad y de derechos*, Barcelona (Bosch), 2010, p. 38; Llorca Ortega, J., *Manual de determinación de la pena*, 6.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2005, p. 242; Pozuelo Pérez, L., 1998, p. 42; Rey Huidobro, L. F., «Problemas de aplicación de las penas accesorias de inhabilitación y de suspensión», *Actualidad penal*, núm. 3, 2003, m. 1130; Vaello Esquerdo, E., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 2.ª ed., Alicante (Universidad de Alicante), p. 68; Valldecabres Ortiz, I., «De las penas privativas de derechos», en Vives Antón, T. S. (coord.), *Comentarios al Código Penal*

mera condición de cargo electo [44], al concreto nivel jerárquico o al ejercicio de autoridad inherente al empleo o cargo, al manejo de fondos o numerario, o a la existencia de contacto con el público [45]. En cualquier caso, debería rechazarse el empleo de expresiones genéricas para determinar el carácter análogo de otros cargos o empleos a los que no se podrá acceder, como la mención de la incapacidad para acceder al «mismo empleo u otros similares», presente por ejemplo en la STS 887/2008, de 10 de diciembre [46].

En resumen, los dos ejes que marcarían las pautas para determinar la analogía serían, por un lado, el tipo de función o actividad desempeñada, y por otro lado, la extensión del ámbito territorial para su ejercicio, con el objetivo de evitar que el sujeto pueda acceder a la misma función en otra zona geográfica diferente. La selección de los cargos o empleos afectados, en suma, ha de estar guiada por el bien jurídico afectado con la comisión del delito, puesto que para su salvaguarda ha de privarse al condenado de aquellos empleos o cargos en cuyo ejercicio pueda volver a afectar al mismo bien jurídico [47].

Así, por ejemplo, en relación estrictamente con empleos públicos, pueden citarse ejemplos como los siguientes: privación del empleo de Mosso d'Esquadra, e incapacidad para acceder a Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de la Administración estatal, autonómica o local (STS 910/2009, de 25 de septiembre); inhabilitación especial para el cargo de juez o magistrado, así como incapacidad para obtener durante el tiempo de la condena cualquier empleo o cargo con funciones jurisdiccionales o de gobierno dentro del Poder Judicial, o con funciones jurisdiccionales fuera del mismo (STS 79/2012, de 9 de febrero); funcionario de Correos al que se le impide acceder a otro tipo de empleos o cargos que impliquen manejo de correspondencia o funciones parecidas a las desempeñadas por estos funcionarios (STS 2017/1993, de 18 de octubre); o arquitecto municipal que pierde su condición de funcionario público, y se ve privado de la posibilidad de obtener el mismo puesto u otro similar como técnico en cualquier Ayuntamiento (STS 8/2018, de 11 de enero) [48].

---

de 1995. Volumen I, Valencia (Tirant lo Blanch), 1996, p. 324; Zubiri de Salinas, F., «Las penas de inhabilitación y suspensión», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 11, 1997, p. 346.

[44] *Vid.* Martín Talavera, A. / Benítez Ostos, A., 2024, p. 10, indicando que, cuando la pena afecta a cargos electos, la analogía alcanza generalmente a cargos de la Administración municipal, provincial, autonómica, y estatal.

[45] *Vid.* estos tres últimos criterios en Serrera Contreras, P., «Las penas de inhabilitación y la condición de funcionario público», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 58, 2005, p. 182.

[46] *Vid.* sobre esto Puente Aba, L. M., *Estudios penales y criminológicos*, núm. 40, 2020, p. 291.

[47] *Vid.* así Cardenal Montraveta, S., 2024, p. 265; Hernández García, J., 2023, p. 457.

[48] *Vid.* ejemplos de establecimiento de la analogía, en relación tanto con empleos públicos como con cargos públicos, en Cardenal Montraveta, S., 2024, pp. 265 ss.; Tamarit Sumalla, J. M., 2024, p. 435.

En relación con cargos públicos, es más difícil encontrar líneas uniformes en la jurisprudencia. Así, en casos de condenas relativas al cargo de alcalde, encontramos ejemplos que delimitan los cargos análogos en el mismo ámbito municipal (SSTS 704/2011, de 1 de julio, y 552/2006, de 16 de mayo: privación del cargo de alcalde, junto con la imposibilidad de acceder a los cargos de alcalde, teniente de alcalde, concejal o cualquier otro de naturaleza electiva y ámbito local que implique participación en el gobierno), mientras que en otros casos la analogía tiene un alcance territorial más amplio (STS 646/2021, de 16 de julio: privación del cargo de alcalde, concejal de ayuntamiento o cualquier otro cargo electivo de la Administración Local, de las Comunidades Autónomas y de la Administración Estatal). Por otra parte, en ocasiones los tribunales encuadran la analogía en el ámbito de los cargos que implican funciones de gobierno (STS 394/2014, de 7 de mayo, caso Scala: privación del cargo de consejero del Gobierno autonómico, e imposibilidad de obtener otros puestos de gestión pública en el ámbito de la Administración estatal, autonómica, insular o local), pero en otros supuestos se incluye como cargo análogo el desempeño de funciones representativas como miembro de un Parlamento (STS 477/2020, de 28 de septiembre)[49, 50].

Por otro lado, no está de más puntualizar que si la prohibición recae sobre un concreto empleo público, aunque la analogía se fije en función del tipo de actividad e incluso se extienda su ámbito geográfico, no tiene por qué abarcar a cargos de naturaleza electiva, que constituyen un ámbito distinto de los empleos en la Administración pública; y a la inversa, la privación de un cargo público no tiene por qué afectar al acceso a empleos públicos al fijar los límites de la analogía. Así lo ponen de manifiesto, como se verá a continuación, las SSTS 88/2018, de 21 de febrero, y 179/2021, de 2 de marzo.

En el caso resuelto en la STS 88/2018, de 21 de febrero, la sentencia de instancia (SAP Valencia de 23 de enero de 2017) había condenado sin más al acusado a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público (esto es, sin precisar ni el concreto cargo o empleo afectado ni los cargos o empleos análogos); posteriormente, la Audiencia Provincial dictó un Auto de aclaración de sentencia (de 10 de febrero de 2017), precisando el alcance de la pena de inhabilitación especial, que iría referida a «la privación del cargo efectivo

[49] Contra esta sentencia se interpuso recurso de amparo, que fue resuelto por la ya citada STC 25/2022, de 23 de febrero. Como se ha visto, el sentido del fallo fue desestimatorio, si bien el voto particular formulado por el magistrado Ramón Sáez Valcárcel cuestionaba precisamente esta excesiva amplitud de la pena de inhabilitación especial, tanto con respecto a los cargos objeto de privación como en relación con la extensión de los cargos análogos.

[50] *Vid.* al respecto Cardenal Montraveta, S., 2024, pp. 267-268. *Vid.* también Hernández García, J., 2023, p. 458.

de Alcalde electo, que desempeñaba durante la comisión de los hechos y que sigue desempeñando en la actualidad, junto con el tratamiento anejo al cargo, uso de medallas o distintivos cualesquiera; honores que le sean anejos, cobro de percepciones, dietas, recompensas o indemnizaciones, y cualesquiera otros emolumentos con cargo a fondos públicos que se encuentren previstos en la legislación de régimen local, debiendo extenderse a la incapacidad para obtener el mismo cargo, u otros análogos de prestación de servicios en régimen funcionarial en cualquier administración pública, nacional, autonómica o local». El Tribunal Supremo efectuó posteriormente una restricción del alcance de los empleos o cargos análogos, con base en el hecho de que «las funciones en cuyo ejercicio se perpetraron los comportamientos delictivos, no fueron las derivadas de una situación funcionarial concreta, que permita proyectar la inhabilitación para la 'prestación de servicios en régimen funcionarial'; de modo que tal proyección de la inhabilitación para obtener además del mismo cargo, los análogos al mismo, a los que provengan de cualquier origen del cometido funcionarial de los enumerados en el art. 24 del Código Penal, resulta indebida, de conformidad con la doctrina jurisprudencial enunciada; debiendo restringirse por tanto a los de procedencia electiva; si bien, en cualquier administración pública, nacional, autonómica o local; pues es adecuada consecuencia que aquella persona que se ha servido de su cargo electivo de naturaleza política para delinquir, se le impida su acceso a cualquier otro cargo público electivo durante el tiempo de la condena; carecería de toda lógica que se le permitiera acceder a otros cargos electivos, bien de la Comunidad Autónoma o del Estado, lo que dejaría sin contenido el expreso mandato del art. 42 CP (STS 436/2016, de 23 de mayo)».

Por su parte, la STS 179/2021, de 2 de marzo, corrigió el fallo de la sentencia de instancia, la cual había impuesto a los dos condenados la pena de «inhabilitación especial para empleo o cargo público en la administración local, provincial, autonómica o estatal, sea por designación competente o por oposición pública, con la consecuente incapacidad para obtenerlos por el mismo tiempo». El Tribunal Supremo estimó que «se expresa el ámbito objetivo de la inhabilitación, pero lo hace sin justificar el criterio analógico empleado y utilizando una fórmula extremadamente abierta y omnicomprensiva, ya que comprende todo cargo o empleo público. […] Estimamos que en este caso guardan analogía con el cargo de Alcalde cualesquiera otros cargos por elección en la administración local, provincial, autonómica o estatal y a esos cargos ha de limitarse la pena por el delito enjuiciado en el presente proceso». Así, en segunda sentencia, el Tribunal Supremo declaró que la pena de inhabilitación impuesta al primer condenado debía «extenderse exclusivamente a

cualesquiera cargos o empleos por elección en la administración local, provincial, autonómica o estatal», y en relación con el segundo condenado, a «cualesquiera cargos o empleos en la función pública municipal».

Una última cuestión de interés, que menciona el ya citado voto particular de la STC 25/2022, de 23 de febrero, es que no cabe mezclar este concepto de analogía, propio del segundo efecto de la pena, con la fijación del concreto empleo o cargo objeto de privación, que constituye el primer efecto de esta sanción. Como ya se ha analizado, puede defenderse la exigencia de una vinculación entre la infracción penal cometida y el empleo o cargo afectado, pero esta relación entre delito y empleo / cargo no implica la extensión a una posterior conexión (analogía) con otros empleos o cargos que tenga la persona penada, de tal modo que se vea privada asimismo de estos últimos. Precisamente la exigencia de una vinculación entre el delito y el empleo o cargo va a permitir acotar cuál es el concreto empleo o cargo objeto de privación, mientras que la analogía solo podrá buscarse para establecer a qué otros empleos o cargos (a mayores del que se pierde con la condena) no se podrá acceder durante un determinado período de tiempo [51].

[51] Como indica el voto particular formulado por el magistrado Ramón Sáez Valcárcel a la STC 25/2022, de 23 de febrero, «el art. 42 CP no prevé la analogía para la designación del cargo o cargos de los que se priva, solo para fijar el ámbito al que debe extenderse la incapacidad de obtener otros cargos, estos sí análogos a aquel o aquellos sobre los que recae».

CAPÍTULO IV. DIFICULTADES EN LA DETERMINACIÓN DE LAS PENAS IMPUESTAS A LAS PERSONAS JURÍDICAS

JUAN LUIS FUENTES OSORIO *

SUMARIO: I. Despreocupación por el sistema de determinación de la pena de las personas jurídicas. II. Un sistema de determinación incompleto y dual. 2.1 La pena de multa. 2.1.1 El precepto habilitante y la selección del marco penal de la multa. 2.1.2 Modificaciones cualitativas y cuantitativas. 2.1.3 Concreción de la pena. 2.2 Las penas interdictivas. 2.2.1 Necesidad de imposición. 2.2.2 Potenciales efectos sobre terceros. 2.2.3 Selección de la pena. 2.2.4 Concreción de la duración.

I. DESPREOCUPACIÓN POR EL SISTEMA DE DETERMINACIÓN DE LA PENA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Las personas jurídicas pueden ser penalmente responsables por sus acciones de forma autónoma desde el año 2010. La LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el Código penal [1], lo hizo viable. Concibieron una regulación más amplia, específica y desarrollada que la inicialmente prevista en el CP1995 a través del art. 129 CP [2]. Este modelo de responsabilidad fue pos-

* Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Jaén. Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación «Estrategias transversales para la prevención de la delincuencia económica y la corrupción» (Ref. PID2021-23028OB-I00).

[1] A partir de ahora, LO 5/2010.

[2] Precepto que permitía imponer a ciertos entes, sin requerir personalidad jurídica y para un grupo cerrado de delitos, una serie de medidas denominadas consecuencias accesorias del delito entre las que no se encontraba la multa.

teriormente ampliado y precisado por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal [3].

Resulta llamativo que las cuestiones sobre la norma de sanción hayan ocupado un segundo plano, pese a que uno de los principales motivos que justificaban la necesidad de establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas era su efecto preventivo, vinculado a la amenaza de la pena y a su imposición efectiva. Las reformas señaladas ciertamente introdujeron elementos propios de un sistema de determinación de la pena de las personas jurídicas (incorporaron un catálogo de penas, adaptaron algunos elementos de las multas y añadieron eximentes y atenuantes, así como reglas específicas para la concreción de la pena), sin embargo, aunque la nueva regulación mejoraba en su conjunto la situación previa y reducía la inseguridad que había al imponer las consecuencias accesorias del art. 129 CP, seguía sin ser suficientemente precisa y, cuando se comparaba con la diseñada para las personas físicas, se atisbaban numerosas situaciones en la que era oscura o inexistente [4].

Esta despreocupación por la pena impuesta y su ejecución irradia a la doctrina y a la jurisprudencia. Son escasos los trabajos que han intentado examinar en profundidad esta materia. La mayoría de los artículos y monografías normalmente se concentran en el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (se toma partido por una versión y se critican otras [5]) o

---

[3] A partir de ahora, LO 1/2015.

[4] *Vid.,* críticamente en este sentido, Barquín Sanz, J., «Notas acerca del subsistema punitivo de las personas jurídicas», en Gómez-Jara Díez, C. (coord.), *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en homenaje al José Manuel Maza Martín*, t. II, Cizur Menor (Aranzadi), 2018, p. 131; De la Cuesta Arzamendi, J. L., «Penas para las personas jurídicas en el Código Penal español», en Gómez Colomer, J. L. / Madrid Boquín, C.M. (coords.), *Tratado sobre compliance Penal: Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2019, pp. 98 y ss.; Del Rosal Blasco, B., «El desconcertante sistema de determinación de la pena para las personas jurídicas en el Código Penal», en Marín de Espinosa Ceballos, E. (dir.), *El derecho penal en el s. XXI. Liber Amicorum en honor al profesor Jose Miguel Zugaldía Espinar*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2021, p. 68.

[5] Sorprendentemente persiste la discusión dogmática sobre la naturaleza de la responsabilidad: aunque esta es independiente de la persona física, se definen las sanciones como penas en el art. 33.7 CP y se describe un injusto propio, todavía hay autores que niegan su autonomía. Defienden que es vicarial o heterónoma [por ejemplo, Circ. FGE 1/2016, 2.1; Gil Nobajas, S., «Consideraciones en torno a la imposición y determinación de penas interdictivas a personas jurídicas», en Landa Gorostiza, J. M. (dir.), *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015*, Madrid (Dykinson), 2016, p. 302; Gómez Martín, V., «Penas para personas jurídicas: ¿ovejas con piel de lobo?», en Landa Gorostiza, J.M. (dir.), *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015*, Madrid (Dykinson), 2016, pp. 263 y ss.; Carbonell Mateu, J. C., «La persona jurídica como sujeto activo del delito», en De Vicente Remesal, J. *et al* (dirs.), *Libro homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña por motivo de su 70 aniversario*, vol. 1, Madrid (Editorial Reus), 2020, pp. 528 y ss.], mitad autónoma, mitad heterónoma [Faraldo Cabana, P., «¿Es la multa una sanción apropiada para las personas jurídicas?», en Landa Gorostiza, J. M. (dir.), *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015*, Madrid (Dykinson), 2016, pp. 306 y ss.; Cigüela Sola, J., «*Compliance* más allá de la ciencia penal», en *InDret*, 2019, pp. 13; Varela, L. / Mansdörfer, M., *Principios de Derecho Penal económico*, Barcelona (J. M. Bosch), 2021,

dan una exposición global del modelo vigente de responsabilidad y de sus características que, en el mejor de los casos, se ciñe a recordar los elementos que integran el sistema de consecuencias jurídicas de las personas jurídicas. La jurisprudencia tampoco entra en estos puntos. Las sentencias no suelen contener una fundamentación de las sanciones impuestas. En algunas ocasiones, incluso se pueden encontrar resoluciones que, en lo que a la concreción de la pena atañe, parece que no se atienen a la normativa vigente [6].

Intentar completar y dar coherencia al sistema de determinación de la pena de las personas jurídicas (mediante interpretaciones acordes con el carácter autónomo de la normativa actual que permitan, además, su encaje dentro de la regulación general sobre la determinación de la pena) se enfrenta a varios grupos de problemas: el sistema específico de penas y de circunstancias modificativas para las personas jurídicas (naturaleza y carácter de la pena, clases de penas, medidas cautelares, prescripción, circunstancias modificativas, suspensión de las penas), la finalidad de las penas contra las personas jurídicas, las reglas de determinación de su cuantía y duración (la pena de referencia de la persona física, grado y extensión del marco penal, fijación de la cuantía de la multa y la duración de la pena interdictiva), la acumulación de penas y los concursos de delitos, y las consecuencias accesorias del art. 129 CP. De todas estas cuestiones en este capítulo solo voy a analizar aquellas relacionadas estrictamente con las reglas de determinación de las penas para las personas jurídicas (condenadas por la vía del art. 31 bis CP). Realizaré una exposición esquemática que permita tener una visión global de las principales polémicas y propuestas de solución, pero no abordé al detalle todas las discusiones [7]

---

p. 12] o que no termina de ser ni autónoma ni heterónoma [Fernández Teruelo, J. G., «Algunos apuntes sobre la discusión doctrinal y jurisprudencial relativa a la naturaleza del modelo vigente de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Silva Sánchez, J. M. *et al.* (coords.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Buenos Aires (BdF), 2017, pp. 982 y ss.]. Al respecto de esta controversia sobre la naturaleza del sistema de responsabilidad de las personas jurídicas tras estas dos reformas *vid.* Galán Muñoz, A., «Visiones y distorsiones del sistema español de responsabilidad penal de las personas jurídicas: un diagnóstico 13 años después», en *Revista de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, vol. 2, 2023, pp. 2 y ss.

[6] Por ejemplo, se condena a multa con una cuota inferior a la cuantía mínima de 30 € prevista para las personas jurídicas *(vid.* SSAP Murcia 324/2019, de 14 de noviembre, parte dispositiva, 2 € diarios; Almería 178/2022, de 10 de mayo, FD 4, 10 € diarios) o se aplican atenuantes genéricas del art. 21 CP *(vid.* Ortiz De Urbina Gimeno, I. / Martín Muñoz, J. / Turienzo Fernández, A., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas ante el Tribunal Supremo: un análisis sistemático», en *Revista de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Compliance*, vol. 5, 2024, p. 31).

[7] Desarrollé una visión más amplia y pormenorizada de estas cuestiones en otros trabajos anteriores con un examen exhaustivo de la bibliografía y jurisprudencia disponible, *vid.* Fuentes Osorio, J. L., «Juntos, pero no revueltos. La pena de referencia de la persona física en el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 133, 2021, pp. 61-91; *idem*, «Dolorosa, pero no letal. La cuantía de la multa según la capacidad económica de la persona jurídica», en *InDret Criminología*, núm. 2.22, 2022a, pp. 203-229; *idem*, «Simultáneas y acumuladas. La determina-

II. UN SISTEMA DE DETERMINACIÓN INCOMPLETO Y DUAL

Al precisar la pena de la persona jurídica se atisban dos dificultades iniciales.

1.ª Las normas específicas que organizan la determinación de la pena de las personas jurídicas se agrupan en el art. 66 bis CP (este se remite, a su vez, al art. 66 CP) y se integran como un añadido en los preceptos que regulan las multas, pero no hay una conexión expresa con el resto las reglas previstas en el Código penal para establecer la pena de las personas físicas (grados y mitades, tentativa, complicidad, eximentes incompletas, error de prohibición vencible, concursos de delitos, etc.). Esto ocasiona un vacío normativo: no se explicita qué criterios se deben seguir para modular la sanción impuesta a la persona jurídica. La alternativa consiste en interpretar qué parte de la regulación existente con ese fin para las personas físicas se puede manejar. En principio, y con la precisión que se hará respecto a las penas interdictivas, los preceptos que contienen las reglas generales sobre la determinación de la pena (arts. 61-72 CP) y los concursos (arts. 73-79 CP) son aplicables en el proceso de concreción de las penas de las personas jurídicas porque no hay normativa específica que la sustituya o impida su uso [8], se requieren para adaptar la pena al desvalor del injusto del hecho y a la culpabilidad de su autor, y lógicamente son compatibles con la remisión específica al art. 66 CP.

2.ª Se amenaza a las personas jurídicas con dos clases de penas, diferenciadas según el derecho afectado (patrimonio –multas–, libertad de organización y de existencia –interdictivas–). Aunque en la individualización de cada una de ellas se deben evaluar elementos propios y peculiares (por ejemplo, la distinción entre extensión y cuota en la multa o la necesidad de precisar las actividades suspendidas o prohibidas), se puede afirmar que el proceso de determinación realmente no está condicionado por el tipo de sanción. El aspecto más relevante, que obliga a recurrir a una normativa dual al realizar la determinación, reside en el carácter obligatorio o facultativo de las sanciones. Todas las multas se integran en el primer grupo, ya que se deben imponer en todos los casos en los que una persona jurídica resulte condenada. Las interdictivas son en su mayoría facultativas (ello se refiere tanto a la decisión de utilizarlas,

---

ción de las penas de las personas jurídicas en concurso de delitos», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 138, 2022b, pp. 67-95; Ídem, *Sistema de determinación de las penas impuestas a las personas jurídicas*, Barcelona (Bosch), 2023.

[8] Si bien, en relación con las circunstancias modificativas solo serán admisibles las atenuantes expresamente recogidas por el art. 31 quater CP.

como a la elección de la clase de sanción)[9], pero, aunque no sea lo habitual, también pueden ser obligatorias[10]. Los artículos habilitantes de la responsabilidad de la persona jurídica crean esta discrecionalidad porque no prevén penas concretas dotadas de un marco penal y se remiten, doblemente, al art. 33.7.b-g CP (que enumera las penas interdictivas posibles y su extensión temporal máxima) y al art. 66 bis CP (que esencialmente condiciona la imposición de este tipo de penas a su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos y describe criterios que regulan su duración).

Existen, por consiguiente, dos regímenes de determinación de la pena de las personas jurídicas. (i) La multa y las pena interdictivas concretas disponen de un marco penal con un límite superior e inferior y son obligatorias, se someten a las reglas del sistema general de determinación de la pena (y en gran medida comparten las mismas dudas y dificultades que su uso provoca al precisar estas penas para las personas físicas). Como he señalado, esto permite que las penas se ajusten al injusto del hecho y a la culpabilidad de autor de forma coherente a como se hace con las personas físicas. (ii) En cambio, cuando la pena interdictiva tiene un carácter facultativo la normativa general vigente no puede ser usada, estas sanciones se concretan mediante el empleo combinado del art. 33.7.b-g y el art. 66 bis CP. Este último precepto subordina la necesidad, tipo, número y duración de las penas interdictivas a la peligrosidad actual de la persona jurídica (adicionalmente se prevén ciertas circunstancias que funcionan como expresos factores de riesgo a los que se asocia un tipo de sanción y una duración máxima según el nivel de peligrosidad que revelan) y a las potenciales consecuencias negativas que tenga a su imposición. No depende, por tanto, de la gravedad del injusto y de la culpabilidad, de ahí que no sean obligatorias y no requieran un marco penal[11].

---

[9] Ortiz de Urbina Gimeno, I. / Martín Muñoz, J. / Turienzo Fernández, A., *Revista de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Compliance,* vol. 5, 2024, p. 28, señalan en su análisis sistemático de las sentencias del TS relativas a las personas jurídicas que se sancionó con alguna pena interdictiva a la mitad de las personas jurídicas condenadas (15 de 30).

[10] Por ejemplo, el art. 310 bis CP prevé una escala de multas, penas interdictivas facultativas y una concreta y obligatoria [«[…] se impondrá a la persona jurídica responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años»].

[11] En los artículos habilitantes que prevén una pena interdictiva específica que presenta un marco penal concreto y es de imposición forzosa no sería posible aplicar las reglas del art. 66 bis CP por varios motivos. Su carácter obligatorio hace que sean inútiles los criterios de este artículo que exigen justificar la imposición de la pena por la necesidad preventiva y valorar sus posibles efectos nocivos. Así mismo, pueden tener un marco penal con una duración incompatible con las reglas del art. 66.2.ª bis CP. Por ejemplo, el art. 310 bis CP indica que se sancionará a la persona jurídica responsable con la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad

En los siguientes capítulos desarrollaré el proceso completo de determinación de la pena de multa y el de la pena interdictiva facultativa. No me detendré en los aspectos propios de las penas interdictivas obligatorias y concretas que se determinan siguiendo los mismos criterios y fases previstos para las penas de inhabilitación impuestas a las personas físicas.

2.1 **La pena de multa**

En la concreción de una pena se deben ponderar numerosos factores. Estos condicionan la elección de un marco penal de partida, sus posibles modificaciones y la necesaria individualización final. Para evitar una falta de aplicación de las reglas penológicas existentes al caso concreto es recomendable sopesar todos los elementos que inciden en el curso de determinación de manera ordenada. Este proceso se podría dividir en tres fases:

– Selección del marco punitivo asociado al tipo penal por el que sujeto ha sido condenado.

– Modificaciones cualitativas (subidas o bajadas de grado) y cuantitativas (elección de mitades: superior o inferior) en el marco penal.

– Especificación de la pena concreta.

En estos pasos sucesivos, comunes a cualquier clase de pena y a cualquier sujeto condenado (físico o jurídico), inciden dos importantes circunstancias. Las multas tienen una particularidad respecto a las penas privativas de libertad y a las de inhabilitación: la extensión del marco se articula de modo distinto según se trate de una multa por cuotas, expresado de forma temporal, o de una multa proporcional, expresado mediante numerales multiplicativos; a partir de la extensión precisada según el nivel de injusto y culpabilidad, a continuación hay que fijar una cuantía concreta final empleando como criterio su adaptación a la capacidad económica del sujeto condenado. En relación con las personas jurídicas las multas exhiben, así mismo, otra singularidad: el marco de la multa por cuotas o proporcional del tipo imputable se puede conectar con una pena de referencia de la persona física.

Social durante el período de tres a seis años. Resulta evidente que se impondrá esa pena, aunque no haya reincidencia o pese a que la persona física sufra una pena privativa de libertad inferior a tres años. Así lo hace SAP Murcia 364/2019 de 7 de septiembre (FD 7.2), que condena con la 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 por un periodo de seis años sin haber multirreincidencia o uso instrumental delictivo. En el mismo sentido *vid.* SAP Cáceres 299/2019, de 4 de noviembre (fallo). Por último, tampoco hay que acudir a las reglas del art. 66 bis CP para sancionar con una disolución (arts. 189 *ter,* 520, 569 y 570 *quater* CP) o con una clausura definitiva (art. 194 CP), pues estas son preceptivas en los supuestos descritos en estos tipos.

2.1.1 El precepto habilitante y la selección del marco penal de la multa

El «hecho de conexión» es la conducta delictiva cometida por una persona física (representante o subalterno) que está vinculada con la jurídica en cuanto actúa por su cuenta y en su beneficio. Este hecho, presupuesto fáctico e indicio de la potencial responsabilidad penal del ente jurídico, debe coincidir con alguno de los delitos para los que se prevé expresamente la responsabilidad penal para las personas jurídicas (sistema de *numerus clausus)* mediante un precepto habilitante. Estos también recogen la clase de multa (por cuotas, proporcional o ambas –alternativas en función de la que sea más elevada–) y un marco temporal o un intervalo de numerales multiplicativos junto con un objeto de referencia (el beneficio obtenido, por ejemplo). Aproximadamente en la mitad de las ocasiones estos artículos habilitantes estratifican las multas en dos o tres niveles y señalan que la pena que correspondería a la persona física por los hechos imputables a la persona jurídica («pena de referencia») deberá ser utilizada para elegir uno de estos tramos.

> La pena de referencia permite hacer una equivalencia entre las penas originales previstas para las personas físicas (de prisión especialmente) y las establecidas para las personas jurídicas conforme al baremo que sigue la reforma del 2010 [12]: pena privativa de libertad superior a cinco años (multa del triple al quíntuple / dos a cinco años), entre dos y cinco años (multa de doble al cuádruple / uno a tres años), hasta dos años y otras penas privativas de otros derechos (multa del doble al triple / seis meses a dos años). Reformas posteriores han incorporado artículos con un marco penal que no se adapta a este baremo de proporcionalidad [13].

No obstante, la extensión de la multa puede ser independiente de una pena de referencia. En verdad, en más de la mitad de los preceptos [14] no aparece esta escala: se recoge una multa con un único marco penal.

---

[12] *Vid.* Ortiz De Urbina Gimeno, I., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas (sección 1)», en Ayala Gómez. I. / Ortiz de Urbina Gimeno, I. (coords.), *Memento penal y Económico de la Empresa*, Madrid (Francis Lefebvre), 2016, marg. 1582. Relación recogida expresamente por el art. 52.4 CP cuando establece los módulos de conversión de la multa proporcional en multa por cuotas cuando no se pueda calcular la cuantía exacta del perjuicio, del beneficio, etc.

[13] En el 2010 solo dos preceptos no respetaban este baremo (2 de 22). En la actualidad son 12 (de 30) los que están en esa situación.

[14] Por ejemplo, el art. 430.2 CP señala que «[…] cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo (*scil*. Tráfico de influencias), se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años».

Cuando la selección de la multa se subordine a una pena de referencia se usará la que hubiera correspondido a la persona física por el hecho imputado a la jurídica y en abstracto, esto es, sin valorar los factores modificadores de la responsabilidad concurrentes. Ahora bien, ciertos inconvenientes al especificar la pena de la persona jurídica han llevado a plantear si las reglas penológicas relativas al grado de realización que ha alcanzado el comportamiento delictivo o al tipo de intervención delictiva de la persona jurídica se deberían ponderar al precisar la pena de referencia de la persona física [15]. Estos aspectos no se enjuiciarían con posterioridad al concretar la pena de la persona jurídica. Es una alternativa no recomendable porque, aparte de que es más beneficioso para el condenado aplicar estos descuentos al determinar su pena, no sería viable cuando la extensión temporal de la multa este fijada directamente con independencia de la cuantía de la sanción prevista para la persona física.

Se debe optar por el extremo superior del marco penal en abstracto. Manejar otro criterio nos conduciría a situaciones en las que nos encontraríamos con una pena de referencia muy baja. Por ejemplo, ninguno de los marcos penales de las conductas delictivas recogidas por la sección 1 del Capítulo VI del Título XIII (de las estafas), ni siquiera en los tipos agravados, supera en su límite inferior los cuatro años. Con otras palabras, si se atendiera al margen inferior no sería factible sancionar con el marco penal más grave descrito en el art. 251 bis CP.

Aunque se deba tomar en cuenta la pena abstracta en su margen superior como pena de referencia, hay que escoger el tipo en el que se podría subsumir

[15] A favor de utilizar la pena en abstracto de la persona física, pero descontando el grado de ejecución y de participación Ruiz de Erenchun Arteche, E., *Sistema de penas, reglas de determinación de la pena y suspensión de la ejecución de la pena. Adaptado a la LO 1/2015, de 30 de marzo,* Cizur Menor, (Aranzadi), 2017, p. 183; Mayo Calderón, B., «Las denominadas «penas» aplicables a las personas jurídicas», en Boldova Pasamar, M. A. / Alastuey Dobón, C. (coords.), *Tratado de consecuencias jurídicas del delito*, 2.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2023, p. 912, n. 181; SAP Albacete 269/2018 de 2 de julio 2018 (FD 10). También se llegaría a esta conclusión si se solventara este problema trasladando la interpretación del Tribunal Supremo para decidir si concurren los requisitos temporales en las excepciones a la condena máxima de veinte años del art. 76 CP: «para determinar los límites máximos de cumplimiento establecidos en las letras a) a d) del art. 76 del Código penal hay que atender a la pena máxima imponible, pero teniendo en cuenta las degradaciones obligatorias en virtud del grado de ejecución del delito», Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 19 de diciembre 2012. Sostienen, por el contrario, que la pena de referencia en abstracto será sin valorar el grado de ejecución o de participación, Díez Ripollés, J. L., «Las penas de las personas jurídicas, y su determinación legal y judicial: regulación española», en Fernández Teruelo. J. G. / González Tascón, M. M. / Villa Sieiro, S. V. (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Oviedo (Constitutio Criminalis Carolina), 2013, p. 203; *idem*, *Derecho Penal Español. Parte General*, 5.ª edición, Valencia (Tirant lo Blanch), 2020, p. 742; Faraldo Cabana, P., «Las penas», en Cortés Bechiarelli, E. / De la Mata Barranco, N. / Juanes Peces, A. (coords.), *Memento Experto Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*, Madrid (Francis Lefebvre), 2015, marg. 792; Tugui, F. D., *Las penas previstas para las personas jurídicas en el Código Penal español*, A Coruña (Colex), 2022, p. 123; Fuentes Osorio, J. L. 2023, pp. 191 y ss.

la conducta de la persona física en función de los hechos conocidos [16]. Defender lo contrario, que se tiene que recurrir en todas las ocasiones al tipo básico del grupo de delitos afectado, generaría diversos problemas. Entre ellos, el más relevante sería que dispondríamos de un único marco penal de referencia que haría innecesaria la previsión de varios niveles de severidad en la pena de multa, pues solamente se podría elegir uno en todas las ocasiones. Aceptar esta subsunción comporta que agravantes y atenuantes no previstas específicamente para la persona jurídica se podrán aplicar indirectamente cuando aparezcan en tipos de la parte especial y que al concretar la pena estará vigente el principio de inherencia del art. 67 CP [17]. Así mismo, al identificar el delito imputable y la pena de referencia en los delitos contra el patrimonio se podrán usar las reglas del delito continuado y atender al perjuicio total causado por todas las agresiones [18]. Ahora bien, esta interpretación es cuestionable por diferentes motivos. Podemos encontrarnos con situaciones en las que el defecto de organización es una imprudencia desde la perspectiva de la persona física, pero para un grupo de delitos para los que no se prevé responsabilidad culposa. En este contexto careceríamos de una pena de referencia, lo que imposibilitaría seleccionar la extensión de la multa. Esta ausencia conllevaría que la persona jurídica únicamente podría ser sancionada con una pena interdictiva [19]. Utilizar la pena en abstracto que corresponda al tipo básico doloso como pena de referencia entrañaría una analogía en contra de reo. Por otra parte, esta labor de subsunción en el tipo básico, atenuado o agravado, afronta el problema anteriormente descrito: no tendrá ningún efecto cuando el precepto habilitante recoja una sola multa. Finalmente, no queda claro qué pena elegir cuando las circunstancias modificativas específicas no conduzcan a una pena concreta agravada o atenuada, sino a la obligación de subir o bajar grados o a restringir el marco a su mitad superior o inferior. En este último caso, se han de realizar estas operaciones directamente al determinar la pena de la persona jurídica [20].

---

[16] Por ejemplo, inclinarse por el art. 368 o 369 CP depende de la cuantía de droga o de ciertas circunstancias, como que el tráfico se realice en un lugar abierto al público, haya violencia, el sujeto sea un educador en el ejercicio de su cargo, etcétera.

[17] Ortiz de Urbina Gimeno, I. / Martín Muñoz, J. / Turienzo Fernández, A., *Revista de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Compliance,* vol. 5, 2024, p. 31, en su análisis sistemático de las sentencias del TS relativas a las personas jurídicas han encontrado sentencia en las que se aplican las atenuantes de la parte especial e incluso del art. 21 CP (!).

[18] *Vid.* SSAP Pamplona 192/2019, de 30 de septiembre (FD 6); Ciudad Real 16/2022 de 10 de mayo (FD 5).

[19] A favor de la impunidad, Zugaldía Espinar, J. M., «Aproximación teórica y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español», en Reátegui Sánchez, J. / Requejo Sánchez, C. (coords.), *Derecho penal económico y de la empresa*, Santiago de Chile (Olejnik), 2018, p. 368. Esta situación no se producirá cuando los preceptos habilitantes asignen a la multa un marco único e independiente.

[20] Por ejemplo, STS 118/2020, de 12 de marzo, rebaja en dos grados la multa proporcional al aplicar la atenuante del art. 305.6 CP.

Los preceptos habilitantes que estructuran la extensión de la pena de multa en dos o tres niveles asociados con la pena privativa de libertad de la persona física tienen un último tramo que incluye la expresión «en el resto de los casos». Esta cláusula de cierre permite englobar otras penas privativas de otros derechos.

2.1.2 Modificaciones cualitativas y cuantitativas

Una vez que se ha escogido el marco penal del delito, este, consistente en un intervalo que dispone de un margen inferior y superior, podrá ser modificado en un sentido cualitativo, subiendo o bajando grados, o cuantitativo, reduciéndolo a su mitad superior o inferior. Si se acepta que al depurar la responsabilidad penal de las personas jurídica se admiten factores de atenuación vinculados con el grado de realización, la forma de intervención, etc., y que es viable acudir a las agravantes genéricas y específicas, el debate en el ámbito de la norma de sanción se acota a resolver cómo emplear las reglas penológicas disponibles para ajustar la pena en estas situaciones.

(1) Ya he explicado que no se deben aplicar estas reglas al precisar la pena de referencia por los inconvenientes que esta solución tiene asociados.

(2) Defiendo que se puede modificar la multa, proporcional y por cuotas, en un sentido cualitativo y cuantitativo. Sin embargo, no es una cuestión pacífica.

En las multas por cuotas la dificultad se halla en que el art. 70 CP no incorpora un límite superior al subir grados para las personas jurídicas. A eso se añade que no nos sirva el baremo estipulado para las personas físicas (30 meses) al ser inferior a los 60 meses que se establecen como pena máxima para las días-multa en el art. 50.3 CP para las jurídicas. A partir de aquí se argumenta que este tope no existe porque no se necesita, ya que no se pueden subir grados [21]. Se puede responder a ello que esta carencia no afecta al descenso de grados y que, además, no impide de por sí modificar cualitativamente al alza el marco penal de la multa, solamente implica que esta subida puede ser ilimitada. Incremento en grados que, por otra parte, es coherente con la llamada expresa al art. 66 CP que prevé esta posibilidad en su número 1.4.ª (llamada que justifica igualmente la viabilidad de seleccionar la mitad superior o inferior en la multa por cuotas conforme a las reglas que contiene).

[21] En contra de la posibilidad de subir grados, por ejemplo, Escobar Jiménez, R., «Régimen penológico aplicable a la persona jurídica responsable penal», en Gómez-Jara Díez, C. (coord.), *Persuadir y razonar: Estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*, t. I, Cizur Menor (Aranzadi), 2018, p. 819.

El debate es más intenso con la multa proporcional (una polémica que surgió inicialmente para la persona física). Así, se asevera que las modificaciones cualitativas no son factibles. No se deben usar ni las reglas del art. 66.1 CP ni la normativa general sobre determinación de la pena que permiten subidas y bajadas de grados, puesto que según el art. 52.2 CP se impondrá «[…] la multa dentro de los límites fijados para cada delito, considerando […] principalmente la situación económica del culpable» [22]. Una versión atenuada de este argumento admite la modificación del marco, pero solo para la bajada de grados, tal y como señala el Acuerdo del Pleno de Sala del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2008 para las personas físicas [23]. Esta imposibilidad se extiende incluso a los tipos agravados que exijan alguna subida de grados [24]. Se parte en este planteamiento de la idea previa sobre el predominio de la regla del art. 52.2 CP que demanda libertad para adaptar la multa a la capacidad económica del condenado, pero seguidamente se acepta la reducción de grados mediante el uso analógico, en cuanto favorable al reo, de la normativa que lo regula (art. 70 CP). Una tercera línea argumental, que comparto, defiende que se pueden hacer modificaciones cualitativas en cualquier sentido. Esta discusión se repite en el plano cuantitativo: hay que decidir si la preferente evaluación de la situación económica al determinar la multa proporcional es compatible con el empleo de las normas que influyen en la selección de las mitades. Los diferentes posicionamientos relativos a la alteración del marco penal de la multa proporcional se pueden combinar entre sí. Resultan las siguientes opciones:

– Se pueden hacer todo tipo de modificaciones cuantitativas y cualitativas [25].
– Solo son aplicables las reglas generales relativas a los grados.
– Se pueden rebajar grados (pero no subirlos) y emplear la normativa general sobre la determinación cuantitativa de la extensión [26].

---

[22] *Vid.* SSTS 313/2018, de 28 de junio (FD Único); 448/2018 de 10 de octubre (FD 3).

[23] «1. En los casos de multa proporcional, la inexistencia de una regla específica para determinar la pena superior en grado, impide su imposición, sin perjuicio de las reglas especiales establecidas para algunos tipos delictivos.

2. El grado inferior de la pena de multa proporcional, sin embargo, sí podrá determinarse mediante una aplicación analógica de la regla contenida en el art. 70 del CP. La cifra mínima que se tendrá en cuenta en cada caso será la que resulte una vez aplicados los porcentajes legales».

[24] En contra de subir grados para las personas físicas respecto a las multas proporcionales (según exigía el art. 370 CP), STS 913/2016, de 2 de diciembre (FD 4). Defienden, en cambio, la imposibilidad de incrementar grados salvo cuando ello sea exigido por algún tipo delictivo, Ríos, J. / Pascual, E. / Etxebarria, X., *Manual sobre las consecuencias jurídicas del delito. Su determinación y aplicación*, Madrid (Universidad Pontificia de Comillas), 2016, p. 83.

[25] *Vid.* Díez Ripollés, J. L., 2020, p. 758.

[26] *Vid.* Cardenal Montraveta, S., *La pena de multa. Estudio sobre su justificación y la determinación de su cuantía*, Madrid (Marcial Pons), 2020a, pp. 153 y s.; *Ídem*, «La pena de multa prevista para los delitos relacionados con el consumo de drogas», en *InDret*, 2020b, p. 196; Escobar Jiménez, R., 2018, pp. 820 y ss.

– Es posible reducir grados e imponer mitades en su mitad inferior [27].

– Únicamente se pueden bajar grados, pero no se debe usar la normativa sobre la concreción de las mitades [28].

– Exclusivamente se tiene que seguir la normativa que condiciona cuantitativamente la extensión.

– Al determinar la multa el juez no se debe someter a la normativa general que afecta a la extensión [29].

En mi opinión, la multa proporcional impuesta a la persona jurídica puede ser modificable cualitativa y cuantitativamente y sin límites: el art. 66 bis se remite al art. 66 CP (que, al incluir reglas que permiten subir grados, imposibilita aplicar el Acuerdo del Pleno de Sala del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2008 a las personas jurídicas), no hay una exclusión manifiesta de la normativa general, se requiere su manejo para adaptar la pena al injusto y a la culpabilidad del caso y, por último, estas reglas no impiden que se ajuste la cuantía final a la situación económica del condenado. Este último aspecto no solo intervendrá al individualizar la cuantía total de la multa, también tendrá que ser valorado al fijar la extensión dentro del marco concreto que resulte del uso de las reglas generales de determinación de la pena [30]. Es decir, la proporción exacta final se podrá perfilar según la situación económica del autor, tal y como exige el art. 52.2 CP. Así, si el marco penal después de bajar un grado y en su mitad inferior fuera del doble al cuádruple, la existencia de una situación de crisis en la empresa podría ser un motivo para justificar que se opte por el doble.

2.1.3 Concreción de la pena

Una vez perfilada la extensión de la multa, proporcional a la gravedad del delito y a la culpabilidad del autor, la cantidad final que se asigne se ha de

[27] *Vid.* Mayo Calderón, B., 2023, pp. 913 y ss.; Ortiz de Urbina Gimeno, I. / Martín Muñoz, J. / Turienzo Fernández, A., *Revista de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Compliance,* vol. 5, 2024, pp. 31 y ss., constatan en su análisis sistemático de las sentencias del TS relativas a las personas jurídicas que las atenuantes se están utilizando para bajar grados en las penas impuestas o para seleccionar su mitad inferior. Así mismo han identificado la aplicación de agravantes, pero solo específicas.

[28] *Vid.* Faraldo Cabana, P., 2015, margs. 799 y ss.

[29] La concreción de la multa proporcional según la capacidad de pago nos lleva a prescindir de todas las reglas que condicionan cualitativa y cuantitativamente el marco, *vid.* Gallego Díaz, M., «Las penas aplicables a las personas jurídicas en el Código Penal español», en *Revista Penal,* núm. 31, 2013, p. 98; Roca De Agapito, L., «Sanciones penales a entes colectivos», en Roca Agapito, L. (dir.), *Las consecuencias jurídicas del delito*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2017, p. 201.

[30] Así, Díez Ripollés, J. L., 2020, p. 758.

amoldar a la situación económica de la persona jurídica. Ello garantiza una igualdad en el sacrificio o en el impacto de la multa [31].

Esta operación encara varios obstáculos (propios de las multas impuestas a las personas físicas, pero que trascienden a las jurídicas):

1.º La normativa no señala el parámetro que se tiene que utilizar para enjuiciar la situación patrimonial (¿volumen de negocios, el beneficio bruto, el beneficio neto, el patrimonio neto?) Para las personas físicas el CP señala, solo respecto a la multa por cuotas, que se debe tener en cuenta el patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales (art. 50.5 CP). Se usa, por tanto, el patrimonio total [32]. Para las personas jurídicas es habitual referirse al volumen de negocios [33]. Desde mi punto de vista habría que recurrir al beneficio neto o al resultado contable neto [34] porque permite tener una imagen actualizada de la situación de la persona jurídica condenada (incluyendo gastos e ingresos) y evaluar comparativamente el peso que tendría la inclusión de la multa como un gasto adicional anual.

2.º Habitualmente se impone la multa sin investigar la situación económica del penado [35] o, en todo caso, de forma superficial y limitada a datos esenciales.

---

[31] *Vid.* Varona Gómez, D., «La reforma de las penas no privativas de libertad (LO 15/2003): ¿Un paso adelante en el sistema de penas alternativas a la prisión?», en *Revista Española de Investigación Criminológica*, AC-04-04, 2004, p. 6; Kantorowicz-Reznichenko, E., «Day-Fines: Should the Rich Pay More?», en *Review of Law & Economics*, 11(3), 2015, pp. 482 y ss.; Gil Gil, A. / Lacruz López, J. M. / Melendo Pardos, M. / Núñez Fernández, J., *Consecuencias jurídicas del delito*, Madrid (Dykinson), 2018, p. 207; Faraldo Cabana, P., «Pecuniary Punishments», en *Oxford Research Encyclopedia of Criminology*, Oxford (Oxford University Press), 2018, p. 4; Cardenal Montraveta, S., 2020a, pp. 25 y ss.; *idem*, 2020b, p. 179.

[32] *Vid.* Díez Ripollés, J. L., 2020, pp. 751 y ss.

[33] Por ejemplo, Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia, vincula las sanciones a un porcentaje del volumen de negocios totales del ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa (art. 63 LDC). Lo mismo hace el art. 56 LO 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (10 % del volumen de negocios anual total del sujeto obligado). También la Directiva (UE) 2024/1203 del Parlamento Europeo y del Consejo (de 11 de abril de 2024, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal y por la que se sustituyen las Directivas 2008/99/CE y 2009/123/CE) señala en su art. 7.3 que las multas a las personas jurídicas no han de ser inferiores al 3 o al 5 % (según el tipo de agresión) de su volumen de negocios mundial total del ejercicio económico anterior a aquel en que se cometió el delito o al de la decisión de imposición de la multa.

[34] *Vid,* Cachón Cadenas, M. / Cid Moliné, J., «La pena de días-multa como alternativa a la prisión», en Cid Moliné. J. / Larrauri Pijoan, E. (coords.), *Penas alternativas a la prisión*, Barcelona (Bosch), 1997, p. 41. Así, para la multa por cuotas para las personas físicas, Cardenal Montraveta, S., 2020, pp. 87, 94 y ss. Autor que advierte, empero, que habría que analizar el patrimonio total cuando este sea muy elevado para no reducir la eficacia preventiva de la multa.

[35] *Vid.* Varona Gómez, D., *Revista Española de Investigación Criminológica,* AC-04-04,; Barquín Sanz, J., «La pena de días multa en la práctica judicial española», en De Vicente Remesal, J. *et al*. (dir.), *Libro homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario*, Madrid (Reus), 2020, pp. 1244 y ss.; Tugui, F. D., 2022, pp. 165 y ss.

3.º No se fundamenta la cuantía final de la multa. Sobre todo, cuando las cuotas están próximas al mínimo legal. Costumbre fomentada por el Tribunal Supremo cuando, por ejemplo, afirma que «[…] la exigencia de motivación debe atemperarse, no siendo necesaria cuando se impone una cuota cercana al mínimo legal» [36].

4.º No se manejan todos los mecanismos indagatorios disponibles. Sorprende que no se exploten las posibilidades judiciales de acceso lícito y garantista a los sistemas informáticos de almacenaje de datos [37].

5.º Se sanciona con multas poco severas, aunque sean hechos graves, y con una cuantía similar para sujetos que han sido condenados por delitos parecidos, pero que están en una situación económica diversa [38].

6.º No existen baremos legales y jurisprudenciales que ayuden a fijar un importe diario de las cuotas y una cuantía final de la multa proporcional que sean adecuados a la capacidad económica del penado, aunque los arts. 50 y 52 CP exijan una individualización según este criterio para ambos tipos de multas [39].

A continuación, expondré de manera muy resumida las reglas que propongo para ajustar cada clase de multa para las personas jurídicas [40] (solución que se podría extender a las personas físicas).

---

[36] STS 230/2019, de 8 de mayo (FD 6.3). *Vid.* también, SSTS 238/1998 de 21 de diciembre (FD 1); 699/2016 de 9 de septiembre (FD 32); 438/2018 de 3 de octubre (FD 133). *Vid.* críticamente Cardenal Montraveta, S., 2020a, pp. 101 y ss.; Barquín Sanz, J., «Responsabilidad criminal corporativa en el marco de la corrupción política. Penas aplicables: normativa y jurisprudencia», en Morillas Cueva. L. (dir.), *Respuestas jurídicas frente a la corrupción política*, Madrid (Dykinson), 2021, p. 344; Mayo Calderón, B., 2023, p. 910.

[37] *Vid.* críticamente Cachón Cadenas, M. J. / Cid Moliné, J., 1997, p. 53; Cachón Cadenas, M. J. (2001), «La pena de días-multa: el difícil juicio sobre la capacidad económica del acusado», en Picó i Junoy, J. (coord.), *Problemas actuales de la justicia penal*, Barcelona (Bosch), 2001, pp. 190 y ss.; Faraldo Cabana, P., «Towards Equalisation of the Impact of the Penal Fine: Why the Wealth of the Offender was Taken into Account», en *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, 3(1), 2014, p. 8; Cardenal Montraveta, S., 2020a, pp. 114, 148; Díez Ripollés, J. L., 2020, p. 755; Barquín Sanz, J., 2020, pp. 1244 y ss.

[38] Ortiz de Urbina Gimeno, I. / Martín Muñoz, J. / Turienzo Fernández, A., *Revista de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Compliance,* vol. 5, 2024, p. 20, recalcan en su análisis sistemático de las sentencias del TS relativas a las personas jurídicas que la cuota más baja (30 €) fue la más frecuente.

[39] Excepcionalmente alguna jurisprudencia dividió el marco legal de la multa por cuotas para las personas físicas (2-400 €) en diez tramos para distinguir en el más bajo de ellos entre pena de multa en su grado mínimo y su mínimo absoluto, reservado para las situaciones de indigencia o miseria, *vid.* SSTS 1207/1999, de 7 de abril (FD 5); 1377/2001, de 11 de julio (FD 5); 1265/2005, de 31 de octubre (FD 8).

[40] *Vid.* ampliamente en Fuentes Osorio, J. L., «Determinación de la cuantía de la multa al dictar sentencia según la capacidad económica de la persona jurídica», en Gómez Martín, V., *et al*. (dirs.), *Un modelo integral de Derecho Penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Madrid (BOE), 2022c, pp. 615-627; *idem*, *InDret Criminología,* núm. 2.22, 2022a, pp. 203-229; *idem*, 2023, pp. 228 y ss.

(a) En la pena de días-multa, la cuantía de cada cuota no deberá ser inferior al 25 %[41] ni superior al 40 %[42] del ingreso neto diario (porcentaje próximo al estipulado en otros sistemas legales[43]). La cuantía resultante puede ser fraccionada (durante cinco años para las personas jurídicas, art. 53.5 CP), lo que permite reducir adicionalmente su impacto.

(b) En la multa proporcional necesitamos un límite porcentual máximo, puesto que no se persigue establecer un porcentaje mínimo que atribuya severidad suficiente y que encaje con la capacidad de pago, sino garantizar que la cuantía final sea asumible por el condenado. Con este objetivo planteo que la cuantía de la multa proporcional producto de los dos coeficientes (p. ej. el doble del beneficio obtenido) no sea superior al 40 % del ingreso neto anual en el año anterior a dictar sentencia multiplicado por cinco (número que se corresponde con la extensión temporal máxima de la multa por cuotas para las personas jurídicas: hasta cinco años, art. 50.3 CP) –lo que garantiza que el porcentaje máximo posible sea igual para ambos tipos de multa[44]–.

(c) El art. 31 ter CP[45] expone que la cuantía de la multa impuesta a las personas jurídicas tendrá igualmente que ajustarse cuando haya una duplicidad de multas sobre la persona física y jurídica. Esto ha generado una discusión sobre dos cuestiones. ¿Hay un conflicto de *non bis in idem?* Desde un planteamiento autónomo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no hay identidad en el sujeto ni en el fundamento cuando se sancione conjun-

---

[41] Si la cuantía máxima estipulada por la ley para cada cuota (5000 €, art. 50.4 CP) fuera inferior a este 25 % (porcentaje mínimo) se establecerá esta como cuota diaria y de forma suficientemente motivada.

[42] Este intervalo permite resolver el problema de la percepción subjetiva de pérdidas y valorar otros aspectos patrimoniales y gastos que no estén incluidos en los ingresos netos anuales.

[43] Respecto a las personas físicas Cachón Cadenas, M. J. / Cid Moliné, J., 1997, pp. 41, 52 y Guil Román, C. («El sistema de días-multa y la incorrectamente llamada pieza de responsabilidad civil», en *Diario La Ley*, D-137, 2001, p. 4) mantienen que en los sistemas de días-multa es habitual que se tenga como referencia un tercio de la renta neta diaria. Cardenal Montraveta. S., 2020a, pp. 86 y ss. prefiere el baremo de la mitad de los ingresos netos que el penado obtiene por término medio diariamente (criterio que según Kantorowicz-Reznichenko, E., *Review of Law & Economics,* 11(3), 2015 2015, p. 485 es el seguido por Finlandia).

[44] «Se puede incluir una regla adicional para poder tener en cuenta la situación patrimonial de la persona jurídica. Si la cuantía resultante de aplicar el porcentaje propuesto sobre los ingresos netos anuales (por cinco) fuera un 25 % inferior al producto de multiplicar la proporción seleccionada en el caso concreto por el objeto de referencia (el beneficio obtenido, p. ej.) se podría incrementar el importe máximo total en un 5-10 % del valor del patrimonio total del año anterior al que se dicte sentencia. Este intervalo porcentual reducido permite un aumento de la cantidad máxima de la multa proporcional adecuado al patrimonio de la persona jurídica y sin que ello tenga necesariamente graves consecuencias económicas. Este incremento no podrá superar la cuantía establecida en el primer momento de determinación de la multa proporcional (p. ej. el doble del perjuicio causado)», Fuentes Osorio, J. L., *InDret Criminología,* núm. 2.22, 2022a, p. 214.

[45] «[…] cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas [scil. persona física y jurídica] la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos».

tamente a una persona física y a una jurídica, aunque sea por el mismo hecho. Desde este enfoque se interpreta mayoritariamente que este precepto pretende (pese a que no lo señale expresamente) evitar que la cuantía final de la multa sea desproporcionada cuando exista una identidad patrimonial entre la persona jurídica y la física (habitualmente el administrador) [46]. Jurisprudencialmente se ha precisado que esta compensación no solo es factible en situaciones de total identidad, también se admite en aquellas en las que el administrador es socio de la entidad y tiene una participación elevada en ella [47]. ¿Qué criterios se deben utilizar para determinar cuándo la identidad patrimonial (total o parcial) permite la modulación y dentro de qué parámetros? El TS resuelve este interrogante empleando de forma combinada dos reglas. (i) La multa conjunta es desproporcionada si supera la extensión máxima de la pena más grave prevista para la persona física o jurídica para el delito imputado [48]. Aunque no queda claro si hay que tomar como referencia el marco legal abstracto o el concreto [49]. (ii) La modulación, cuando sea necesaria, debe respetar el principio de legalidad: no se puede eliminar la pena de multa de ninguno de los sujetos [50]; este ajuste no puede actuar como una atenuante [51], esto es, no puede ser inferior a la extensión mínima de la pena más leve de la persona física o jurídica [52].

Desde mi punto de vista el TS solventa esta cuestión como si fuera un problema de *non bis in idem:* la necesidad de ajuste surge por la mera concurrencia de los dos sujetos y no por el efecto que la confluencia de ambas

---

[46] *Vid.* Feijoo Sánchez, B., «Las consecuencias jurídicas del delito», en Bajo Fernández, M. / Feijoo Sánchez / Gómez-Jara Díez, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2.ª ed., Cizur Menor (Civitas), 2016, p. 279; Gómez Martín, V., 2016, pp. 266 y ss.; Dopico Gómez-Aller, J., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en De la Mata Barranco, N. / Dopico Gómez-Aller, J. / Lascuraín Sánchez, J. A. / Nieto Martín, A., *Derecho penal económico y de la empresa*, Madrid (Dykinson), 2018, p. 133.

[47] *Vid.* en esta línea las SSTS 583/2017, de 19 de julio, Segunda Sentencia, FD 4; 746/2018, de 13 de febrero de 2019, FD 5.

[48] Así SSTS 746/2018, de 13 de febrero de 2019, FD 5; 118/2020, de 12 de marzo, FD 5.

[49] Sigue esta última opción STS 746/2018, de 13 de febrero de 2019, FD 6.

[50] Vid. STS 118/2020, de 12 de marzo, FD 5. Por tanto, sería incorrecta la imputación en exclusiva de la persona jurídica (así AAP Logroño 464/2019, de 10 de diciembre, FD 2, lo que, por otro lado, dejaría sin responsabilidad penal a la persona física, que podría evitar incluso una pena privativa de libertad) o de la persona física, así como mantener la imputación de la persona física, pero eliminando la sanción por la multa.

[51] SSTS 746/2018, de 13 de febrero de 2019, FD 5; 118/2020, de 12 de marzo, FD 5.

[52] Así SSTS 154/2016, de 29 de febrero, FD 10; 583/2017, de 19 de julio, FD 8; 746/2018, de 13 de febrero de 2019, FD 5; 118/2020, de 12 de marzo, FD 5; SAP Murcia 364/2019, de 7 de noviembre, FD 7.2. Si bien, exponen que se podría permitir una disminución por debajo del mínimo con carácter excepcional y cuando lo exija el respeto de la proporcionalidad. No obstante, hay sentencias que directamente han considerado que hay desproporción por la mera concurrencia de la persona física y jurídica y por ese motivo han reducido un 50 % la multa de cada una, Vid. SAP Barcelona 140/2019, de 18 de enero, FD 2. Criticada por la STS 118/2020, de 12 de marzo, FD 5, porque la cuantía final se queda por debajo de la extensión mínima de la pena más leve para la persona jurídica.

multas tenga en el patrimonio compartido; se ajusta la cuantía reduciendo la extensión de la multa, lo que funciona realmente como una atenuante que no garantiza, además, que la multa finalmente impuesta se adecue a la situación económica. En mi opinión un encuadre más correcto sería aquel que valora si hay una desproporción analizando únicamente si la suma de las multas supera la capacidad de pago conjunta de ambos sujetos. Según he formulado [53] esto acontece cuando la suma de las cuotas diarias impuestas a cada persona sea superior al 40 % del ingreso medio neto diario (tope máximo propuesto). Al hacer este cálculo hay que tener en cuenta que cuando no haya una identidad total habrá que añadir los ingresos netos «exclusivos» de la persona física a los de la persona jurídica. La cantidad que sobrepase este margen se descontará a la cuota de cada persona según el porcentaje que la multa impuesta a cada una de ellas suponga respecto a la suma de ambas. En las multas proporcionales se tendrá que comparar la cuantía total de las penas impuestas. Se calcula el 40 % de los ingresos netos anuales del año anterior al que se dicta la sentencia. Se incluyen los de la persona jurídica y los adicionales de la persona física. Esta cantidad se multiplica por cinco para conseguir una equivalencia con la pena de multa por cuotas. Cuando la suma total de las multas proporcionales impuestas sea superior a esta cantidad límite, habrá una desproporción igual a la diferencia. Esta se compensará según el porcentaje que la multa de cada persona represente respecto al total de ambas. Si las multas no tuvieran la misma naturaleza también se recurrirá a este último criterio, puesto que, como ya he explicado, el porcentaje máximo para la multa por cuotas coincide con el propuesto para la pena proporcional.

Tanto en este modelo como en el desarrollado jurisprudencialmente se pueden alterar las cantidades de las dos multas [54] y de forma desigual [55]. No obstante, desde mi perspectiva no será suficiente la rebaja de una de ellas [56], sino que será necesaria la minoración proporcional de ambas [57].

7.º Si la persona jurídica hubiera sido condenada por varios delitos nos encontraríamos en un contexto concursal. En principio, ello no es problemático. Todas las multas impuestas, aunque tengan la misma naturaleza e incidan sobre el

---

[53] *Vid.* en profundidad con numerosos ejemplos en Fuentes Osorio, J. L., *InDret Criminología,* núm. 2.22, 2022a, pp. 215 y ss.

[54] *Vid.* Díez Ripollés, J. L., 2020, p. 763.

[55] *Vid.* Díez Ripollés, J. L., 2020, p. 763.

[56] Considera suficiente la rebaja de una de ellas Faraldo Cabana, P., 2015, marg. 827. Así lo hace STS 746/2018, de 13 de febrero de 2019 que reduce a la mitad la pena de multa de la persona jurídica.

[57] Así Gallego Díaz, M., *Revista Penal*, núm. 31, 2013, p. 98; Díez Ripollés, J. L., 2020, p. 763.

mismo patrimonio, se pueden satisfacer simultáneamente [58] porque todas son susceptibles de pago en un solo momento. En suma, las penas de multa en concurso se cumplen de manera simultánea y acumulada, lo que conlleva que no se pueda emplear la regla penológica de absorción [59] y que se tenga que abonar la cuantía total acumulada sin someterse a los máximos del art. 76 CP [60]. Ello puede generar un montante global muy elevado, superior a sus límites legales [61] e incompatible con la demanda de adaptación de la multa a la situación económica de la persona jurídica [62]. Estas consecuencias no deseadas se utilizan para «negar la simultaneidad» y poder acudir a la normativa que regula el cumplimiento sucesivo (art. 75-77 CP) [63]. Ahora bien, su uso se enfrenta a numerosos inconvenientes. Por un lado, la regla de la absorción permitiría seleccionar una multa agravada, pero solamente si son el mismo tipo de multa. ¿Cómo comparar la mayor gravedad de las penas que tienen una extensión con diferentes unidades de medida, en años o en proporciones? Se requeriría, por ejemplo, la conversión de la multa proporcional en cuotas. Así mismo, aunque solventa la situación concursal, el marco penal agravado no nos da automáticamente una cuantía económicamente asumible por la persona jurídica. Por otro lado, los límites para la acumulación están pensados para penas privativas de libertad que se miden en años, por ello, únicamente se podría manejar la regla variable (triple de la mayor). Sin embargo, esta no es apta para resolver concursos con diferentes clases de multas y al operar sobre la extensión tampoco asegura que la cantidad final se adapte a la capacidad de pago del condenado. Obs-

---

[58] En este sentido, García San Martín, J., *La acumulación jurídica de penas*, Madrid, Ministerio del Interior, 2016, p. 52; Varona Jiménez, A., *Tratamiento procesal y sustantivo de la acumulación jurídica de penas*, 2.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2022, pp. 107 y ss.; Gil Gil, A. / Lacruz López, J. M. / Melendo Pardos, M. / Núñez Fernández, J. 2018, p. 212; Vizueta Fernández, J., *Régimen penológico del concurso real de delitos*, Madrid (Reus), 2020, pp. 58 y ss.

[59] *Vid.* Vizueta Fernández, J., «Determinación de la pena en los concursos ideal y medial de delitos en el Código Penal español», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 35, 2021, nota 56.

[60] *Vid.* Vizueta Fernández, J., 2020, p. 59.

[61] *Vid.* para la multa por cuotas, Díez Ripollés, J. L., 2020, p. 793.

[62] *Vid.* Cardenal Montraveta, S., 2020, p. 53; Díaz y García-Conlledo, M. / De Vicente Martínez, R., «El cumplimiento y la determinación de las penas impuestas a un mismo sujeto», en De Vicente Martínez (coord.), *La aplicación práctica del incidente de acumulación de condenas*, Hospitalet de Llobregat (Wolters Kluwer), 2017, p. 28.

[63] En el ámbito estricto de las personas jurídicas también se ha planteado emplear las reglas penológicas de los concursos al determinar la pena de referencia de la persona física por todos los hechos por los que ha sido condenada la jurídica. A partir del marco penal agravado o de la suma limitada de penas individuales se obtendría una sola pena de referencia concreta que podríamos usar para seleccionar el marco penal de la multa de la persona jurídica dentro de los niveles fijados en el precepto habilitante (así lo hacen SAN 14/2020, de 6 de octubre, FD 16; SAP Pamplona 192/2019, de 30 de septiembre, FD 6). Esta solución es conflictiva: los delitos en concurso pueden tener penas que se pueden cumplir simultáneamente, no generan, por tanto, una sola pena agravada; aun cuando se alcance una pena única y agravada, esta no siempre altera la elección de la pena de multa (por ejemplo, cuando las multas no estén estratificadas o cuando, existiendo esta graduación, cada pena en concurso para la persona física nos sitúe ya en el nivel superior de esta escala), *vid.* Fuentes Osorio, J. L., 2022b, pp. 74 y ss.; *idem*, 2023, pp. 262 y ss.

táculo que permanece cuando se cambia el objeto de este límite variable y se aplica sobre la cuantía concreta de cada multa. En resumen, la normativa penológica de los concursos no se adapta a las multas porque está pensada para penas privativas de libertad. En realidad, no la necesitamos. Cuando hay multas en concurso no hay que buscar poner topes a la acumulación, sino valorar si la suma total supera la capacidad económica de la persona jurídica. Esto es, hay que servirse de los criterios que se empleen para amoldar la pena de multa impuesta a las personas jurídicas a la situación económica del condenado. Estos criterios serán los «límites» en el cumplimiento simultáneo y acumulado de las multas [64].

En lo que respecta al delito continuado, las reglas penológicas de absorción-exasperación previstas en el art. 74.1 y 2 CP alcanzan directamente a las penas de multa y a las interdictivas concretas y obligatorias, ya que el supuesto fáctico del delito continuado no se basa en la imposibilidad de cumplimiento simultáneo de las penas, sino en la previsión de un efecto agravante obligatorio sobre el marco de la pena cuando se cometan varios delitos (mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza) en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando una ocasión idéntica. No obstante, estas reglas se enfrentan al problema señalado con anterioridad, a saber, no se pueden utilizar cuando los preceptos habilitantes prescriben distintas clases de multa. Igualmente debo aclarar que el delito continuado nos dará una multa única agravada en su extensión, luego tendrá que ajustarse su cuantía a la capacidad económica del condenado al dictar sentencia conforme a los criterios descritos.

2.2 **Las penas interdictivas**

La determinación de las penas interdictivas facultativas, que carecen de un intervalo temporal y que no se tienen que ajustar a la gravedad del injusto del hecho y de la culpabilidad del autor, se estructura siguiendo un proceso

[64] Mi propuesta concreta es que «[…] hay que partir del tope máximo fijado para ambas multas: 200 % de los ingresos netos anuales. Este se debe incrementar un 5 % por cada multa que se encuentre en concurso hasta un máximo de un 50 %. Es un aumento aparentemente muy reducido, pero relevante en cuanto arranca desde el porcentaje más elevado (consigue que la cantidad máxima acumulada sea superior a la cuantía de la pena de multa individual más grave posible) y permite poner un techo a la suma global de la acumulación que sea asumible. Esta, si luego se reparte entre el número de plazos anuales en que puede fraccionarse, no superará la mitad de los ingresos netos anuales», Fuentes Osorio, J. L., 2022b, p. 85. Esta operación debería realizarse de nuevo en los contextos en los que haya una concurrencia de personas físicas y jurídicas en una situación de identidad patrimonial (al menos parcial). *Vid.* ampliamente en Fuentes Osorio, J. L., 2022b, pp. 86 y ss.; *idem,* 2023, pp. 271 y ss.

totalmente diverso. Este se organiza apoyado en tres ejes: haya un riesgo relevante de continuidad delictiva, dar una respuesta adecuada y proporcional a este riesgo, producir los menores efectos negativos en la persona jurídica y en terceros vinculados con ella. A partir de estos tres principios la determinación de estas penas se puede dividir en cuatro fases en las que se agrupan los factores que vienen recogidos expresamente por el art. 66 bis CP para decidir sobre la imposición, elección y extensión de las mismas:

– Necesidad de imposición.
– Potenciales efectos sobre terceros.
– Selección de la pena.
– Concreción de la duración.

2.2.1 Necesidad de imposición

La imposición de las penas interdictivas facultativas persigue una finalidad preventiva-especial negativa: según el art. 66.1.a bis CP ello depende de «su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos» [65]. Dicho de otro modo, obedece a que se requiera la inocuización total o parcial de la persona jurídica, lo que se subordina al resultado de un análisis del riesgo de reiteración delictiva.

Este riesgo tiene que ser real y actual [66] (valorando las circunstancias presentes al dictar sentencia). Además, en el juicio sobre el riesgo de reincidencia se debe perfilar su grado (bajo, medio, alto) y la extensión que tiene dentro de la estructura organizativa de la persona jurídica. La combinación de estos ele-

[65] El término «de sus efectos» incide en que se quieren evitar los futuros comportamientos delictivos y las consecuencias negativas que estos provocan *(vid.* Mayo Calderón, B., 2023, p. 945). Una interpretación de estos «efectos» desde una perspectiva preventivo general [plantean que al prever la posibilidad de imponer la sanción interdictiva para prevenir la continuidad de los «efectos» de la actividad se incorporan exigencias preventivo-generales, Díez Ripollés, J. L., 2020, p. 743; Dopico Gómez-Aller, J., «Determinación de las penas aplicables a las personas jurídicas», en Molina Fernández, F., (coord.), *Memento Práctico Penal*, Madrid (Francis Lefebvre), 2016, marg. 5674] llevaría a justificar sancionar con una pena interdictiva cuando ello se estime necesario para restablecer la confianza en el sistema. Esta decisión se desprendería del riesgo actual y objetivo de reiteración delictiva, y se subordinaría a una insegura y arbitraria apreciación sobre la existencia de una reacción subjetiva y emotiva de la comunidad.

[66] *Vid.* Rodríguez Ferrández, S., «Las penas aplicables a las personas jurídicas tras la reforma legislativa de 2010», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 105, 2011, p. 185; Gil Nobajas, S., 2016, p. 301. En contra, Mayo Calderón, B., 2023, p. 943, que propone que se haga depender la necesidad preventiva y, por tanto, la posibilidad de imponer penas interdictivas de que la persona jurídica no dispusiera en el momento de cometer el delito de un programa de cumplimiento o cuando este fuera inadecuado. Se deja el análisis *ex post* sobre el riesgo de reiteración para establecer la clase y duración de la medida.

mentos nos permite justificar la necesidad de imponer una sanción interdictiva, cuál sería la más adecuada y qué duración debería tener. ¿Cómo determinar si el riesgo es real, actual, alto y está extendido? Actualmente se utiliza un modelo intuitivo-subjetivo poco fiable (en cuanto el juez-evaluador tiene sus propios sesgos, está expuesto a presiones socio-económicas, etcétera). A este se opone un modelo gerencial-actuarial que permite tomar decisiones objetivas, éticamente neutras y previsibles (basada en regularidades) que refuerza la seguridad jurídica, pero que no engloba todo el contexto concreto del condenado y considera aspectos que no pueden ser modificados por el sujeto activo. Estos últimos inconvenientes hacen más adecuado un modelo clínico-estructurado que une los dos anteriores: la decisión subjetiva se puede apoyar en factores predictivos (de riesgo o protectores según se vinculen directa o indirectamente con un incremento o atenuación del riesgo de reincidencia).

Desde este último encuadre, el juez tendría que tener en cuenta, aparte de aquellos factores predictivos que los estudios criminológicos aporten sobre la reincidencia de las personas jurídicas, los que legislador ha incluido en la actual normativa penal. En primer lugar, las atenuantes descritas en el art. 31 quater CP actúan en relación con las penas interdictivas como factores de protección. La confesión, la colaboración en la investigación y la reparación del daño son comportamientos postdelictivos que reflejan un reposicionamiento del autor del delito facilitando el desarrollo del proceso, asumiendo la responsabilidad y reparando a la víctima que se pueden asociar con un menor riesgo de reincidencia. Del mismo modo, serán factores de protección la creación *ex novo,* con posterioridad al delito y antes del comienzo del juicio oral, de medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica. Aunque no se describa expresamente, se puede equiparar a esta última la adopción de mejoras en el programa que se había establecido con anterioridad al delito, pero que no había sido ejecutado con eficacia. En sentido inverso, la reincidencia/multirreincidencia y la instrumentalización delictiva son factores que pueden correlacionar con una probabilidad elevada de continuidad delictiva. Por último, que la persona física o el órgano que incumplió el deber de control mantenga su posición en el organigrama actual de la persona jurídica está previsto igualmente en el art. 66 bis CP como un factor de riesgo [67]. Debo aclarar que propugnar que cuanto más alto se posicione jerárquicamente esa persona física y mayor sea el grado de responsabilidad asumido, mayor gravedad ten-

[67] *Vid.* Faraldo Cabana, P., «La disolución de partidos políticos como sanción penal», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVIII, 2018b, pp. 108 y ss., 111; Feijoo Sánchez, B., 2016, p. 284.

drá su infracción y mayor será la necesidad de imposición de una pena interdictiva, ya que muestra un mayor defecto de organización, aporta un argumento de proporcionalidad basado en el merecimiento y no en la necesidad preventiva como aquí se defiende.

Dos precisiones. La concurrencia de estos factores no conlleva obligatoriamente que sea necesario sancionar con una pena interdictiva (pueden compensarse con la presencia de varios de signo contario), ni veta que al evaluar este riesgo se valoren otros. Una cuestión distinta será establecer qué grado de riesgo se estima relevante (a saber, cuándo es alto, extenso, etc.) Decisión normativa compleja porque el riesgo, continuo y con diferencias graduales, no se puede someter siempre a clasificaciones discretas de cortes tajantes. A pesar de esta dificultad es necesario fijar estos baremos, puesto que permiten justificar la resolución judicial y posibilitan su refutación.

2.2.2 Potenciales efectos sobre terceros

Al resolver imponer una sanción interdictiva se tiene que ponderar conjuntamente el riesgo de reincidencia y sus potenciales «consecuencias económicas y sociales, especialmente los efectos para los trabajadores» (art. 66 bis 1.b CP). En función de ambos aspectos resulta indudable que, si el riesgo de reiteración es bajo o muy localizado, a la vista de los posibles efectos negativos que estas penas pueden causar, no se debe sancionar con ellas. Un riesgo medio/alto o extendido, demandaría, por el contrario, la imposición de una pena interdictiva, pero habría que sopesar si es asequible conseguir la eficacia preventiva necesaria acudiendo a penas menos lesivas, en menor número o con una menor duración. Con todo, los tribunales deberían eludir la imposición de penas interdictivas cuando sea manifiesto que pueden ser excesivamente lesivas en el caso concreto (atendiendo sobre todo al porcentaje de trabajadores que podrían ser despedidos o al número de empresas conexas que pudieran resultar afectadas) [68].

Cuatro precisiones. Al analizar los potenciales efectos nocivos de las penas interdictivas mantengo que no se deben incluir a los accionistas. Por un lado, porque estos aceptan que su inversión puede obtener beneficios o pérdidas [69], por otro, porque la sanción compensa las ganancias iniciales asociadas

[68] *Vid.* Faraldo Cabana, P., 2015, marg. 879; Tugui, F. D., 2022, p. 112.

[69] Así, Tugui, F. D., 2022, pp. 113 y ss., que aparta por el mismo motivo a los acreedores (que tienen mecanismos específicos de protección de sus intereses, *vid.* RDLeg 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal).

con la actividad delictiva [70]. Cualquier sanción de una persona jurídica producirá inevitablemente consecuencias negativas sobre ella y sobre terceros. Respecto a la posible destrucción de empleo sostengo que nos debemos circunscribir a los empleados de la persona jurídica [71] (ampliarlo a los de otras empresas prácticamente impediría la imposición de penas interdictivas) y, en lo que atañe a estos, hay que puntualizar qué porcentaje de despido sería aceptable. Si bien la valoración de estas consecuencias actualmente se basa (al igual que la relativa a la existencia de un riesgo relevante) en intuiciones, tendría que sustentarse en informes de órganos administrativos especializados [72].

2.2.3 Selección de la pena

En función de los dos factores indicados con anterioridad (nivel de riesgo de reiteración y sus efectos perjudiciales sobre terceros) se deben elegir las sanciones interdictivas apropiadas.

Las penas definitivas han de ser excepcionales. En consecuencia, la disolución (y la prohibición definitiva de actividades) se tienen que usar en situaciones en las que se requiera la absoluta inocuización: cuando la persona jurídica este vinculada con una actividad delictiva y no pueda ser reconducida a un uso distinto al criminal [73]. Considero que la multirreincidencia de forma aislada no debería ser un indicador suficiente, aunque lo permita el art. 66 bis CP, para decretar sanciones permanentes. Tendrían que confluir otros factores adicionales que conduzcan a confirmar que hay un riesgo máximo de continuidad delictiva.

En torno al empleo de la pena de disolución hay dos debates. El primero sobre su ámbito de aplicación. Se plantean diferentes opciones: únicamente se puede disolver una sociedad pantalla (aquella que no tiene actividad real); es posible la disolución de la sociedad pantalla y de las personas jurídicas con actividad real y parcialmente ilícita [74]; la disolución es una pena prevista exclu-

---

[70] *Vid.* Tugui, F. D., 2022, p. 113.

[71] En contra, Tugui, F. D., 2022, p. 116, que defiende que también se deben incluir los trabajadores de subcontratas y colaboradores.

[72] *Vid.* Goyena Huerta, J., «Artículo 66 bis», en Gómez Tomillo, M. (dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*, Cizur Menor (Thomson Reuters Aranzadi), 2015, p. 648.

[73] Ortiz de Urbina Gimeno, I. / Martín Muñoz, J. / Turienzo Fernández, A., *Revista de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Compliance,* vol. 5, 2024, p. 30, en su análisis sistemático de las sentencias del TS relativas a las personas jurídicas comentan que las penas interdictivas solo se impusieron a la mitad de los condenados y que, dentro de estas, las menos utilizadas fueron la disolución (12,50 %) y la prohibición de actividades (4,17 %). Esta última fue, además, temporal (por cinco años).

[74] *Vid.* Faraldo Cabana, P., 2015, marg. 890; Galán Muñoz, A., «¿Cultura o estructura? ¿Esa es la cuestión? La difícil convivencia y coordinación de los dos sistemas de tratamiento penal de las personas

sivamente para personas jurídicas con actividad real y parcialmente ilícita [75]. Este último es el enfoque mayoritario. No se sanciona por el art. 31 bis CP a las personas jurídicas formales que no cumplen los requisitos material-penales de complejidad organizativa, a las que se considera inimputables [76]. En estos casos, en los que el proceso penal se dirigirá solamente contra aquellas personas físicas o jurídicas cuya actividad legal o ilegal ocultan [77], se propone aplicar el art. 129 CP a las sociedades pantalla [78]. Opción inadecuada porque este precepto se dirige a entes formalmente sin personalidad jurídica y porque, además de eso, no contempla la disolución (eliminada con la reforma del 2010). Otras alternativas [79] serían una prohibición permanente de actividades por el art. 129 CP [80], el decomiso (cautelar y como consecuencia accesoria –al

jurídicas en el ordenamiento español», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 35, 2021, pp. 25 y ss.; *ídem*, *Revista de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, vol. 2, 2023, p. 35.

[75] *Vid.* Circ. FGE 1/2016, 3; Ortiz de Urbina Gimeno, I., 2016, marg. 1326; Dopico Gómez-Aller, J., 2018, p. 135; Díez Ripollés, J. L., 2020, p. 737; Fernández Teruelo, J. G., «Personas jurídicas imputables e inimputables, incluidas y excluidas en el modelo vigente de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Demetrio Crespo, E. (dir.), *Derecho penal económico y teoría del delito*, Valencia, (Tirant lo Blanch), 2020a, p. 457; *idem*, *Parámetros interpretativos del modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su prevención a través de un modelo de organización o gestión (compliance)*, Cizur Menor (Aranzadi), 2020b, p. 56; Abel Souto, M., «Algunas discordancias legislativas sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Código penal español», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 35, 2021, p. 48; Faraldo Cabana, P., «Sobre la irresponsabilidad de las sociedades instrumentales», en Rodríguez García, N. / Rodríguez López, F. J. (coords,), *Compliance y responsabilidad de las personas jurídicas*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2021, p. 81; Tugui, F. D., 2022, p. 136; Mayo Calderón, B., 2023, p. 887; Menéndez Conca, L., «La exclusión de las sociedades pantalla del ámbito subjetivo de aplicación de los arts. 31 bis y ss. CP», en *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos,* núm. 9, 2024, pp. 316 y ss., 331. *Vid.* AAN 359/2014, de 19 de mayo (FD 5); SSTS 154/2016, de 29 de febrero (FD 11); 534/2020, de 22 de octubre (FD 4).

[76] *Vid.* AAN 359/2014, de 19 de mayo (FD 5); SSTS 154/2016, de 29 de febrero (FD 11); 108/2019, de 5 de marzo (FD 7); 534/2020, de 22 de octubre (FD 4); 264/2022, de 18 de marzo (FD 9); SSAP Gran Canaria 58/2020, de 27 de febrero (FD 6); Palma de Mallorca 11/2021, de 22 de enero (FD 2); AAAP Barcelona 38/2021, de 1 de marzo (FD 3); AAP Coruña 600/2021, de 15 de julio (FD 4). *Vid.* Circ. FGE 1/2016, 3; Gómez-Jara Díez, C., *Autorregulación y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Santiago de Chile (Olejnik), 2017, pp. 118 y ss.; Díez Ripollés, J. L., 2020, p. 170; Fernández Teruelo, J. G., 2020b, pp. 54 y ss.; Abel Souto, M., *Revista General de Derecho Penal,* núm. 35, 2021, pp. 49 y ss.; González Cussac, J. L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2020, p. 111.

[77] Circ. FGE 1/2016, 3; Ortiz De Urbina Gimeno, I., 2016, marg. 1326; Zugaldía Espinar, J. M., «Teorías jurídicas del delito de las personas jurídicas (aportaciones doctrinales y jurisprudenciales). Especial consideración de la teoría del hecho de conexión», en *Cuadernos de Política criminal*, núm. 121, 2017, n. 15; Dopico Gómez-Aller, J., 2018, p. 135. *Vid.* SSTS 154/2016, de 29 de febrero (FD 11); 108/2019, de 5 de marzo (FD 7); SAP Gran Canaria 58/2020, de 27 de febrero (FD 6).

[78] *Vid.* SSTS 154/2016, de 29 de febrero (FD 11); 108/2019, de 5 de marzo (FD 7); SSAP Madrid 333/2019, de 4 de junio (FD 2); Gran Canaria 58/2020, de 27 de febrero (FD 6). En el mismo sentido Díez Ripollés, J. L., 2020, p. 170; González Cussac, J. L., 2020, p. 111; Abel Souto, M., 2021, p. 49.

[79] No queda claro por qué vía jurídica se podría realizar una disolución. *Vid.* sobre esta problemática y las críticas a la doctrina del levantamiento del velo en el contexto penal, Fernández Teruelo, J. G., 2020a, pp. 457 y ss.; Faraldo Cabana, P., 2021, pp. 75 y ss.

[80] *Vid.* SAP Islas Baleares 451/2023, de 26 de octubre (FD 6).

apreciar que la sociedad pantalla es el medio o instrumento del delito)[81] o su sanción como asociación ilícita u organización criminal[82]. La segunda discusión consiste en decidir cuándo la actividad legal de la persona jurídica es menos relevante que la ilegal, según demanda el art. 66 bis CP. En un sentido cuantitativo ello se resuelve enjuiciando si predominan las actividades ilícitas[83]. Para precisar este aspecto se acude al porcentaje que tienen las operaciones vinculadas con la comisión de delitos en el total de la empresa[84] o al de los beneficios generados (en relación con las ganancias totales)[85]. En cambio, para un criterio cualitativo la instrumentalización depende de la habitualidad (la conducta delictiva no es un evento aislado en el marco de una actividad global lícita)[86]. A mi parecer ambas perspectivas pasan por alto que, aunque la utilización delictiva previa es un factor de riesgo que permite imponer penas definitivas, esta decisión se debe basar en una prognosis sobre su futuro uso criminal. Por tanto, se tendría que estudiar, empleando si se quiere estos criterios cuantitativos o cualitativos, si la estructura organizativa de la persona jurídica al dictar sentencia sigue estando mayoritariamente orientada a la comisión de delitos[87].

Se deben tomar dos precauciones al decidir recurrir a la prohibición y la suspensión de actividades. Por un lado, han de circunscribirse al sector de las actividades conexas con la actividad delictiva[88]. Por otro, se han de utilizar de forma comedida la prohibición definitiva y la suspensión plena de actividades,

---

[81] A favor del decomiso de la sociedad pantalla, Circ. FGE 1/2016, 3; Gil Nobajas, S., «Personas jurídicas *versus* entidades sin personalidad jurídica: análisis y revisión de la dimensión institucional que delimita la aplicación de los artículos 31 bis y 129 del Código penal», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 29, 2018, p. 33; Fernández Teruelo, J. G., 2020a, p. 459; *idem* 2020b, p. 57; Faraldo Cabana, P., 2021, p. 90; Menéndez Conca, L., *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 9, 2024, p. 322.

[82] *Vid.* González Cussac, J. L., 2020, p. 111; Mayo Calderón, B., 2023, p. 885; Menéndez Conca, L., *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 9, 2024, pp. 323 y ss.

[83] *Vid.* Faraldo Cabana, P., 2015, marg. 892; *idem* 2021, pp. 80 y ss.; Tugui, F. D., 2022, p. 137; SAP Madrid 491/2018, de 9 de julio (FD 5).

[84] Planteamientos cuantitativos que se concentran, por ejemplo, en el porcentaje de los medios y/o personal dedicado a actividades lícitas o ilícitas, *vid.* Faraldo Cabana, P., 2015, marg. 892; Galán Muñoz, A., *Revista General de Derecho Penal,* núm. 35, 2021, pp. 25 y ss.; Tugui, F. D., 2022, p. 137; SAP Zaragoza 365/2020, de 10 de diciembre, FD 9.

[85] *Vid.* Tugui, F. D., 2022, pp. 138 y ss.

[86] *Vid.* Ortiz de Urbina Gimeno, I., 2016, marg. 1596.

[87] Próximo, Galán Muñoz, A., *Revista General de Derecho Penal,* núm. 35, 2021, pp. 22 y ss.

[88] *Vid.* Circ. FGE 1/2011, VII.9; Roca de Agapito, L., «Sanciones penales aplicables a las personas jurídicas», en Ontiveros Alonso, M. (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2014, pp. 392 y ss.; Ortiz de Urbina Gimeno, I., 2016, marg. 1560; Gil Gil, A. / Lacruz López, J. M. / Melendo Pardos, M. / Núñez Fernández, J., 2018, pp. 512 y ss.; Goena Vives, B., «Las sanciones y otras consecuencias jurídicas», en Silva Sánchez, J. M., (dir.), *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General y Especial*, Barcelona (Atelier), 2020, p. 210; González Cussac, J. L., 2020, pp. 245, 247.

ya que implican casi una disolución [89]: solo si el riesgo actual de reiteración delictiva es muy elevado y se extiende por toda la organización de la persona jurídica [90].

Por último, se presupone que la intervención es la pena menos lesiva, en cuanto tiene efectos menos negativos que las inhabilitaciones y las prohibiciones o suspensiones de actividad [91].

2.2.4 Concreción de la duración

¿Se pueden hacer modificaciones cuantitativas/cualitativas en la extensión de las penas interdictivas? Se podría decidir llevar a cabo esta operación al precisar la pena de referencia (margen superior de la pena de prisión en abstracto que hubiera correspondido a la persona física por los hechos imputables a la jurídica). Ahora bien, ello tendría dos inconvenientes. Esta actúa como un tope máximo al fijar la duración temporal de la pena interdictiva. Por ello, cuando la modificamos en un sentido descendente podría restringir en exceso la duración máxima de estas sanciones. Así mismo, no sería una solución viable en todos los casos, puesto que, como explicaré más adelante, las penas no privativas de libertad no acotan la duración de las penas interdictivas.

La otra posibilidad, llevar a cabo estas modificaciones al determinar la pena interdictiva, se enfrenta igualmente con varios problemas: estas penas no tienen un marco provisto de un margen inferior o superior; si se intentara crear un intervalo con los progresivos topes temporales descritos por el art. 66 bis CP [92] se observaría que el uso de las reglas genéricas de determinación de la

---

[89] *Vid.* en sentido crítico, Feijoo Sánchez, B., 2016, p. 287; Roca de Agapito, L., 2017, p. 197; Gil Gil, A. / Lacruz López, J. M. / Melendo Pardos, M. / Núñez Fernández, J., 2018, p. 512; Goena Vives, B., 2020, p. 210.

[90] *Vid.* Dopico Gómez-Aller, J., «Responsabilidad de las personas jurídicas», en Ortiz de Urbina Gimeno, I. (coord.), *Memento Experto. Reforma Penal*, Madrid (Francis Lefebvre), 2010, marg. 236.

[91] Ello es cierto respecto a las penas definitivas, pero no para las temporales (por ejemplo, la clausura de los locales que una empresa nacional tiene en una ciudad durante un año puede tener menores daños que la intervención de toda la empresa durante el mismo tiempo, que puede generar, por ejemplo, una bajada de la cotización en bolsa). Además, es una sanción que puede tener costes reputacionales, en la medida en que significaría reconocer que la persona jurídica no es capaz de autogestionarse.

[92] También se plantea aplicar exclusivamente las reglas del art. 66 CP sobre la fijación de la mitad superior o inferior de la pena interdictiva, partiendo de un día y poniendo como baremos superiores los topes marcados por el art. 66 bis CP, *vid.* Mayo Calderón, B., 2023, p. 950.

Vid. una exposición sobre los inconvenientes que estas propuestas generarían en Fuentes Osorio, 2023, p. 223.

pena tendría resultados incompatibles con la normativa específica para fijar las penas interdictivas [93]. Para resolver este conflicto se propone evaluar según el prudente al arbitrio de los jueces y tribunales las circunstancias modificativas y cualquier otro aspecto que pudiera alterar en un sentido cuantitativo o cualitativo el marco (eximentes incompletas, etc.) [94].

Desde mi punto de vista para solventar esta cuestión hay que cambiar el encuadre de partida. Únicamente se puede sancionar con una pena interdictiva a una persona jurídica culpable, pero la decisión de imponerlas, la clase y su duración no depende del grado de injusto y culpabilidad, solo deben adaptarse a las necesidades de aseguramiento preventivo del condenado. Impuestas por el periodo de tiempo estrictamente necesario para minorar y/o controlar la peligrosidad que muestre el sujeto concreto, pero dentro de los límites temporales descritos por el art. 33.7 CP y sometida, adicionalmente, a los límites máximos establecidos en el art. 66 bis CP para cada nivel de riesgo [95].

Seis precisiones:

1.ª El art. 33.7 CP guarda silencio sobre la duración mínima de la pena interdictiva. La mayoría de la doctrina sostiene que se debe situar en un día [96]. Sin embargo, se defiende del mismo modo que este debería ser de tres meses, el plazo descrito legalmente para la mayoría de las penas menos graves privativas de derechos (art. 40 CP) [97], e incluso de seis meses, periodo mínimo de las penas días-multa en los preceptos habilitantes de la parte especial [98]. En mi

[93] Por ejemplo, no podríamos subir grados por encima de los límites temporales marcados por el art. 66 bis CP.

[94] *Vid.* León Alapont, J., *La responsabilidad penal de los partidos políticos*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2019, p. 509.

[95] Las sanciones previstas en las letras c) a g) del art. 33.7 CP se podrán imponer cuando la persona jurídica sea reincidente por un plazo superior a dos años. Esta circunstancia posibilita extender la pena hasta los cinco años. La multirreincidencia y la instrumentalización delictiva para la comisión de ilícitos penales permite imponer cualquier pena interdictiva por un plazo superior a dos años, sancionar con una pena de prohibición de actividades y/o con las inhabilitaciones del art. 33.7.f CP por más de cinco años (hasta su límite máximo, quince años, descrito en el art. 33.7 CP), establecer una prohibición de actividades permanente o decretar la disolución de la persona jurídica. En resumen, estos dos factores de riesgo autorizan recorrer en toda su extensión y sin limitaciones las penas interdictivas temporales (dentro de los márgenes del art. 33.7 CP) y aplicar las permanentes.

[96] *Vid.* Baucells Lladós, J., «Las penas previstas para la persona jurídica en la Reforma penal de 2010. Un análisis crítico», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, 2013, pp. 199 y ss.; Faraldo Cabana, P., 2015, marg. 964; Escobar Jiménez, R., 2018, p. 832.

[97] *Vid.* Díez Ripollés, J. L., 2013, pp. 202 y ss.; *idem* 2020, p. 741.

[98] *Vid.* Barquín Sanz, J., 2020, pp. 1243 y ss.

opinión un día es más correcto porque da más flexibilidad para adaptarse al riesgo de continuidad criminal que muestre la persona jurídica [99].

2.ª Dentro de esta lógica el uso instrumental delictivo y la reincidencia o multirreincidencia no se valorarán en cuanto agravan el hecho pasado realizado, sino como factores de riesgo que influyen en un doble sentido al determinar la pena interdictiva: (i) es más probable que en esas situaciones la persona jurídica prosiga cometiendo delitos y, en consecuencia, requiera sanciones inocuizadoras y (ii) por más tiempo. La ausencia de estos factores no impide imponer en el caso concreto una pena interdictiva, ya que se puede justificar el riesgo de continuidad delictiva de otra forma, pero esta sanción no podrá ser superior a dos años ni permanente. En sentido contrario, incluso estando presentes estos factores el juez podría justificar que no se requiere ninguna pena o que no se necesita una sanción por más de dos años o permanente.

Se tiene que manejar una definición distinta del mismo factor en estos dos momentos. Por ejemplo, la reincidencia se debe entender en un sentido amplio para concretar la necesidad inocuizadora de la pena, pero tiene que asumir una definición estricta (conforme a lo indicado por el art. 22.8.ª CP) en lo que atañe a la duración de las penas interdictivas. Aparte de eso, solamente se puede sustentar que una persona jurídica ha sido condenada previamente si fue sancionada por la vía del art. 31 bis CP [100]. Es evidente, por último, que en un sistema autónomo la reincidencia de la persona jurídica es independiente de la física vinculada: ni se requiere que esta lo sea, ni sería suficiente que lo fuera para afirmar la de la jurídica.

Lo mismo sucede con la multirreincidencia: el art. 66 bis CP se refiere explícitamente a la situación descrita por el art. 66.1.5.ª CP para que la aparición de este factor habilite para imponer las penas interdictivas permanentes y temporales hasta los límites máximos del art. 33.7 CP.

3.ª La pena privativa de libertad de referencia de la persona física supone la introducción de un elemento que restringe la duración de la pena interdictiva en función de la gravedad del hecho delictivo de manera parecida a cómo funciona en las medidas de seguridad [101]. Este límite no será efectivo cuando la pena de la persona física no sea privativa de libertad. A diferencia de lo que sucede para la multa, en la pena interdictiva no se ha estipulado una

[99] En el mismo sentido, Gil Nobajas, S., 2016, p. 289; Velasco Núñez, E., *10 años de responsabilidad penal de la persona jurídica*, Cizur Menor (Aranzadi), 2020, p. 118.

[100] *Vid.* Tugui, F. D., 2022, p. 129.

[101] Que no pueden exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad criminal del autor, ni superar la duración de la pena abstractamente aplicable al hecho cometido (arts. 6.2, 101.1 y 104.1 CP).

cláusula genérica para «el resto de los casos». Esta carencia a conducido a sostener que no se puede imponer una pena interdictiva cuando la prevista para la persona física no sea privativa de libertad [102]. Propuesta que no comparto porque ello impediría servirse de estas sanciones, aunque existiera un alto riesgo de reiteración delictiva y porque es posible concretar las penas interdictivas utilizando el resto de reglas específicas [103].

¿Una pena de prisión de referencia de dos años, por ejemplo, imposibilitaría sancionar con una pena de interdictiva de cuatro años aun existiendo reincidencia en el supuesto concreto? Se han formulado dos interpretaciones para solventar este conflicto. La pena de referencia es un límite absoluto [104] que predomina incluso frente a las reglas del art. 66 bis CP, de modo que cuando la pena de referencia sea igual o inferior a dos años los factores de riesgo expresamente descritos no tendrán ningún efecto en la duración de las penas interdictivas temporales. Exégesis criticable porque si tenemos una pena de referencia muy baja y un riesgo de reiteración delictiva elevado tendríamos que recurrir a instrumentos preventivos con un potencial mermado o nos veríamos obligados a optar por la disolución o por la prohibición definitiva de actividades [105]. Por consiguiente, considero más adecuado entender que este tope está subordinado a los fines preventivos-especiales: solo se puede activar si es compaginable con los baremos temporales asociados con los factores de riesgo descritos en el art. 66 bis CP. Dicho de otro modo, la puesta en marcha de este límite de proporcionalidad al fijar la duración de las penas interdictivas se supedita a la falta de factores de riesgo específicos [106] o a su compatibilidad con estos [107].

---

[102] *Vid.* Faraldo Cabana, P., 2015, n. 13, marg. 952; De la Cuesta Arzamendi, J. L., 2019, p. 93.

[103] No obstante, es cierto que el déficit de una cláusula que integre a otras penas no privativas de libertad como penas de referencia crea situaciones contradictorias: la pena interdictiva no podría superar un año, si la pena referencia privativa de libertad tiene esta duración, pero sí podría alcanzar los dos años (no habiendo otros factores de riesgo) cuando se sancione a la persona física con una multa o con inhabilitaciones previstas normalmente para conductas delictivas menos graves. Para eludir estas paradojas, el legislador debería incluir una cláusula en el art. 66 bis CP que precise, para todas las penas de referencia no privativas de libertad, qué penas interdictivas y con qué duración se pueden usar.

[104] *Vid.* Nieto Martín, A. / Maroto Calatayud, M., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Demetrio Crespo, E./Rodríguez Yagüe, C. (coords.), *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 3.ª ed., Barcelona (Experiencia), 2016, p. 567; León Alapont, J., 2019, p. 425; Tugui, F. D., 2022, p. 124.

[105] Según la redacción del art. 66 bis CP este límite no influye en el uso de sanciones permanentes.

[106] *Vid.* Faraldo Cabana, P., 2015, marg. 953; Feijoo Sánchez, B., 2016, p. 285; Fuentes Osorio, 2023, p. 221.

[107] La pena privativa de libertad de la persona física puede actuar como límite si por su cuantía está dentro de la duración máxima que puede imponer el juez o tribunal según las circunstancias presentes. Por tanto, si hay reincidencia y la pena privativa de libertad es de un año no se tendrá en cuenta como restricción temporal, pero si la pena de la persona física tiene una duración de cuatro años, esta cuantía podría ser (frente a los cinco años posibles) el tope de la sanción interdictiva.

4.ª Cuando el incumplimiento de los deberes de control sobre el personal subalterno (art. 31.1.b bis CP) no tenga carácter grave las penas previstas en las letras c) a g) del art. 33.7 CP no podrán ser superiores a dos años. Se podría plantear de nuevo la discusión sobre si esta regla es preferente cuando concurre alguna de las circunstancias específicas de las personas jurídicas o si estas desactivan este límite. Si bien, posicionarse en este punto parece innecesario porque las infracciones no graves de los deberes de supervisión, vigilancia y control de la actividad de los subalternos serán impunes según el art. 31.1.b bis CP [108].

5.ª ¿Se pueden imponer varias sanciones interdictivas? Es posible esta acumulación. En la mayoría de los tipos habilitantes hay una remisión genérica a todas las sanciones interdictivas sin restringir su número. Además, la finalidad preventivo-especial puede demandar que en el supuesto concreto se utilicen varias sanciones combinadas [109]. ¿Los límites temporales que resulten de aplicar las reglas del art. 66 bis CP actúan sobre cada una o sobre el conjunto? No sería necesario repartir el tiempo máximo marcado por las reglas de aquel precepto entre las sanciones impuestas, ya que estas se pueden cumplir de manera simultánea y con una duración diferente dentro de los márgenes legales. Ahora bien, el empleo de dos penas puede aumentar el control sobre el riesgo de reincidencia, lo que justificaría reducir la extensión temporal de cada [110].

6.ª En relación con el concurso de delitos, esta situación no debería resolverse al seleccionar una pena de referencia agravada (según resulte de las reglas penológicas del tipo de concurso aplicable) por varios motivos. Esta no influirá si no es privativa de libertad. Si al concretar la pena interdictiva estuvieran presentes los factores tasados de riesgo que autorizan a imponer una pena interdictiva superior a dos o a cinco años,

---

[108] *Vid.* Circ. FGE 1/2016, 2.5; Ortiz de Urbina Gimeno, I., 2016, marg. 1598; Gil Nobajas, S., 2016, p. 304; Dopico Gómez-Aller, J., 2016, marg. 5659; *idem* 2018, p. 145; Barquín Sanz, J., 2018, p. 153; De la Cuesta Arzamendi, J. L., 2019, p. 94; Fernández Teruelo, J. G., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-03, 2019, p. 14; ídem 2020b, p. 144; Tugui, F. D., 2022, p. 125; Mayo Calderón, B., 2023, p. 954. En contra, Díez Ripollés, J. L., 2020, pp. 291 y ss., que mantiene que, pese a la redacción del art. 31.1.b bis CP, el art. 66 bis CP permite que el incumplimiento de los deberes pueda tener un carácter no grave.

[109] *Vid.* Díez Ripollés, J. L., 2020, p. 743; Feijoo Sánchez, B., 2016, p. 286; Tugui, F. D., 2022, p. 101; Mayo Calderón, B., 2023, p. 920. Ortiz de Urbina Gimeno, I. / Martín Muñoz, J. / Turienzo Fernández, A., *Revista de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Compliance,* vol. 5, 2024, p. 28, en su análisis sistemático de las sentencias del TS relativas a las personas jurídicas exponen que «[…] a algunas PJs condenadas se les impuso más de una pena interdictiva».

[110] *Vid.* Fuentes Osorio, J. L., *Cuadernos de Política Criminal,* núm. 138, 2022b, p. 72. Próximo, Tugui, F. D., 2022, p. 101.

no se activaría el tope temporal que supone la pena de referencia cuando tenga una duración inferior a estos baremos. Esta tampoco influirá si no concurren dichos factores, puesto que, aun sobrepasando los dos años no tendría efecto en la duración de la pena interdictiva que no podría rebasar ese tope temporal.

Las cosas así, si la persona jurídica hubiera sido condenada por varios delitos en relación concursal (con preceptos habilitantes que amenazan con penas interdictivas facultativas) resueltos en un mismo proceso, ello será un factor de riesgo que incidirá al diagnosticar la necesidad preventiva (en el momento de dictar sentencia) de estas sanciones y puntualizar su clase, número y duración [111].

[111] Respecto a otras situaciones concursales posibles (remisión genérica en unos delitos y penas interdictivas concretas en otros; penas interdictivas que disponen de un marco delimitado para cada delito y se pueden cumplir simultáneamente; penas interdictivas que tienen un marco delimitado para cada delito y no se puedan cumplir simultáneamente), *vid.* Fuentes Osorio, J. L., 2022b, pp. 88 y ss.

CAPÍTULO V. EL CONTENIDO DE LA GRAVEDAD DEL DELITO PARA DETERMINAR LA PENA PROPORCIONADA

WENDY PENA GONZÁLEZ *

SUMARIO: I. Introducción: el objeto de contraste del principio de proporcionalidad de las penas. II. Problemas de la incorporación de las finales de la pena en su determinación. III. Toma de postura.

I. INTRODUCCIÓN: EL OBJETO DE CONTRASTE DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS

El consenso doctrinal en torno a la importancia del principio de proporcionalidad en el Derecho penal –y, en particular, del principio de proporcionalidad de las penas o proporcionalidad estricta– esconde disensos sustanciales entorno a los caracteres y contenido de este. Además, el hecho de que se trate de un principio relacional y de que no configure una relación ontológica –sino deontológica– lleva consigo que el principio no sea garantista en sí mismo. En cambio, dependiendo de los elementos que se estime que integran el objeto de comparación con la gravedad de la pena, el principio puede llegar a ser, incluso, perjudicial para los ciudadanos. Es decir, se trata de una fórmula, en sí misma, vacía de contenido, y se puede decir, en este sentido, que la proporcionalidad de las penas es como el «gato de Schrödinger» de los principios del

* Investigadora Postdoctoral García Pelayo (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes). Artículo desarrollado en el marco del proyecto Análisis crítico del Derecho penal de la plutofilia (PLUTOPENAL) con referencia PID2022-142211NB-C21.

Derecho penal, debiéndose definir los criterios de proporcionalidad que son constitucionalmente legítimos, y debiéndose traducir el principio en directivas más precisas para el legislador [1]. En relación con el objeto de la proporción que configurará la medida de gravedad de la pena, existen tres posiciones principales: una primera, que entiende que la proporcionalidad es una relación medio-fin, cuyo objeto abarca las finalidades perseguidas con el Derecho penal (obtenidas o potenciales); una segunda, que entiende que implica una comparación más amplia, que supone un contraste coste-beneficio –que incluye, por un lado, los costes de la pena en comparación con los costes del delito y por otro, los beneficios de la pena (lo que incorpora una referencia a los distintos fines de la pena), en comparación con los interés protegidos por el delito (aunque los elementos concretos son debatidos)–; y una tercera, que entiende que sólo los elementos relativos a la gravedad del delito, retrospectivos, pueden ser tenidos en cuenta para determinar la gravedad de la pena [2].

A diferencia de lo que sucede en la discusión académica propia de los ambientes de Derecho común –donde prácticamente no existe debate sobre la cuestión de la mensuración de las finalidades de la pena dentro de la determinación del objeto de comparación con su gravedad, dado que se asume que aquellas están extramuros de la comparación [3]–, en el ámbito de los sistemas de Derecho civil sí existe un debate sobre la posibilidad y necesidad de incluir las finalidades de la pena como parte del objeto de la comparación [4]. La justificación de su inclusión oscila alrededor del rechazo de una concepción retributiva de la pena que se estima ínsita en una noción de proporcionalidad de la pena que se base en la gravedad del hecho y se encuentre ajena a consideraciones preventivas [5]. Sin embargo, de la idea de que el Derecho penal ha de orientarse a determinadas finalidades del castigo no se desprende, necesariamente, que la pena se deba determinar con arreglo a esas finalidades –no es una cuestión que necesariamente concierna al «cuánto castigar»–.

---

[1] Bacigalupo Zapater, E., «¿Tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?», *La Ley*, núm. 2, 1982, p. 941.

[2] Sobre esta cuestión he escrito con más extensión y profundidad en Pena González, W., *La proporcionalidad de las penas como criterio de control de la legitimidad del castigo: un análisis de la prohibición de matar moscas a cañonazos a través del derecho penal,* Valencia-Salamanca (Tirant lo Blanch/ Ediciones Universidad de Salamanca), 2025, pp. 235-330.

[3] Véanse, por ejemplo, Morris, N., «Punishment, Desert and Rehabilitation», en Gross, H. / Von Hirsch, A. (eds.), *Sentencing*, Oxford (OUP), 1981, p. 257; Tonry, M. / Lynch, M., «Intermediate Sanctions», *Crime & Justice*, vol. 20, 1996; Ashworth, A. / Von Hirsch, A., *Proportionate Sentencing: Exploring the principles*, Oxford (OUP), 2005, p. 142; Berman, M., «Proportionality, Constraint, and Culpability» (2021), *Criminal Law and Philosophy*, vol. 15, 2021.

[4] *Vid.*, *v. gr.,* por todos, la discusión recogida en De La Mata Barranco, N. J., *El principio de proporcionalidad penal*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2007, pp. 204-215, 232 y ss.

[5] Viganò, F., *La proporzionalità della pena*, Torino (G. Giappichelli Editore), 2021, pp. 129-159.

La inclusión de los fines de la pena en la comparación ha sido defendida por la mayoría de los autores de nuestro entorno [6], y ha llevado a alguno a sostener que el principio de proporcionalidad entre gravedad del delito y gravedad de la pena remite a la propia cuestión de la adecuación de la pena [7]. Dentro de la mayoría que defiende la incorporación de los fines preventivos en el objeto de comparación, una parte minoritaria tiene en consideración exclusivamente la relación medio-fin en la ponderación de la pena proporcionada [8], mientras la postura predominante [9] considera un análisis más completo, integrando los costes de la pena y los beneficios potenciales que se obtendrían del fin perseguido por la norma [10].

---

[6] Es el caso de autoras como Pérez Manzano, M., *Culpabilidad y prevención en Derecho penal* (tesis doctoral), Madrid (UAM), 1988, p. 346, quien afirma que «la determinación del tipo y medida de pena ha de hacerse teniendo en cuenta el fin que se le asigna», dado que tanto la pena en general como en particular su imposición se legitiman por los fines que le son asignados (aunque la misma autora después establece que hay valores que deben restringir la influencia de los fines sobre la pena); o Cuerda Arnau, M. L., «Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho penal», en AA. VV., *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Valencia (Universidad de Valencia), 1998, pp. 475 y ss., para quien la proporcionalidad se entiende prioritariamente partiendo de la finalidad de tutela que se asigna a la pena. La mayoría de los autores ubican como un problema fundamental para determinar el objeto de la comparación al determinar la pena los fundamentos finales, teorías o fines de la pena, *v. gr.* Demetrio Crespo, E., *Prevención general e individualización de la pena*, Salamanca (Universidad de Salamanca), 1999, p. 33; De La Mata Barranco, N. J., 2007; Aguado Correa, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, Madrid (EDERSA), 1999, *passim;* Palazzo, F. «Costituzione e Diritto penale (un appunto sulla vicenda italiana)», *Rivista di Diritto Costituzionale*, 1999, pp. 167-181; Perelló Domenech, I., «El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional», *Jueces para la Democracia*, núm. 28, 1997, p. 70; Arroyo Zapatero, L. «Derecho penal económico y Constitución», *Revista Penal*, núm. 1, 1998, p. 6.

[7] Cuerda Arnau, M. L., 1998, p. 474.

[8] P. ej., Cobo Del Rosal, M. / Vives Antón, T. S., *Derecho penal, parte general*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1996, p. 71, afirman que la pena proporcionada a la gravedad del delito «será también, en abstracto, la adecuada a la finalidad de tutela […] la proporcionalidad habría de ser entendida conforme a los requerimientos de la finalidad de tutela, que es el auténtico objeto de ponderación, y no según la gravedad del delito, que es sólo un criterio genérico para efectuarla»; también González Beilfuss, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid (Thomson Reuters Aranzadi), 2003, p. 120, para quien la proporcionalidad en sentido estricto no tiene que comparar las alternativas; compara la medida objeto de control (la pena) y la finalidad perseguida, no teniendo en cuenta una perspectiva fáctica o casual, sino sólo jurídica (a diferencia del principio de idoneidad); y Barnés, J. «El principio de proporcionalidad: Estudio preliminar», *Cuadernos de Derecho Público,* núm. 5, 1998, p. 27, quien afirma que la proporcionalidad sólo compara la relación de causalidad existente entre la medida en cuestión y el objetivo que directamente persigue, que, a su vez, podrá ser medio o instrumento para un fin más alto, a lo largo de toda una cadena de medios y fines.

[9] También se puede concluir que esta posición ha sido incorporada por el TC en relación con la proporcionalidad de las penas y la actividad del legislador (véanse, por ejemplo, las SSTC 55/1996, FJ 6; 161/1997, FJ 9 y 169/2021, de 6 de octubre, FJ 7).

[10] Prieto Del Pino, A. M., «Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidad en sentido amplio: el principio de subsidiariedad», en Nieto Martín, A. *et al.* (dirs.), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Madrid (Marcial Pons), 2016, pp. 282 y ss.; Navarro Frías, I., «El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios?», *Indret*, núm. 2/2010, 2010; Lopera Mesa, G. P., *Principio de proporcionalidad y ley penal: bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes pena-*

Los elementos con arreglo a los cuales se determine el *quantum* de pena deberán ser los mismos en las dos fases del continuo de determinación judicial de la pena: la legislativa y la judicial. La asunción de que ambos sujetos están sometidos al principio con el mismo contenido es coherente con la sumisión de los poderes públicos a la Constitución (art. 9.1 CE) y la consideración de que el principio de proporcionalidad de las penas tiene rango constitucional (siguiendo el consenso de doctrina y jurisprudencia). Dado que en el proceso de determinación de la pena hay dos fases, la legislativa y la judicial, si se estima que por criterios de justicia, dignidad y libertad la pena final debe ser proporcionada a la gravedad del delito, eso requiere que lo sea a lo largo de todo el continuo de determinación de la pena. Esto es, si en la fase legislativa, el criterio de determinación de las penas se aleja de la gravedad del delito (centrándose, por ejemplo, en la neutralización del delincuente o la satisfacción de las demandas sociales de retribución o venganza), entonces la determinación judicial no podrá compensar el efecto de distorsión de la proporcionalidad generado legislativamente. Del mismo modo, si las penas asignadas a los delitos responden a criterios de proporcionalidad con la severidad del injusto culpable pero la determinación judicial de la pena responde a otros criterios (v. gr., la prevención general), la pena concreta asignada al delincuente no será proporcionada, y no responderá a criterios de justicia, lo que es contrario a la dignidad del penado. Ello no excluye la mayor dificultad que entraña el control del legislador que el del juzgador –que tiene vigencia en nuestra jurisprudencia constitucional– [11].

---

les. Madrid: CEPC, 2006, p. 241, para quien no se deben comparar únicamente gravedad del delito y gravedad de la pena, pues esto sólo puede ser reflejo de una concepción retributiva de la pena que es, para ella, inadmisible; Aguado Correa, T., 1999, pp. 278-294, afirma que la decisión del legislador debe incorporar además criterios de prevención general y especial; Lascuraín Sánchez, J. A., «La proporcionalidad de la norma penal», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, p. 161; García Arán, M., *Los criterios de determinación de la pena en Derecho español*, Barcelona (Universidad de Barcelona), 1982, pp. 99 y ss.

[11] Para Barnés, J., *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, pp. 30 y ss. –apoyándose en la jurisprudencia del TC–, el principio de proporcionalidad exige, para hacerse eficaz, al determinar la cuantía proporcional de la pena, una distinción según el sujeto al que se destine. Según el autor, el principio en relación con el legislador (relativo a la cuantía de la pena o de la sanción «*en la ley*» sólo puede arrojar un resultado desproporción en supuestos de verdadero límite, difícilmente pensables en un Estado de Derecho, dado el contenido del principio democrático y el margen de libertad del que dispone el legislador En este caso sería necesario que sea «*de todo punto manifiesto y evidente*» que la pena es «del todo inútil» para alcanzar el fin perseguido, o que con una pena menor se pueda alcanzar este. En cambio, para el autor es diferente de la proporcionalidad en relación con el legislador (lo que él denomina «proporcionalidad *en la ley penal»)* la proporcionalidad *en la aplicación* de la ley penal, donde el control por inconstitucionalidad de las decisiones judiciales en los supuestos de desproporción es más factible al tener menor margen de discrecionalidad el tribunal que el legislador. Esta declaración de inconstitucionalidad podría realizarse a través de recursos ordinarios, el recurso de casación, o el recurso de amparo ante el TC. Cursiva en el original.

Se entiende, por tanto, que incluso la libertad del legislador penal está sujeta al respeto al valor de justicia del Estado de Derecho, a la interdicción de la arbitrariedad y la dignidad de la persona y que «siempre que las respete tiene un amplio poder de decisión» [12]. Sin embargo, para respetarlas debe establecer marcos de pena que se adecúen a la gravedad de las conductas para las que se prevén. Se estima, por ello, que definir el contenido del principio, considerado aquí como un *continuum* a aplicar por legislador y juzgadores, es fundamental para otorgarle carácter garantista. La fase legislativa sólo viene a anunciar los criterios con los que después se individualizará el castigo, concretando en qué punto del marco de gravedad se sitúa la pena final a imponer. Por tanto, a ambas sedes se aplicarían las críticas y consideraciones sobre los criterios de medición de la dosimetría de castigo.

II. PROBLEMAS DE LA INCORPORACIÓN DE LAS FINALIDADES DE LA PENA EN SU DETERMINACIÓN

La inclusión de las finalidades preventivas dentro de los elementos que determinan el *quantum* de pena a imponer es problemática –y lo mismo sucede con la incorporación de la retribución en la medición del castigo–.

Por una parte, aun considerándose que la eficacia requiere de penas proporcionadas [13], cuestión que no está empíricamente demostrada [14], la prevención general puede oponerse a la proporcionalidad con la gravedad del hecho [15]. Aguado Correa plantea que si los objetivos preventivos se llevasen al extremo se incrementarían las penas sin tener en cuenta la proporcionalidad en sentido estricto, especialmente cuando el legislador penal considera el impacto sobre la opinión publicada [16], pese a que el fin (prevención) no debería justificar todos los medios [17]. Por otra parte, Demetrio Crespo considera que se debe

---

[12] Prieto Del Pino, A. M., 2016, p. 285.

[13] En este sentido, *vid.* Aguado Correa, T., 1999., p. 299*;* Cobo Del Rosal, M. / Vives Antón, T. S., 1996, p. 80*;* Luzón Peña, D. M., *Curso de Derecho penal. Parte General I*, Madrid (Universitas), 1994, pp. 33-39; Octavio De Toledo Y Ubieto, E., *Sobre el concepto del Derecho penal,* Madrid (Universidad de Madrid), 1981, p. 368.

[14] Sobre esto críticamente Pérez Manzano, M., 1988, pp. 229, 465.

[15] Por todo ello, para Demetrio Crespo, E., 1999, p. 220, se sustituye en nuestro sistema la determinación de la pena adecuada a la culpabilidad, por la pena adecuada a la gravedad del hecho, considerándose que entonces se renuncia a la idea de culpabilidad como fundamento (condición suficiente) de la cuantía de pena, y se requiere tanto atender a la gravedad del hecho como a las circunstancias del delincuente.

[16] Aguado Correa, T., 1999, pp. 302 y ss.

[17] Pascual Matellán, L., «Hacia un prevencionismo sin límites. la apuesta por la disuasión concentrada», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 33, 2020, p. 23.

renunciar a objetivos preventivos en la determinación de la pena, poniendo el límite en la proporcionalidad con el hecho [18]. Las finalidades preventivas plantean problemas específicos cuando su valoración se introduce en la determinación de la pena, colisionando con derechos fundamentales porque la pena adecuada a la prevención puede ser desproporcionada con la gravedad del delito [19]. Lo mismo se puede predicar de una pena adecuada a la retribución, según el contenido que se asigne al merecimiento.

Es más, la colisión no sólo se puede producir entre la pena adecuada a la finalidad preventiva y la pena proporcionada con la gravedad del hecho, sino también en relación con la pena adecuada a diferentes finalidades preventivas, que no tiene por qué coincidir y no queda claro cómo cohonestar la pena adecuada a diversas finalidades. Asimismo, la incorporación de los fines de la pena hace que sea difícil plantearse cómo funciona esta conjunción de diversos elementos, ¿cómo se compara a la vez la gravedad del delito con los beneficios (potenciales, siempre, como máximo) que se van a obtener con la pena, con la gravedad de la misma?, ¿qué finalidades se tendrán en cuestión?, ¿con qué datos contamos para medirlas?

En relación con ello, debe tenerse en cuenta que en la doctrina no hay acuerdo en relación con los fines que se pueden perseguir a través del Derecho penal, existiendo multiplicidad de posiciones en relación con las finalidades preventivas, con la retribución y las posiciones mixtas [20]. La jurispruden-

---

[18] Demetrio Crespo, E., 1999, pp. 337 y ss.

[19] Para Demetrio Crespo, E., 1999, p. 35, la prevención general no es un fin lícito en la individualización de la pena, entre otros motivos, por la violación de los derechos fundamentales a la igualdad, dignidad y el derecho a la resocialización, y por la ausencia de pruebas empíricas sobre la eficacia de la agravación o determinación de la pena de acuerdo con criterios de prevención general. El autor añade la cuestión de la doble valoración de los elementos del tipo, que entiendo habrían sido tenidos en cuenta ya en la conminación legal al incluirse en ese estado previsiones de prevención general. En relación con la prevención general positiva, entiende que es peligroso determinar la pena con el objeto de estabilización de la conciencia jurídica de la población, pues puede determinar penas que exceden el principio de culpabilidad. Para el autor, introducir la prevención general como factor final de la individualización judicial de la pena es también inadmisible, porque se habría tenido previamente en cuenta al determinarse la pena a nivel legislativo y se infringiría la prohibición de doble valoración (pp. 290-291). Para Quintero Olivares, G., «Determinación de la pena y política criminal», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 44, 1998, p. 66, la defensa de las garantías del Estado de Derecho implica el rechazo de que la prevención general pueda fundamentar o aumentar la cuantía de castigo penal imponible a un sujeto por un ilícito concreto. En este trabajo se estima que, en cualquier caso, al determinar la pena en ninguna de las dos fases (legislativa y judicial), debe tenerse en cuenta el criterio preventivo, que sí se debe tener en consideración en la decisión de criminalización de las conductas de acuerdo con el principio de proporcionalidad en sentido amplio (idoneidad y necesidad).

[20] Sobre las finalidades de la pena dentro del proceso de determinación de la pena, Bacigalupo Zapater, E., «La individualización de la pena en la reforma penal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. extra 3, 1980, p. 61, plantea la posibilidad de inducir las aplicables a la individualización del catálogo de circunstancias agravantes y atenuantes. Ello, sin embargo, dice el

cia tampoco es unánime, aceptando diversas finalidades –más allá de la resocialización a cuya orientación apunta la propia Constitución–. El disenso sobre los fines a alcanzar hace poco garantista incluirlos en la comparación, ya que no se puede asegurar su contenido, su previsibilidad ni la estabilidad de los mismos.

Por otra parte, las posiciones que defienden la ponderación de los fines de la pena en la proporcionalidad las plantean bien como fines a los que aspirar, bien como objetivos a asegurar. Pues bien, para tenerlos en cuenta en la comparación, la inclusión de los fines debería estar basada en datos empíricos, de los que, sin embargo, ni se dispone [21] ni se prevé que se vaya a disponer ni siquiera a largo plazo. De esta manera, se estaría vulnerando la seguridad jurídica, al no ser previsible la pena a imponer. Ello se debe, parcialmente, a la heterogeneidad de los efectos comparados [22]: se compara la potencial obtención de un beneficio para un fin preventivo X, unida al potencial beneficio para la protección del bien jurídico en relación con la gravedad de la conducta tipificada con los perjuicios que el establecimiento del tipo penal puede producir (para el penado o la sociedad, ya sea por efecto desaliento o elevados costes económicos).

A ello, además, se le añadiría otra crítica –la principal–: la incorporación, al determinar el *quantum* de castigo con arreglo a circunstancias vinculadas a la prevención general, de la valoración de circunstancias ajenas al injusto culpable *contra reo* y, con ello, la consiguiente vulneración del principio de culpabilidad por infringirse el de responsabilidad por el hecho. En el caso de la prevención especial, esta crítica también será de aplicación siempre y cuando se valoren circunstancias relativas al carácter o forma de vida (propias de un derecho penal de autor), e incluso la personalidad –si es ajena al delito– para determinar la pena (graduándola). La consecución, a través de la pena, de alguna las finalidades de uno u otro tipo es

---

autor, podría llevar a apreciar consideraciones absolutas, pero también relativas de la pena, tanto preventivo-generales como especiales.

[21] Existen algunos estudios en el ámbito estadounidense, en particular diseñados por Robinson y sus colaboradores, aunque se debe tener en consideración que se trata de estudios muy concretos, centrados en un momento particular y en un lugar específico, que no se repiten y que se refieren a las percepciones ciudadanas del derecho penal –que no deja de ser importante, pero que no es suficiente para justificar la inclusión de los fines en la determinación de la medida de la pena–. *Vid*. Robinson, P. H. / Kurzban, R., «Concordance and Conflict in Intuitions of Justice», *Minnesota Law Review*, vol. 654, 2007; Robinson, P. H. / Cahill, M. T., *Law without Justic*e, Oxford (OUP), 2005, *passim*. También *vid.* los estudios del CLRG acerca de la percepción del Sistema de penas en New Jersey y Pennsylvania: CLRG, *Report On Offense Grading In New Jersey*. Philadelphia (Penn Law), 2011; CLRG, *Report On Offense Grading In Pennsylvania*, Philadelphia (Penn Law), 2009.

[22] Navarro Frías, I., *Indret*, núm. 2/2010, 2010, p. 12.

una valoración que mira al futuro, y, con ello, es inconmensurable e independiente de la conducta delictiva del sujeto.

La búsqueda de efectos preventivos en la determinación de la pena proporcionada supondría el tratamiento del sujeto como medio de la política criminal, contraviniendo el art. 10 CE –y con ello el art. 3 CEDH [23]–, pudiendo también vulnerar el derecho fundamental a la igualdad, pues según el juzgador considere o no la prevención general como efecto individualizador, la pena para un mismo injusto culpable podría variar (lo que puede llevar, por ejemplo, a que sujetos integrados socialmente reciban penas inferiores a sujetos más marginales, por ser más aconsejable la disuasión de otros sujetos marginales).

Parece, por tanto, correcto estimar la ilicitud de la introducción de la prevención dentro de la ponderación de la proporcionalidad penal, se produce tanto si se rebasa el límite de la culpabilidad, como si simplemente no se rebasa la culpabilidad, pero se determina positivamente la pena conforme a criterios de prevención [24]. Incluso si por motivos de eficacia [25] se requiriese que la pena fuese proporcionada, de ello no se deduce que la finalidad –de prevención, retribución, etc.– deba ser incluida en la ponderación.

III. TOMA DE POSTURA

Siguiendo este razonamiento, y frente a la posición mayoritaria, se considera que la inclusión de los fines de la pena dentro del objeto de comparación es inadmisible por ser antigarantista porque se trata de la valoración de hechos futuros y ajenos al injusto culpable, y no existen datos empíricos de medición de su consecución, por lo que es contrario al principio de responsabilidad por el hecho, a la justicia y a la seguridad jurídica incluirlos. Es decir, la proporcionalidad de las penas no debe ser configurada como una comparación medio-fin, sino una comparación de males. Incluir los fines de la pena es poco garantista porque no se dispone de mecanismos para integrarlos en la comparación –no hay datos empíricos disponibles sobre la consecución de los fines de la pena–; hay disenso sobre los fines a perseguir, por lo que es poco coherente con la seguridad jurídica incluirlos en la determinación de la pena, y la

[23] *Ibid.*, p. 142, Capítulo 5 (pp. 215-265, esp. 252-265).

[24] Enfocado en la prevención general, lo afirma Demetrio Crespo, E., 1999, p. 142.

[25] Señala Demetrio Crespo, E., 1999, que los razonamientos empíricos condicionan los de legitimación axiológica, porque se considera que la eficiencia es requisito de legitimidad del Derecho penal, pero los razonamientos empíricos no pueden negar por sí mismos argumentos axiológicos de deslegitimación, ya que la eficacia no es suficiente para determinar la legitimidad de las normas penales (es una condición necesaria pero no suficiente).

comparación es a futuro (pues la consecución de los fines no se ha alcanzado todavía con la imposición de la pena, por lo que es incognoscible e independiente de la gravedad del hecho realizado). Ello unido a que, incluso si fuera cierto, de lo empírico no se puede extraer lo deontológico «sin más», hace que no se pueda extraer de la potencial (no probada) eficacia de la pena el fundamento del contenido de la proporcionalidad.

En contraste con la introducción de criterios vinculados con las finalidades del castigo penal, la valoración en ambas sedes –legislativa y judicial– de la estricta gravedad del delito para determinar la pena no plantea problemas, pues la valoración de la gravedad en el ámbito judicial sólo tendría por objetivo concretar en qué punto del marco de gravedad contemplado por el tipo se ubicaría la pena. Sin embargo, es fundamental concretar cómo se haría esta medición de los elementos de gravedad del injusto culpable.

Desde luego, no se trata de suprimir o dejar de lado los fines de la pena de modo absoluto al determinar su medida. De hecho, si para determinar la gravedad del delito se tiene en cuenta, por ejemplo, la relevancia del bien jurídico protegido, la finalidad preventiva estará presente de alguna manera. Además, las finalidades del castigo no pierden su relevancia en otros estadios, más relacionados con el «qué castigar» que con el «cuánto castigar», pero se encuentran más vinculados a las instituciones de la necesidad de pena y la de su idoneidad que con la proporcionalidad de la pena o proporcionalidad en sentido estricto. En definitiva, sin desconocer la relevancia de las finalidades del castigo penal y la inevitabilidad de su relevancia en el contexto del sistema penal, deviene necesario clarificar los lindes entre los mencionados subprincipios y determinar dónde la inclusión de la medición de las finalidades preventivas puede suponer un menoscabo de los principios y derechos de los individuos. Esta exigencia de delimitación también permite cuestionar si la proporcionalidad de las penas debe seguir siendo concebida como un principio o si, por el contrario, debería configurarse como una auténtica regla de determinación del castigo. En la medida en que aquí se propone restringir su contenido a la consideración de factores vinculados al injusto culpable –excluyendo elementos ajenos a este–, su estructura parece aproximarse más a la de una regla que a la de un principio susceptible de ponderación.

CAPÍTULO VI. REFLEXIONES CRÍTICAS EN TORNO A LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO EN EL ÁMBITO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN

Natalia María Pemán Gracia *

SUMARIO: I. Introducción. II. Penas vinculadas con las nuevas tecnologías. III. Otras posibilidades de restricción de las tecnologías por la comisión de delitos. IV. Otras cuestiones.

I. INTRODUCCIÓN

Las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) han supuesto un enorme impacto en nuestras vidas, pues se han incorporado a numerosos aspectos de nuestro día a día. Sin embargo, uno de los efectos perversos que se están derivando de la evolución tecnológica es el aprovechamiento de las TIC con finalidades criminales, circunstancia que está generando un claro desplazamiento de la actividad delictiva al entono virtual [1]. A este respecto, la ciber-

* Investigadora predoctoral en formación, Programa de Doctorado en Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de la Universidad de Zaragoza. Miembro efectivo del Grupo de Estudios Penales de la Universidad de Zaragoza, grupo de investigación de referencia reconocido por la Comunidad Autónoma de Aragón (BOA de 28 de abril de 2023), cuyo Investigador Principal es el Dr. D. Miguel Ángel Boldova Pasamar. Miembro de la Comisión Académica de la Cátedra Johnson & Johnson «Derecho y Salud» de la referida universidad, dirigida por el Dr. D. Miguel Ángel Boldova Pasamar y coordinada por el Dr. D. Carlos Fuertes Iglesias.

[1] *Memoria de la Fiscalía General del Estado 2022,* p. 846.

criminalidad ha sufrido un importantísimo aumento en los últimos años [2]. Sin embargo, si bien el legislador no se ha olvidado de tipificar ciertos ciberdelitos, ha desatendido –por el momento– las penas de carácter informático o ciberpenas [3]. Por ello, surgió la cuestión de si las TIC pueden ser también el propio objeto de consecuencias jurídicas del delito, es decir, si como consecuencia de la comisión de un delito es factible prohibir o restringir, por ej., la posesión o el uso de un ordenador o incluso el acceso a Internet [4]. A estos efectos, mientras el legislador cumple con la función de actualizar el catálogo de penas, se ha acudido a ciertas vías ya existentes para tratar de dar respuesta penológica a tales supuestos. No obstante, no puede concluirse que todas ellas resulten satisfactorias [5].

Por lo que se refiere al posible contenido de este tipo de penas, habría que descartar el impedir completamente a un sujeto el acceso a todos los contenidos de Internet, y más extensamente de las TIC, ya que se trataría de una pena excesiva [6]. Las nuevas tecnologías se han incorporado a numerosísimos ámbitos de nuestro día a día, por lo que una prohibición genérica de utilizar o disponer de las TIC de forma general sería desproporcionada. Por ello, parece más adecuado que la prohibición o restricción fuera más precisa y específica, que estuviera en todo caso relacionada con el delito cometido y se impusiese de forma proporcional. En este sentido, la STS 547/2022, de 2 de junio, señala que la prohibición de acudir a la red social Youtube «no supone una afectación desproporcionada a las facultades del individuo, como podría resultar de la imposición general de una pena que consista en la prohibición de acceso a Internet, bien de forma genérica o bien en forma de prohibición de contratar con empresas proveedoras de acceso a Internet». Sin embargo, no faltan resoluciones judiciales que han impuesto penas similares a las aquí referidas como desproporcionadas (vid. SAP Tarragona 1244/2022 (núm. ROJ), de 25 de agosto de 2022; o Sentencia del Juzgado de

[2] *Vid. Informe sobre la cibercriminalidad en España del año 2023,* del Ministerio del Interior.

[3] Pone de relieve esta falta de adaptación del sistema de penas a la realidad tecnológica, Boldova Pasamar, M. Á., «La inviabilidad de *lege lata* de imponer como pena la prohibición de acceder a determinados contenidos de internet», *Diario La Ley,* núm. 10179, 2022, p. 2.

[4] Cuestión que ya fue planteada por Felip i Saborit, D., «¿Poner puertas al campo? Sobre la posibilidad de prohibir penalmente el uso de las tecnologías de la información y la comunicación», *Revista catalana de dret públic*, núm. 35, 2007, p. 3.

[5] Sobre esta cuestión, *vid.* Magro Servet, V., «La prohibición del uso de las redes sociales como pena en los delitos cometidos por internet», *Diario La Ley*, núm. 9449, 2019, p. 8.

[6] En este sentido, en relación con el posible contenido de las penas de carácter tecnológico, *vid.* Boldova Pasamar, M.Á., *Diario La Ley,* núm. 10179, 2022, p. 1.

lo Penal núm. 2 de Mataró de 24 de octubre de 2011), y también algunos autores han abogado por la prohibición de su uso generalizado [7].

II. PENAS VINCULADAS CON LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

Por lo que concierne a las penas concretas propiamente dichas, la prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual (art. 48.3 CP). De hecho, podemos afirmar que en la actualidad únicamente esta prohibición alude de manera explícita a cualquier medio informático o telemático, sin embargo, se limita a unos determinados delitos (los referidos en el art. 57.1 CP) y en todo caso a las comunicaciones con la víctima, con sus familiares o con otras personas que determine la autoridad judicial [8].

Por otro lado, las inhabilitaciones especiales de carácter profesional no plantean problemas de legalidad, aunque vayan referidas a las TIC [9]. Así, por ej., la SAN 2/2016, de 5 de febrero, condenó a los autores criminalmente responsables de un delito contra la propiedad intelectual a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de las profesiones de administrador de servidores y páginas Web y gestor de contenidos en dichas páginas durante cinco años, pues el art. 271 CP castiga la correspondiente conducta con la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años. Además, el art. 56.1.3.º CP establece que en las penas de prisión inferiores a diez años, los jueces o tribunales podrán imponer, atendiendo a la gravedad del delito, como pena accesoria la inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio, si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, aunque la autoridad judicial puede restringir la inhabilitación a determinadas actividades o funciones de la profesión u oficio, retribuido o no, permitiendo, si ello fuera posible, el ejercicio de aquellas funciones no directamente relacionadas con el delito cometido (art. 45 CP). Por tanto, como pena accesoria de penas de prisión inferiores a diez años también

[7] Así, por ejemplo, defiende la creación de una prohibición de uso generalizado de Internet, Magro Servet, V., *Diario La Ley*, núm. 9449, 2019, p. 7.

[8] Llama la atención sobre estas limitaciones, Boldova Pasamar, M.Á., *Diario La Ley,* núm. 10179, 2022, pp. 1-2.

[9] *Vid*. Boldova Pasamar, M. Á., *Diario La Ley,* núm. 10179, 2022, p. 1. En el mismo sentido, Felip I Saborit, D., *Revista catalana de dret públic,* núm. 35, 2007, p. 20, considera clara la posibilidad de aplicar inhabilitaciones profesionales accesorias en el campo de las TIC.

podría imponerse una inhabilitación especial de carácter profesional relacionada con las TIC (por ej. en la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Badajoz, de 15 de febrero de 2006, se impuso al condenado la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de administrador de sistemas y programador informático por tiempo de 1 año).

Por otra parte, en algunas resoluciones judiciales se ha acudido, para imponer limitaciones en relación con las TIC, a la inhabilitación especial para cualquier otro derecho, pena accesoria que también puede imponerse junto a las penas de prisión inferiores a diez años (art. 56.1.3.º CP). Esta pena se presenta como un auténtico cajón de sastre, y, en este sentido, se ha señalado que podría utilizarse para la privación de derechos relativos al uso de medios telemáticos o sistemas de telecomunicación [10]. Sin embargo, ha sido destacada por la doctrina la escasa adecuación de esta pena a las exigencias de taxatividad derivadas del principio de legalidad penal y la necesidad de restringir interpretativamente su alcance, pues se trata de una pena absolutamente indeterminada que conculca frontalmente dicho principio que el legislador ha de respetar no sólo en la descripción de las conductas típicas, sino también en la determinación de la clase, el contenido y la duración de sus consecuencias jurídico-penales [11]. Para salvaguardar dicho principio se ha indicado que habría bastado con un catálogo adicional de derechos de nueva generación, como los que guardan relación con las TIC [12]. En cambio, algunos autores han considerado que, a pesar de ello, puede entenderse que la mención a «cualquier otro derecho» abre la puerta a una serie de inhabilitaciones accesorias bastante amplia y que, por consiguiente, sería posible introducir por esta vía restricciones en el uso de las TIC siempre que guarden alguna relación con el sistema de penas genérico [13]. En ciertas resoluciones se ha acudido a esta pena accesoria para prohibir ciertos usos de las TIC (vid. Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Mataró de 24 de octubre de 2011). Aunque otras, como la SAP de Barcelona 2946/2015 (núm. ROJ), de 6 de mayo de 2015, negaron esta posibilidad en

[10] Apunta este ejemplo, entre otros, Gutiérrez Castañeda, A., *Las penas privativas de derechos políticos y profesionales. Bases para un modelo regulativo,* Valencia (Tirant lo Blanch), 2012, p. 133, teniendo en cuenta que, según afirma la autora, estamos ante una pena indeterminada cuyo contenido, en principio, se ampliaría a cualquier derecho o actividad que, a criterio del juez, pueda resultar adecuado a las características del delito cometido y cuya privación pueda ser necesaria para su adecuada prevención.

[11] Sobre esta cuestión, en relación con el principio de legalidad penal y, más concretamente, con el mandato de taxatividad, *vid.* Gutiérrez Castañeda, A., 2012, pp. 139-141.

[12] En este sentido, Boldova Pasamar, M. Á., *Diario La Ley,* núm. 10179, 2022, p. 3, quien también apunta los problemas que pueden plantearse a estos efectos desde la perspectiva del principio de legalidad de las penas y del mandato de taxatividad.

[13] *Vid.* en este sentido, Felip i Saborit, D., *Revista catalana de dret públic*, núm. 35, 2007, p. 15.

base precisamente al principio de legalidad penal, que exige la descripción suficiente de la sanción con carácter previo a la comisión del ilícito penal.

Otra vía a la que se ha acudido en ocasiones para imponer consecuencias jurídicas que tuvieran como objeto las TIC ha sido la pena accesoria de prohibición de acudir a determinados lugares. Según el art. 48.1 CP: «La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos». Esta pena accesoria podrá ser acordada en los delitos señalados en el art. 57.1 CP. Su contenido se refiere, en primer lugar, a residir o acudir al lugar de comisión del delito, y, si este no coincide con el de residencia de la víctima o de su familia, se extiende alternativamente (no cumulativamente) a residir o acudir a estos otros lugares [14]. Algunas resoluciones habían venido negando la posibilidad de utilizar esta pena para imponer prohibiciones relacionadas con el uso de las tecnologías, así, por ej., la anteriormente citada SAP Barcelona, de 6 de mayo de 2015, señaló que el artículo 48.1 CP no puede relacionarse analógicamente con el uso de programas informáticos dirigidos a compartir archivos en Internet; y, en el mismo sentido, encontramos la SAP Madrid 200/2022, de 19 de abril. Sin embargo, numerosas sentencias han acudido a esta pena para imponer prohibiciones de este tipo al amparo de los arts. 57.1 y 48.1 CP, como la prohibición de utilizar o acceder a las redes *peer to peer* de intercambio de ficheros (vid. SSAP Barcelona 12057/2014 (núm. ROJ), de 12 de noviembre de 2014; o, 67/2020, de 28 de enero de 2020), o la prohibición de utilización de chats informáticos o telefónicos y redes sociales (*vid.* SSAP Barcelona 476/2015, de 23 de junio, y 949/2017, de 22 de diciembre; o SAP Lugo 121/2022, de 20 de mayo). Esta cuestión fue finalmente analizada en la STS 547/2022, de 2 de junio. Los hechos probados en la sentencia de instancia (del Juzgado de lo Penal núm. 9 de Barcelona, de 29 de mayo de 2019) podrían resumirse en que el acusado era un conocido Youtuber que realizó un reto consistente en rellenar galletas Oreo, retirarles la capa de crema, sustituirla por pasta de limpieza dental y entregársela en la vía pública a una persona sin hogar, con el ánimo de ridiculizarla y vejarla. De todo ello elaboró un vídeo que difundió en su canal de Youtube, el cual tuvo una gran repercusión. Estos hechos se calificaron como constitutivos de un delito contra la integridad moral del art. 173 CP, por el que se le impuso la «prohibición de

[14] En este sentido se ha pronunciado Boldova Pasamar, M. Á., *Diario La Ley,* núm. 10179, 2022, p. 5, en relación con el contenido de esta pena; si bien, apunta el citado autor otras interpretaciones doctrinales al respecto.

acudir al lugar del delito, esto es, la red social de Youtube por cinco años, lo que implica el cierre por este tiempo de su canal, no pudiendo crear otros durante este tiempo». Esta sentencia fue recurrida en apelación ante la AP de Barcelona, que en su Sentencia 653/2019, de 21 de octubre, revocó dicha prohibición, por cuanto consideró que el art. 48 CP no puede interpretarse extensiva ni analógicamente en contra del reo para sustentar la prohibición de acceder a la red social de Youtube. Dicha sentencia fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo, cuyos argumentos clave (en su STS 547/2022, de 2 de junio), para considerar aplicable conforme al art. 48 del CP la prohibición de acudir al lugar del delito entendido este como la red social Youtube, podrían resumirse en los siguientes: por un lado, considera que el delito no se cometió sólo en una calle de Barcelona sino que el verdadero escenario del ataque a la dignidad de la víctima fue un escenario virtual, telemático; y, por otro lado, expone el TS que no puede identificarse con una concepción histórica del lugar de ejecución del delito que sólo entiende por tal un espacio físico, pues el delito más convencional convive ahora con nuevas formas de ciberdelincuencia en las que su ejecución se desarrolla en redes telemáticas. Así pues, considera que las redes sociales no son sólo el instrumento para la comisión de delitos, sino que pueden ser también el escenario en el que se cometen, y, en definitiva, la Sala no detecta una interpretación contra reo al considerar que un delito puede entenderse cometido en Internet y generar la prohibición de acceder a la red social.

Sin embargo, existe un interesantísimo voto particular a dicha sentencia [15] que pone de manifiesto que la solución aceptada por la Sala roza, con grave riesgo de traspasarla, la línea roja que marca el principio de legalidad de las penas. Argumentan los Magistrados, por un lado, que la red ni es un lugar donde se haya cometido el delito (sino que es el medio utilizado para cometerlo); ni, desde luego, es un lugar donde resida la víctima o sus familiares; y, por otro lado, subrayan que la pena en cuestión afecta a la libertad deambulatoria de forma muy limitada, por lo que utilizarla para incidir en otros derechos comporta un fraude de etiquetas, escondiendo bajo ese nombre otra pena muy distinta: una limitación de la libertad de expresión. Se restringe asimismo su capacidad de comunicación, e incluso se introduce una inhabilitación o suspensión temporal para la profesión u oficio del condenado. Además, la conclusión alcanzada en la STS 547/2022 ha sido objeto de numerosas críticas. Así pues, se ha señalado que la pro-

[15] Formulado por los Excmos. Sres. Magistrados D. Antonio del Moral García y D. Javier Hernández García.

hibición de acudir al lugar de comisión del delito es intrascendente en la mayoría de los casos y subsidiario del lugar de residencia de la víctima, a quien se trata de proteger con esta pena; en cambio, la prohibición de acudir o acceder a la red social no tiene como misión proteger a la víctima del delito [16]. A este respecto, paradójicamente, la propia sentencia objeto de estudio señala que «la finalidad de la privación es la de proteger a las víctimas directas del delito de la victimización secundaria derivada del posible encuentro con el autor del delito y, fundamentalmente, excluir el riesgo de que se puedan llegar a verificar nuevas lesiones en los bienes jurídicos protegidos» [17]. Sin embargo, la imposición de una privación de acceso a un «lugar virtual» no excluye el posible encuentro del autor de los hechos con la víctima del delito, pues aquel puede volver a coincidir físicamente con esta. Asimismo, tampoco impide que vuelva a lesionar el correspondiente bien jurídico protegido, lo que podría suceder perfectamente en la vía pública, dado que ello resulta plenamente posible sin necesidad de recurrir a las nuevas tecnologías. Además, dicha pena tampoco supone una limitación de la libre circulación, sino, como se ha dicho, de otros derechos. En cambio, algunos autores han optado por una interpretación del precepto calificada como amplia, considerando que la red social, la página web o la red de intercambio constituyen el lugar donde el delito fue cometido y, consecuentemente, han justificado la imposición de la pena accesoria en cuestión [18]. No obstante, conforme a lo señalado, se trata, en realidad, de una interpretación analógica en contra del reo. Asimismo, se ha señalado que las consecuencias prácticas de esta sentencia son muy positivas, y que se trata de una pena más eficaz y preventiva [19].

III. OTRAS POSIBILIDADES DE RESTRICCIÓN DE LAS TECNOLOGÍAS POR LA COMISIÓN DE DELITOS

Junto a todo ello, se va a exponer a continuación cómo existen otras posibilidades en lo que respecta a las restricciones del uso de las nuevas tecnologías por la comisión de ciertos hechos delictivos a través de estas,

---

[16] *Vid.* Boldova Pasamar, M. Á., *Diario La Ley,* núm. 10179, 2022, p. 6.

[17] En el mismo sentido se había manifestado el Alto Tribunal, entre otras, en la STS 803/2011, de 15 de julio.

[18] En esta línea, Zaragoza Tejada, J. I., «Menores y redes sociales. Nuevos tipos penales y responsabilidad penal», *La Ley Derecho de Familia*, núm. 23, 2019, p. 20.

[19] En este sentido, Magro Servet, V., «La pena de prohibición de regresar al lugar virtual del delito del artículo 48 del Código Penal», *La Ley Penal*, núm. 158, 2022, p. 3.

es decir, más allá de la imposición de penas propiamente dichas. La primera de ellas la encontramos en la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, regulada en los arts. 80 y ss. CP. El art. 83.1 CP dispone que el juez o tribunal podrá condicionar la suspensión al cumplimiento de ciertas prohibiciones y deberes cuando ello resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos, sin que puedan imponerse deberes y obligaciones que resulten excesivos y desproporcionados. Entre ellos encontramos varios que pueden relacionarse con las TIC, así, por ej., la prohibición de comunicarse con determinadas personas por cualquier medio (art. 83.1.1.ª CP) o la prohibición de establecer contacto con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado, cuando existan indicios que permitan suponer fundadamente que tales sujetos pueden facilitarle la ocasión para cometer nuevos delitos o incitarle a hacerlo (art. 83.1.2.ª CP), ya que tal contacto tampoco podrá establecerse por medios telemáticos, aunque ello no se disponga expresamente; o el cumplimiento de los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado (art. 83.1.9.ª CP), pues esta última constituye una fórmula abierta o cajón de sastre [20]. Más problemática, sin embargo, resulta la prohibición recogida en el número 4.º, de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, por lo ya referido previamente. Asimismo, el art. 90.5 CP señala que en los casos de suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional resultarán aplicables las normas contenidas en el art. 83 CP.

Por otra parte, por lo que se refiere a la medida de seguridad de libertad vigilada, se establece en el art. 106.1 CP que la misma consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las medidas que se prevén en dicho precepto, destacando en relación con las TIC la recogida en la letra i): «La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza», pues se trata de una redacción abierta que permitiría incluir este tipo de prohibiciones [21]. Sin embargo, nuevamente, más problemática resulta la medida referida en la letra g): «La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos», más aún teniendo en cuenta que el propio precepto parece referirse únicamente a lugares físicos, no virtuales.

[20] Sobre esta cuestión, *vid.* Magro Servet, V., *Diario La Ley,* núm. 9449, 2019, p. 7.
[21] En este sentido, Zaragoza Tejada, J. I., *La Ley Derecho de Familia*, núm. 23, 2019, p. 21.

También se ha sugerido la posible adopción como medida cautelar de este tipo de prohibiciones relacionadas con las TIC hasta el dictado de la sentencia firme [22], con base en que el art. 544 bis LECrim establece que, en los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el art. 57 CP, el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima o para evitar la reiteración delictiva [23], imponer cautelarmente al inculpado la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas, o de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas. Sin embargo, teniendo en cuenta el tenor literal del precepto, parece que en el mismo se pretendieron incluir únicamente lugares físicos, por lo que, en mi opinión, del mismo modo que la pena accesoria del art. 48.1 CP no debería interpretarse analógicamente en contra del reo, tampoco se debería recurrir a la medida cautelar de prohibición de acudir a determinados lugares, establecida en el art. 544 bis LECrim, a tales efectos. Sin embargo, refrendada por el TS la posibilidad de imponer aquella pena accesoria se ha admitido por algunos autores la de adoptar como medida cautelar la prohibición de acudir a determinados «lugares» virtuales [24].

Por último, otra posibilidad a tener en cuenta es la consecuencia accesoria de decomiso. El art. 127 CP establece que toda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado. De esta forma, se podrán confiscar los bienes, medios o instrumentos empleados para cometer el ciberdelito, es decir, los equipos informáticos, teléfonos móviles, otros dispositivos técnicos o electrónicos, etc. A este respecto encontramos numerosísimas resoluciones en la que se decreta el decomiso del material informático intervenido, e incluso la referida STS 547/2022, de 2 de junio, llega a considerar que tampoco es descartable que un canal de Youtube pueda ser considerado como un instrumento del delito y, por tanto, sometido al decomiso.

---

[22] Ha defendido esta posibilidad, entre otros autores, Magro Servet, V., *La Ley Penal,* núm. 158, 2022, p. 7.

[23] Conviene mencionar que, con anterioridad, las medidas cautelares previstas en el art. 544 bis LECrim únicamente podían imponerse cuando resultasen estrictamente necesarias al fin de protección de la víctima; no obstante, tras la reciente reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2026, de 8 de abril, en materia de multirreincidencia, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, se añade como finalidad alternativa la evitación de la reiteración delictiva.

[24] Ha defendido esta posibilidad, entre otros autores, Magro Servet, V., *La Ley Penal,* núm. 158, 2022, p. 7.

IV. OTRAS CUESTIONES

Por otro lado, por lo que se refiere a la posible incorporación de ciberpenas u otras consecuencias jurídicas relacionadas con las TIC, cabe señalar que uno de los principales problemas que plantean es el relativo al control de su cumplimiento, es decir, cómo podría asegurarse que una consecuencia de tal naturaleza fuera efectivamente cumplida por el condenado, pues el mismo podría llegar a eludir este tipo de medidas, por ej., accediendo a ciertas redes sociales o a determinados contenidos de Internet, a los que se le ha prohibido el acceso, ya sea desde otros dispositivos, de forma anónima, con otras identidades, cuentas, titularidades de otras personas, en establecimientos o lugares públicos de acceso a Internet, etc. En suma, se trata de medidas difíciles de controlar, por las diversas posibilidades que tienen los condenados de burlar las prohibiciones empleando otras vías; sin embargo, corresponderá a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado realizar una mayor labor en este ámbito en orden a descubrir cualquier tipo de incumplimiento de estas penas. A estos efectos, por ej., la ya citada SAP Barcelona de 12 de noviembre de 2014, que impuso la prohibición de utilizar las redes *peer to peer* de intercambio de ficheros, ordenó que se remitiese copia de la sentencia a la Unidad Orgánica de la Policía Judicial de Ciudad Real para el control de la pena impuesta y para que en el caso de detectar algún incumplimiento lo pusieran en conocimiento del Tribunal. Del mismo modo, también sería imprescindible la cooperación a estos efectos de los prestadores de servicios de la sociedad de la información.

En relación con todo lo señalado, merece ser destacada la iniciativa planteada en el Pacto de Estado contra la violencia de género. En este sentido, el Documento refundido de medidas, de 13 de mayo de 2019, recoge como medida número 143: «Establecer como medida cautelar y como pena privativa de derechos, la prohibición de comunicarse a través de las redes sociales cuando el delito se cometa a través de las nuevas tecnologías». Aunque se trate de una prohibición únicamente referida a la «comunicación a través de las redes sociales», no se limita exclusivamente a la víctima ni a unos concretos delitos, sino que se alude más ampliamente a cualquier delito cometido a través de las nuevas TIC. Esta medida, que finalmente se plasmó en dicho documento refundido, iba incluida en otra más ambiciosa a modo de una disposición común a todos los delitos cometidos por Internet, pues se había propuesto la creación de un nuevo Título XI bis en el CP, con la rúbrica «De los delitos cometidos a través de las redes sociales o medios electrónicos»; asimismo, se había sugerido introducir una nueva pena en el art. 33.3 CP (pena menos grave), que consistiría en «la imposibilidad de acceso al uso de un medio de comunicación

social, por medio de Internet o mediante el uso de tecnologías de la información por un tiempo de uno a cinco años» [25]. En las comparecencias de expertos llevadas a cabo ante la Comisión de Igualdad del Senado se señaló que la condena más eficaz para quien usa tales medios para delinquir es la privación de su uso, pero que en el momento actual dicha pena no podría aplicarse porque no está contemplada en el Código Penal. Así pues, se puso de manifiesto la necesidad de modificar el CP para atender a la realidad actual en relación con la utilización de las tecnologías. Fruto de tales comparecencias, se propuso la siguiente medida número 248 del Senado: «Incluir como medida cautelar y como pena privativa de derechos la prohibición de acudir a determinados dominios o sitios web cuando el delito se cometa a través de las nuevas tecnologías». Por otra parte, también se sugirió ante la Subcomisión creada en el seno de la Comisión de Igualdad introducir una nueva pena menos grave de prohibición de uso de las redes sociales o de las nuevas tecnologías. En consecuencia, se acordó como medida número 118 del Congreso la que precisamente se plasmó finalmente en el documento refundido como medida número 143.

Junto a lo anterior, conviene mencionar que en el reciente Informe de la Subcomisión para la renovación y actualización del Pacto de Estado en materia de violencia de género, de febrero de 2025, se han previsto nuevas propuestas íntimamente vinculadas con las consecuencias jurídicas del delito y el ámbito virtual. A estos efectos, deben destacarse particularmente las medidas núms. 195 y 202 a 205.

A pesar de estas iniciativas, resulta sorprendente que todavía hoy el impacto de las TIC y su utilización en la comisión de hechos delictivos no haya conllevado ninguna modificación específica del sistema español de consecuencias jurídicas del delito. Lo más conveniente sería que el legislador actualizase el catálogo de penas adaptándolo a la realidad actual, incorporando algunas que, de forma proporcionada y en relación con el delito cometido a través de las TIC, priven o limiten ciertos usos de estas tecnologías, en aras del fortalecimiento de la seguridad jurídica en esta materia así como del respeto de garantías tan relevantes e insoslayables como el principio de legalidad de las penas, pues ciertas interpretaciones de las diferentes posibilidades que se ha considerado que ofrece actualmente el Código Penal no resultan satisfactorias, siendo imprescindible, en conclusión, la revisión de la respuesta penológica a las nuevas formas de criminalidad online. A estos efectos, merece la pena destacar lo previsto en el reciente Proyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales, en cuya disposición final ter-

[25] Sobre esta cuestión, *vid.* Magro Servet, V., *Diario La Ley*, núm. 9449, 2019, p. 3.

cera se pretende llevar a cabo una reforma del CP en aras de la disminución del riesgo asociado al uso de las tecnologías digitales por las personas menores de edad. En dicho Proyecto, y debido a los problemas derivados de una falta de adaptación de la norma vigente a los avances tecnológicos, se ha considerado necesario introducir algunos cambios en el CP que avancen en su adaptación a las nuevas formas de criminalidad y que permitan ejercer una protección eficaz frente a los delitos tecnológicos, incorporándose hasta cuatro tipos de modificaciones, entre las que cabe subrayar la introducción de la denominada «pena de alejamiento de los entornos virtuales», para una mejor satisfacción de los fines de la prevención general y especial en el ámbito de los delitos tecnológicos. Para ello, se modificarían diversos artículos del CP con el fin de incorporar la prohibición de acceso o de comunicación a través de redes sociales, foros, plataformas de comunicación o cualquier otro lugar en el espacio virtual, que privaría a la persona penada de la facultad de acceso o de comunicación a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra TIC durante el tiempo de la condena, limitándose a los espacios virtuales que tengan relación directa con el delito cometido. Su incorporación expresa se justifica en virtud de su mejor acomodación al principio de legalidad penal y se argumenta que su previsión se hace también en términos adecuados al principio de proporcionalidad, pues su extensión debe ser concretada caso a caso mediante una resolución judicial debidamente motivada que debe permitir al penado el acceso a otras redes o espacios virtuales no directamente relacionados con el delito cometido. Junto a ello, el Proyecto también contiene otra serie de modificaciones en materia de inhabilitaciones especiales de carácter profesional, medidas de seguridad (no privativas de libertad), suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad y medidas cautelares; todas ellas relacionadas con prohibiciones vinculadas a los espacios digitales [26].

[26] Sobre esta cuestión, *vid.* Pemán Gracia, N. M., «La nueva "pena de alejamiento de los entornos virtuales" en el reciente Proyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario,* núm. 179, 2026.

Colección
Derecho Penal y Procesal Penal

Director:
Luis Rodríguez Ramos

Últimos títulos publicados:

24. Límites de la protección del Derecho penal al inicio y fin de la vida humana en la sociedad moderna
Coordinadores: Juan Pablo Montiel, Laura Neumann, Helmut Satzger, Víctor Gómez Martín

25. Cibercrimen: Tendencias y desafíos actuales
Coordinadores: Marina Mínguez Rosique, David Gallego Arribas

26. El delito de trato degradante discriminatorio
David Miras Estévez

27. Verdes y justas: responsabilidad penal y diligencia debida en las organizaciones multinacionales
Directores: Jacobo Dopico Gómez-Aller, Marta Muñoz de Morales Romero, Adán Nieto Martín
Coordinador: Luis Miguel Vioque Galiana

28. Ideología y proceso en los Anteproyectos de Ley de Enjuiciamiento de Falange (1938)
Brian Buchhalter Montero

29. Las agresiones sexuales cualificadas a personas en edad legal de consentimiento sexual
María Marta González Tascón

30. Fraude Carrusel, responsabilidad penal de las personas jurídicas y *Compliance*
Miguel Cáceres Casado

31. La arquitectura del concurso de delitos. Problemas prácticos y fundamentos dogmáticos de su regulación
Nicolás Cantard Vanni

32. La desinformación en la sociedad digital. Aspectos criminológicos, dogmáticos y de política criminal
Abraham Devís Matamoros

33. Libro homenaje al Profesor Enrique Peñaranda Ramos
Coordinadores: Juan Alberto Díaz López, Puerto Solar Calvo, Leopoldo Puente Rodríguez, Marta Pantaleón Díaz y Rut Lopera Viñe

El presente volumen recoge las contribuciones presentadas en el VII Seminario Anual de Derecho penal de la UAM. Es un espacio de reflexión orientado a analizar algunas de las cuestiones nucleares que han vertebrado, desde sus inicios, el proyecto de investigación «Repensando el modelo de sanciones penales: de la entropía a la ordenación sistemática de las respuestas frente al delito (REPENSANCIONES)», dirigido por los Profs. Daniel Rodríguez Horcajo y Gonzalo J. Basso, y financiado por la Consejería de Ciencia, Universidades e Innovación de la Comunidad de Madrid (VPRICIT) y la Universidad Autónoma de Madrid a través de la Convocatoria 2021 de ayudas a Proyectos de I+D para jóvenes (SI3/PJI/2021-00222).

En un contexto marcado por la creciente diversificación de las formas de reacción frente a la criminalidad, el estudio del sistema de consecuencias jurídicas exige una revisión crítica de sus fundamentos, finalidades y límites. La coexistencia de distintas modalidades de respuesta, concebidas para mejorar la justicia y la eficacia del sistema penal, plantea, al mismo tiempo, importantes desafíos de coordinación y delimitación.

Las contribuciones reunidas en esta obra abordan, desde perspectivas diversas y complementarias, los problemas derivados de la expansión y superposición de respuestas sancionadoras, subrayando la necesidad de definir con claridad los presupuestos de aplicación de cada una de ellas, para evitar acumulaciones que puedan desembocar en reacciones desproporcionadas. El resultado es una obra colectiva que ofrece herramientas para comprender el estado actual del sistema de consecuencias jurídicas del delito.