

## SECCIÓN DOCTRINAL

---

### LA PENA DE INHABILITACIÓN ABSOLUTA ¿ES NECESARIA?

---

BORJA MAPELLI CAFFARENA\*

*Fecha de recepción: 20/12/2012*

*Fecha de aprobación: 30/12/2012*

**RESUMEN:** La pena de inhabilitación absoluta impide a la persona ejercer sus derechos como ciudadano solo por su condición de condenado. Esta es la característica esencial de las penas infamantes, las cuales son inconstitucionales por ser contrarias a las necesidades preventivas y por generar sujetos de segunda clase. En el trabajo se propone que, ya que otras leyes específicas aseguran la inhabilitación de los condenados cuando resulte del todo necesaria, sean abolidas del código penal. Esta propuesta, es además coherente con los principios de intervención mínima y de proporcionalidad.

**PALABRAS CLAVES:** penología, inhabilitación absoluta, función pública, honores, derecho al sufragio, asistencia entre países en la ejecución de las penas privativas de derechos.

**ABSTRACT:** *The disqualification penalty prevents a person from expressing his constitutional rights as a citizen in order to his convicted condition. This is the feature of the infamous penalties, which not only are they unconstitutional for being against preventive needs, but also for generating a second class. In this study it is proposed that, due to the fact that exist other specific laws to ensure such penalty execution when it is required, the rest of mentions should be abolished in the Criminal code. In fact, this proposal is indeed consistent with the meaning of the principle of minimal intervention and proportionality.*

---

\* Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Sevilla.

**KEYWORDS:** *penology, disqualification penalty, public function, honours, suffrage right, assistance between countries in the privative penalty enforcement.*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Naturaleza jurídica. III. Alcance y contenido. IV. Duración y determinación. V. Reflexión final.

## I. INTRODUCCIÓN

Una reciente monografía de Puente Aba<sup>1</sup> sobre la inhabilitación absoluta en la que se aborda con rigor y de una forma tan exhaustiva, como no se había hecho antes en nuestra ciencia penal, es un motivo justificado para que se inicie una reflexión sobre esta pena e, inevitablemente, sobre el resto de las penas que forman el grupo de las llamadas por nuestro legislador "penas privativas de derechos". Todas ellas y, muy especialmente, la inhabilitación absoluta parece que se hubieran quedado prendidas en el túnel del tiempo, insensibles a los muchos vaivenes producidos en las sucesivas leyes penales, desde que la 7ª Partida (Tít. VI) en su Ley VI, reconociera que todo yerro lleva inevitablemente asociado la *nombradía mala* que solo puede perderse por el *enfamamiento* o recuperación de la buena fama, competencia reservada a la Corona.

El adjetivo de absoluta que acompaña a la inhabilitación no tiene la misión de diferenciarla de la inhabilitación especial, sino que se quiere con él significar que estamos ante una pena totalizadora y perpetua que aspira a etiquetar al condenado en sí mismo y en su relación con los demás y que, aun cuando no se pretenda, resulta irreparable. Por esto, un retribucionista como Carrara la consideró destructiva de la dignidad humana y obstaculizadora de la enmienda<sup>2</sup>. Esa "*universalidad*"<sup>3</sup> inhabilitante ni se corresponde con la realidad, ni, desde luego, se sostiene en un sistema penal moderno.

Distintas razones pueden explicar esta falta de *aggiornamento* que sufre la inhabilitación absoluta. El sistema penal muestra en esa desatención el interés preponderante y excluyente de la pena privativa de libertad que se sitúa en el centro de la atención penológica. Por otra parte, teniendo en cuenta su perfil criminológico y social, se presume que la pérdida de honores o, incluso, del empleo público no es algo que preocu-

<sup>1</sup> Puente Aba. *La pena de inhabilitación absoluta*. Granada. 2012.

<sup>2</sup> Carrara, *Programa de Derecho Criminal*. T. III. Buenos Aires. 1944. Pág. 45.

<sup>3</sup> Maza Martín. *Penas privativas de derechos y accesorias*. En *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código penal*. CGPJ. Madrid. 1996 (XXIV). 149.

pe a los condenados. Por último, la ancestral descoordinación de nuestra Administración de justicia en la ejecución de los fallos condenatorios y la falta de una información fluida y fiable entre las distintas administraciones públicas da lugar a que la inhabilitación sea una pena nominal sin ejecución de oficio, tan solo a instancias de parte puede diligenciarse su efectivo cumplimiento. Si nadie lo denuncia, porque tenga intereses contrapuestos, muy probablemente el condenado podrá mantener sus honores y podrá recuperar su empleo en cualquier Administración.

Para comprender el uso que el legislador hace de ella, es necesario no perder de vista esos orígenes. La inhabilitación absoluta es heredera de la pena de infamia que provocaba en el sujeto una condición de persona de segundo rango<sup>4</sup>, con importantes consecuencias tanto en el plano de su status jurídico, como en el patrimonial<sup>5</sup>. Más adelante las penas infamantes pasaron a tener el carácter de accesorias. La codificación hizo evolucionar esta pena en un doble sentido, por una parte, alejándola de la idea del Derecho penal de autor y, por otra parte, limitando sus efectos<sup>6</sup>. Ese *adecentamiento* conforme a las garantías del Estado moderno ha sido el que ha permitido que sobreviva hasta nuestros días. Sin embargo, aún son muchos los conflictos que se suscitan cuando se confrontan con las garantías del *ius puniendi*. Porque en los términos en los que está actualmente concebida en el Art. 55 sigue siendo una pena infamante, la infamia no solo se alcanza por los contenidos, sino también cuando se transmite al condenado la idea de que la pena que se le impone está al margen del delito cometido<sup>7</sup>. Toda pena que no responde, en lo concreto,

<sup>4</sup> Ulpiano diferenciaba entre la infamia de hecho o natural que llevaba consigo la comisión de un delito y la infamia de Derecho o infamia ante la ley. Esta última, señala Carrara (Carrara, *Op. Cit.* Pág. 44), se decretaba expresamente, bien mediante el decreto del juez que declaraba infame al reo; bien acompañando al decreto con una manifestación material, como por ejemplo, la picota, el cambio de vestidos, la equitación sobre asno o, más modernamente, la inhabilitación en el ejercicio de determinados derechos.

<sup>5</sup> Masferrer Domingo, A. *La pena de infamia en el Derecho histórico español*. Madrid 2001. *Passim*.

<sup>6</sup> A pesar de que por entonces su contenido se había visto reducido todavía el CP de 1848 impone las siguientes inhabilitaciones a los condenados a esta pena: "1º La privación de todos los honores y de los cargos y empleos públicos que tuviere el penado, aunque sean de elección popular". 2º La privación de todos los derechos políticos, activos y pasivos; 3º La incapacidad para obtener los cargos, empleos, derechos y honores mencionados; 4º la pérdida de todo derecho a jubilación, cesantía u otra pensión por los empleos que hubiere servido con anterioridad, sin perjuicio de la alimenticia que el Gobierno podrá concederle por servicios eminentes" (Art. 29 CP 1948).

<sup>7</sup> En pleno debate doctrinal sobre la conveniencia o no de mantener las penas infamantes Apuntaba Groizard en su contra "que son inmorales, pues lejos de conservar

a la gravedad de la infracción tiene como fundamento, no el castigo, sino la difamación de la persona del condenado.

La inhabilitación absoluta es probablemente la pena más híbrida de las que recoge nuestro Código. Lo es, en primer lugar, por su contenido, porque está formada por una amalgama de consecuencias de muy distinto alcance, dependiendo de las circunstancias personales del condenado y lo es, también, por su heterogénea relación con las demás penas. Por otra parte, tal como aparece en nuestro Código carece del más mínimo respeto con las exigencias de seguridad jurídica que rige en el sistema penal. El juez en el momento de dictar la sentencia ni puede ni tiene que concretar cuál va a ser el alcance de la pena. ¿Cómo puede soportar el test de las garantías penales una pena que en el fallo tan solo se enuncia en términos tan ambiguos que se exige al órgano sentenciador de la obligación de entrar en una mayor concreción?

Esta imprecisión tiene como consecuencia el generalizado incumplimiento de la inhabilitación absoluta que, salvo contados casos, se limita a aparecer como apéndice en el fallo condenatorio y poco más. Las penas nacen con vocación de cumplirse y cuando, tras ser firme, quedan en una especie de limbo jurídico se transmite una imagen de la Justicia que lesiona los fines de prevención general. Este es el caso de la inhabilitación absoluta que en la gran mayoría de las ocasiones no sobrevive a la sentencia firme.

En el presente trabajo abordaremos algunas de las cuestiones más problemáticas de dicha pena y terminaremos haciendo una propuesta *lege ferenda* sobre la misma.

## II. NATURALEZA JURIDICA

A. La inhabilitación absoluta aparece mencionada hasta en treinta ocasiones a lo largo del Libro Segundo de nuestro Código<sup>8</sup>. No está contemplada ni como medida cautelar, ni como medida de seguridad. La horquilla más frecuentemente empleada es la comprendida entre los seis y los doce años. En muchas de estas ocasiones va referida a grupos de delitos, incluidos dentro de un mismo capítulo, a veces, tan amplios, como los de salud pública. De manera que, en contra de lo que parece, es una pena muy frecuentemente utilizada por el legislador. Su empleo tie-

*abierto y aun facilitar al delincuente el camino de la corrección y de la enmienda, le cierran por completo*" (Groizard. *El Código penal de 1870*. Madrid. 1872. T. II. Págs. 453-454.)

<sup>8</sup> En el Art. 407 muy probablemente por error del legislador se hace referencia a la inhabilitación absoluta de empleo o cargo público. Parece más lógico pensar que se hubiera querido decir la inhabilitación especial que, además, aparece referida en el párrafo siguiente.

ne consecuencias que van más allá de la estricta aplicación de una pena. En el delito de sedición, por ejemplo, cierra la puerta a la posibilidad de que el órgano judicial pudiera bajar la pena hasta en dos grados y, con carácter general, al tratarse de una pena grave, siempre que aparece, los plazos de prescripción son mayores (Art. 133 CP) y también lo es el tiempo para cancelar los antecedentes penales (Art. 136 CP).

En todos estos supuestos la inhabilitación dista mucho de comportarse como el resto de las penas principales, las cuales resultan incrementadas o atenuadas en función de la mayor o menor gravedad del tipo básico. Por el contrario, la inhabilitación suele mantener una misma horquilla de pena, incluso, aunque el delito pase a castigarse a título de imprudencia, como sucede dentro de los delitos de receptación y blanqueo de capitales, en los que está prevista la comisión imprudente (Art. 301 CP); algo tan relevante como el título de imputación no hace modificar la horquilla genérica de la inhabilitación (Art. 303 CP). En otras ocasiones se emplea la misma gravedad a pesar de que la pena de prisión, a la que acompaña, ha cambiado sustancialmente o, incluso, como sucede en los delitos contra la salud pública, debido a una disminución sensible del injusto, deja de emplearse ya la prisión y pasa a castigarse con multa. Esto sucede, por ejemplo, en el Art. 372 CP, que castiga de forma genérica con la inhabilitación absoluta comprendida entre los diez y los veinte años, tanto a quien realiza el tipo del Art. 368, como el 360.

Esta fórmula legal es poco respetuosa con el principio de proporcionalidad, pues, aun a pesar de que se emplee los topes mínimos, nunca permite considerar la enorme diferencia que hay entre unos tipos y otros dentro de un mismo grupo<sup>9</sup>. Y, desde luego, permite cuestionar si la voluntad del legislador es que en estos supuestos la pena de inhabilitación se determine conforme a las reglas comunes o siga la suerte de las penas accesorias<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Lea (Lea, H. *Historia de la Inquisición española*. Vol. II. Pág. 629. Madrid 1983) señala un efecto similar en la pena de infamia que acompañaba a los delitos que eran competencia de los tribunales inquisitoriales. Con independencia de su gravedad llevaban como accesoria la infamia, de manera que el condenado por la Inquisición se hacía infamante.

<sup>10</sup> Esta regulación tan confusa origina resoluciones de nuestros tribunales con graves errores en relación con estas penas, como sucede con la Sentencia de la AP de Alicante (Sección 3ª) de fecha 11 de abril de 2011, en la que se condenó "*a Borja, como autor responsable de un delito de malversación sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres años de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de seis años, y al pago de las costas procesales*".

En efecto, la única explicación, que tal proceder del legislador puede encontrar es que, aun cuando se utiliza como pena principal, se concibe como pseudo accesoria o de accesoriadad impropia<sup>11</sup>. La seña de identidad de una pena principal es siempre que su gravedad está condicionada por el delito al que acompaña<sup>12</sup>. Y, si bien, la determinación de la duración de la inhabilitación en estos casos, inevitablemente, se hará siguiendo el procedimiento general aplicable al resto de las penas principales, la pena en abstracto –igual para la mayoría de las ocasiones– se ha puesto sin considerar la gravedad del delito.

Ya el Código de 1928<sup>13</sup> se percató de ello y las trató como efectos de otras, en términos parecidos a como lo hace la legislación alemana (*nebenfolgen*) y en nuestro país tampoco han faltado autores que han considerado conveniente que las inhabilitaciones, especialmente, la absoluta se apliquen como efectos de las penas, pero en sede jurisdiccional distinta (administrativa, civil)<sup>14</sup>. En parte, otras ramas de derecho no se han resistido a incluir como causas de inhabilitación para el ejercicio de ciertos derechos la condena penal, dando lugar a un considerable número de solapamientos legislativos. A nuestro juicio, sacar del Código la inhabilitación absoluta y dejar que, si fuere conveniente, sean otros ordenes los que la apliquen no solo evita estas duplicidades, sino que tiene la ventaja de que va a ser tratada estratégicamente en el lugar que corresponde y se ajustará al modelo político y jurídico adecuado. Esta decisión tiene la ventaja añadida de que la privación se hará estrictamente donde se entienda necesario y no como sucede ahora con carácter universal en contra del principio de intervención mínima. Así, por ejemplo, la pérdida del derecho al sufragio, concebido como pena, no puede evitar su carácter infamante cuando se aplica sin más a los condenados a prisión, en tanto que tratada dentro de la legislación electoral puede tener otros objetivos y responder a determinadas políticas de seguridad u orden público más justificadas en esa sede.

<sup>11</sup> Más extensamente, Mapelli Caffarena. *Las penas accesorias o la accesoriadad punitiva*. Revista de Estudios Penitenciarios, N.º. Extra 1, 2006. *Passim*.

<sup>12</sup> Casabó Ruiz. En Córdoba Roda y otros. *Comentarios al Código Penal*. T. II. Barcelona 1976. Pág. 127.

<sup>13</sup> El Art. 88 del Código de 1928 señala que “*las penas de inhabilitación se impondrán, además, como efectos de otras penas, cuando así lo declare especialmente la ley o lo acuerde el Tribunal sentenciador*”.

<sup>14</sup> Manzanares Samaniego. *Las inhabilitaciones y suspensiones en el derecho positivo español*. ADPCP (1975). Pág. 175; Serrano Butragueño. *Las penas en el nuevo Código penal*. Granada. 1996.

La inhabilitación absoluta tal como esta planteada en nuestro Código penal no se puede sostener. No hay argumentos preventivos que justifique su presencia porque en la medida que su aplicación es del todo ajena a la comisión del delito no puede mantenerse que se imponga con carácter preventivo especial. Tampoco responde a necesidades de prevención general ya que la pena principal es la pena justa y, consiguientemente, la pena acorde con los principios de culpabilidad y proporcionalidad. Solo quedan dos posibles fundamentos para que se mantenga la situación actual. El primero, considerar que un condenado no merece la dignidad de ocupar un cargo o empleo público, nos traslada a sistemas penales preconstitucionales en donde la pena tiene como único fin declarar públicamente la indignidad del condenado. El segundo argumento vendría a admitir la pena solo porque es materialmente imposible estar cumpliendo condena en prisión y ejercer la función pública o tener un cargo público. Esta argumentación no se puede mantener con carácter absoluto, ya que la evolución de la ejecución de la pena de prisión permite espacios en que serían compatibles; pero, sobretodo, no es un argumento válido para el sistema penal, sino para legislaciones sectoriales. ¿Qué hace entonces el Derecho penal imponiendo penas que refuerzan el efecto desocializador de la prisión?

B. A pesar de todo, los propios contenidos de esta pena han inclinado a algunos autores a considerar que estamos ante penas cuyo único objetivo es la prevención<sup>15</sup>, incluso, en esta línea se ha sostenido la tesis de que en realidad se trata de unos institutos híbridos entre las penas y las medidas de seguridad<sup>16</sup>. Lo cierto es que nuestra jurisprudencia trata la inhabilitación con criterios distintos al resto de las penas y, específicamente, a la pena de prisión. Aunque no contamos con datos argumentativos de los correspondientes órganos judiciales, si hemos recogido sentencias en las que

<sup>15</sup> Quintano Ripollés. *Comentarios al Código Penal*. 2ª Edic. Madrid. 1966. Pág. 331. Quintano fundamenta su opinión, precisamente, en el escaso vínculo que une la inhabilitación con el delito a lo largo de su empleo en el Código.

<sup>16</sup> Ferrer Sama. *Comentarios al Código Penal*. T. II. Murcia 1947. Pág. 198. También ha destacado este carácter híbrido Maza Martín, *op. Cit.* Págs. 146-147. El carácter híbrido fue sostenido en el Congreso Penal y Penitenciario, celebrado en Berlín en 1953. También, aunque referido a la inhabilitación especial que se aplica con carácter accesorio en relación con ciertos delitos (Art. 57), nuestra jurisprudencia ha entendido que se trata no de una pena, sino de una medida de seguridad ya que el legislador establece como regla de determinación por una parte, la gravedad del delito cometido en consideración con el principio de proporcionalidad, vigente para penas y medidas, y, por otra, “*el peligro que el delincuente represente*” lo que a juicio de nuestro alto Tribunal es una prueba de que el legislador ha querido desplazar los criterios culpabilísticos propios de la pena, a favor de los peligrosistas, propio de las medidas (STS 26/09/1994).

los criterios empleados para determinar la prisión no coinciden con los que se emplean en la inhabilitación absoluta, dando, consecuentemente, distintos resultados. Podría concluirse que los tribunales se desinteresan por el principio de proporcionalidad en la inhabilitación y consideran más la oportunidad de mantener al condenado alejado de la función pública. Así se aprecia, por ejemplo, en la Sentencia de la AP de Baleares de 24 de noviembre de 2010 en la que se admite para varios condenados unas atenuantes y, consiguientemente, se mantiene la pena de prisión en el tope mínimo, pero, sin embargo, no se hace lo propio con la inhabilitación absoluta<sup>17</sup>. Un caso similar sucede con la sentencia de la AP de Barcelona de 10 de marzo de 2011, que estima el delito continuado de malversación y condena con el tope máximo de la pena de prisión previsto en el Art. 452, pero, sin embargo, eleva en más de un grado la de inhabilitación<sup>18</sup>.

La forma en que está regulada la inhabilitación absoluta –tanto como pena principal, como accesoria–, cuya imposición se mueve marcando unas líneas paralelas con la comisión del delito, evidencia que el motivo

<sup>17</sup> El fallo de la referida Sentencia, posteriormente, revocada por el Supremo dice así: “*que absolviéndoles libremente del resto de los delitos de que venían acusados por el Ministerio Fiscal, debemos CONDENAR y efectivamente CONDENAMOS a Baldomero, como autor responsable de un delito de malversación de caudales públicos precedentemente definido, concurriendo la circunstancia atenuante analógica simple de dilaciones indebidas a las penas de TRES AÑOS de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de OCHO AÑOS y pago de un quinto de las costas procesales causadas.- A Luis María, como autor responsable del mismo delito y concurriendo la misma circunstancia atenuante, las penas de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN, más otros OCIO AÑOS inhabilitación absoluta y pago de otro quinto de las costas procesales causadas.- A Marta, también como autora responsable de un delito de malversación, concurriendo en la misma las circunstancias atenuantes analógicas de dilaciones indebidas y la de no ser funcionaria pública las de DOS AÑOS de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de SEIS AÑOS*”. También la AP de Barcelona Audiencia con fecha 12 de febrero de 2010 reduce la pena de prisión al segundo grado por la concurrencia de distintas circunstancias modificativas de la responsabilidad y, sin embargo, la inhabilitación se ha mantenido por encima del tope mínimo del grado inferior (“*Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a la acusada Nicolasa como criminalmente responsable en concepto de autora de un delito de malversación de caudales públicos, con la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal atenuantes de reparación y 2 analógica a la de estado de necesidad incompleto, a la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, e INHABILITACIÓN ABSOLUTA POR TIEMPO DE CUATRO AÑOS,....*”).

<sup>18</sup> El fallo de la referida Sentencia es el siguiente: “*Como autor de un delito continuado de malversación de caudales públicos anteriormente definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión por tiempo de seis años, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo e inhabilitación absoluta por tiempo de diecisiete años*”.

y el objetivo de su imposición no se encuentra en el sancionar a quien abusó del ejercicio de la función pública para cometer un delito y evitar que ello suceda en el futuro. Más evidente resulta el interés higienista que esconden estas penas procurando que quienes ejercen la función pública no hayan cometido delitos con anterioridad, con independencia de si se encontraban o no en el ejercicio de dicha función o abusaron de la misma para la comisión. A diferencia de la escasa protección que merecen las profesiones y oficios del sector privado, la función pública resulta protegida de una forma desmedida. No solo en la legislación administrativa extrapenal, sino a través de las poderosas penas de inhabilitación absoluta y especial. Donde no llega la primera, considerada más grave por su mayor duración, extiende sus efectos la segunda. Frente a la inhabilitación en el sector privado, que solo aparece en contadas ocasiones, la del empleo y cargo público, por una u otra vía, prácticamente se aplica a todos los delitos. Pero también son comparativamente más severas las consecuencias de su aplicación. El condenado a la inhabilitación profesional, al concluir la pena recupera su actividad profesional, cosa que no sucede en el empleo público que se pierde de forma irreversible.

No está del todo claro, ni es del todo razonable que el ejercicio de todas las profesiones públicas merezca más protección que el de las privadas. La idea subyacente tras la decisión del legislador de no permitir que nadie condenado o con antecedentes penales pueda ejercer la función pública es la misma que alimenta el concepto del bien jurídico función pública, la defensa exacerbada y prepotente del Estado. Como ya hemos apuntado el argumento de que no es funcionalmente compatible estar cumpliendo una condena y ejercer la función pública es insuficiente, porque no es una razón que sirva para fundamentar una pena; en todo caso, será ese un problema de derecho administrativo o político; pero, además, se debilita cuando se comprueba el blindaje a que se somete el efecto inhabilitante del empleo y cargo público. El sistema penal está dispuesto a permitir la excarcelación anticipada por la concesión de un beneficio penal o penitenciario o el indulto, pero nada de esto puede afectar a la inhabilitación.

Basta leer el Código penal para tomar conciencia de la relevancia que otorga el legislador a la función pública. No quedaría construida su defensa absoluta, si a la protección absoluta, no se acompaña un absoluto alejamiento de la misma de todo transgresor de la norma. Como señala García de Enterría “*el supuesto poder ejecutivo se ha sustantivado en un sujeto real y verdadero, autosuficiente para su desenvolvimiento en virtud de los mecanismos técnicos que le asegura la exención respecto de los otros*

*poderes*<sup>19</sup>. El Derecho penal trabaja con un concepto omnicompreensivo de función pública que se corresponde con la idea de Estado absolutista y favorece una visión superior del mismo. Octavio de Toledo ha trabajado exhaustivamente la cuestión desde la perspectiva de los delitos contra la función pública demostrando que ese empleo monolítico de la misma no se corresponde con la "administración-persona" que demanda una concepción diversificada del concepto función pública<sup>20</sup>. En el ámbito de las penas inhabilitantes, con efecto absoluto y degradante, el legislador muestra este aspecto autoritario del Estado, en esta ocasión transmitiendo una visión de que es absolutamente imposible concebir que el infractor pudiera participar en el ejercicio de la función pública<sup>21</sup>. El objetivo no es castigar, ni siquiera prevenir, sino enviar un mensaje a la sociedad de que la función pública está salvaguardada porque la legislación la reserva para una casta de personas honorables. La idea es de por sí descabellada, pero la necesidad del Estado de transmitirla lleva al legislador al empleo de esta pena, en no pocas ocasiones, en contra de las garantías esenciales del Estado de Derecho. Hemos visto de qué forma la proporcionalidad quedaba en entredicho cuando la inhabilitación desatendía la gravedad del injusto, pero lo que nos resulta más reprochable es el escaso compromiso ejemplarizante del legislador con los fines constitucionales de reinserción social. Si la función pública se protege en esos términos tan absolutos y, en gran medida, desproporcionados, poco compromiso se puede exigir al sector privado para que colabore con aquellas personas que han tenido problemas con la justicia penal.

La inhabilitación absoluta resulta incoherente con el valor del trabajo en nuestra sociedad. Si su aplicación se hiciera depender de que el sujeto hubiere abusado del ejercicio de la función pública para la comisión

<sup>19</sup> García de Enterría. *Revolución francesa y Administración contemporánea*. Madrid. 1972. Págs. 42 y ss.

<sup>20</sup> Octavio de Toledo. *La prevaricación del funcionario público*. Madrid. 1980. Pág. 236 y ss. Señala el autor que una propuesta más democrática en la concepción del Estado sería "la creación de un título de delitos contra las actividades legislativas, judicial y administrativa" (Pág. 237).

<sup>21</sup> Las siguientes palabras de Groizard justificando las penas que inhabilitan para la función pública lo veía de esta forma: "dirigida a mantener viva en los funcionarios del esto los sentimientos de propia estimación; de intachable honradez, de respeto a la integridad de principios que han de otorgarles el prestigio necesario para desempeñar en beneficio de todas las funciones a ellos confiadas. No se ha querido admitir la posibilidad de que la toga del Magistrado, el uniforme del Ministro de la Corona, las condecoraciones creadas para estimular y premiar la honradez, la virtud y el mérito demostrados en el servicio de la acción, puedan ostentarse por el infeliz condenado a arrastrar una cadena". (Groizard. *Op. Cit.* Pág. 454.)

del delito, tendría una lógica irrefutable que la reacción punitiva integre el alejamiento del mismo de esa actividad. Si hubiera sido entendido de esta forma sencillamente perdería sentido que se diferenciara entre las inhabilitaciones públicas y privadas. Lo que hace inaceptable esta pena es que su aplicación, en ninguna de sus formas exige ese presupuesto del abuso.

### III. ALCANCE Y CONTENIDO

A. A tenor del Art. 41 la pena de inhabilitación absoluta produce la "privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos. Produce además, la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la condena". El hecho de que se encuentre alejada de la comisión del delito hace que esta pena presente unas notas muy específicas que se manifiestan, en primer lugar, en la concreción de los contenidos y efectos de su aplicación.

Respecto del alcance, a falta de una mayor concreción por parte del Código y de otros criterios, debe acudirse a una interpretación restrictiva de la norma. Con carácter general los contenidos de la pena son idénticos tanto en el efecto de privación, como en el de imposibilidad de adquisición, es decir, los criterios de delimitación válidos para lo uno, lo son también para lo otro.

Ya hemos apuntado más arriba que no se verán afectados los cargos, empleos y honores que se obtengan en el sector privado, sin embargo, sí suscita dudas los cargos, empleos y honores procedentes de otros Estados o también de otras instituciones transnacionales de las que nuestro país es miembro (Unión Europea, Parlamento Europeo, Tribunal de Justicia Europeo, Banco Mundial, Naciones Unidas, Cruz Roja, etc.). El tema presenta un inusitado interés en un mundo cada vez más globalizado. Lo que en épocas recientes no tenía sentido plantearse debido no solo al carácter nacional de las sentencias penales, sino también a que la función y los cargos públicos eran de acceso exclusivo de los nacionales de cada Estado, ya no es así<sup>22</sup>. De ahí que, como principio general, el Estado

<sup>22</sup> Los Acuerdos de Helsinki de 1962 se pueden considerar el primer gran paso en este nuevo escenario que surge tras la contienda mundial, si bien tuvieron un breve precedente en el Convenio suscrito por Noruega, Dinamarca y Suecia el 8 de marzo de 1948 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias penales. Sobre el principio de confianza los Estados nórdicos suscribieron unos acuerdos de colaboración en materia penal

español asume la colaboración jurisdiccional entre los Estados<sup>23</sup>, remitiéndose siempre como derecho positivo referente a los acuerdos y tratados suscritos con cada uno de ellos y siempre que no concurran causas para negar la colaboración. Por su parte, el Código penal únicamente se refiere a las sentencias de otros países a los efectos de considerarla para valorar la agravante de reincidencia (Ej. arts. 190 y 375).

El tema es bidireccional y requiere diferenciar entre distintos supuestos. Sin voluntad de ser exhaustivo podemos distinguir entre las relaciones con otros Estados a partir de los tratados o acuerdos suscritos con cada uno de ellos en el marco de las relaciones bilaterales y los casos en los que se plantee la cuestión con otro país miembro de la Unión Europea o con las propias instituciones comunitarias. Los tratados y acuerdos suscritos por nuestro país con otros Estados no comunitarios sobre materia penal y, más concretamente, sobre temas penológicos, se limitan al traslado de personas condenadas a penas de prisión, incluso, en aquellos documentos bilaterales que se refieren a ejecución de penas en general se terminan circunscribiendo a las penas privativas de libertad de cierta duración<sup>24</sup>. En ningún caso sería posible que nuestras sentencias o, a la inversa, las sentencias de otros países sobre inhabilitación para el ejercicio de la función pública, pudieran hacerse extensivas más allá de las fronteras de los países. Las razones de esta situación son que al país que condena le es indiferente que el condenado pudiera ejercer función pública en otro país distinto por la fuerte impregnación estatista de esta pena. De manera que los únicos acuerdos internacionales que encontramos, no se refieren a la pena de inhabilitación directamente, sino a la persecución internacional de ciertos delitos que prevén el reconocimiento de las sentencias con pena de inhabi-

totalmente novedosos entonces y aun hoy, ya que a diferencia de los que suele ser convencional se comprometen a adoptar una normativa similar que les permita reconocer y ejecutar las sentencias de los otros Estados; modelo de cooperación que luego sería desarrollado con los instrumentos de reconocimiento mutuo; baste reseñar entre las características de su contenido la no exigencia de la doble tipificación, ni del consentimiento del condenado, aunque deba ser oído y en general se respete su opinión. (Palomo del Arco. *Reconocimiento y ejecución de sentencias penales dictadas en otro Estado europeo*. Revista Jurídica de Castilla y León. Núm. 21 (Mayo. 2010). Pág. 122.

<sup>23</sup> La Ley Orgánica del Poder Judicial señala que "los juzgados y tribunales españoles prestarán a las autoridades judiciales extranjeras la cooperación que les soliciten para el desempeño de su función jurisdiccional, de conformidad con lo establecido en los Tratados y Convenios Internacionales en los que España sea parte y, en su defecto, en razón de reciprocidad según lo previsto en el artículo siguiente".

<sup>24</sup> Vid. Mapelli Caffarena/González Cano. *El traslado de personas condenadas entre países*. Madrid. 2001.

litación<sup>25</sup>. Tal es el caso del Convenio de Represión de la Trata de Personas, suscrito por nuestro país en el año 1962 que compromete a los Estados a inhabilitar al infractor condenado en el extranjero para el ejercicio de sus derechos civiles o políticos (Art. 7).

En el ámbito europeo ha ido madurando la idea del reconocimiento de otras penas distintas de la prisión, a pesar de que ello resulta más complejo. En el Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal<sup>26</sup> se acuerda "ampliar progresivamente la eficacia de las sanciones de privación de derechos a la totalidad del territorio de la Unión Europea: para ser eficaces en el marco europeo, determinadas sanciones deberían, en efecto, ser reconocidas y ejecutadas en toda la Unión". Dinamarca propuso en el 2002 la elaboración de una Decisión Marco que tuviera en cuenta las "inhabilitaciones impuestas a las personas físicas como parte de una sentencia o como corolario de una condena penal y que limitan el acceso de la persona condenada al empleo, con excepción de la privación del derecho a conducir"<sup>27</sup>.

También aquí es preciso distinguir entre los empleos y cargos que genera la Administración comunitaria y los compromisos nacionales impuestos por la normativa de la Unión a los países miembros. En el primer caso, los funcionarios que van a prestar sus servicios en la Administración comunitaria son seleccionados por cada uno de los países y, con más razón, los cargos políticos y en aquellos casos en los que las plazas estén convocadas desde Bruselas debe entenderse que le afectan las propias disposiciones que se dictan para los Estados miembros.

Ya existía algún acuerdo bilateral, como es el caso del suscrito con Dinamarca en el año 1972, pero es el Convenio Europeo sobre la validez internacional de las sentencias penales de 1970 el que establece en la actualidad las pautas para el cumplimiento de las inhabilitaciones. En relación con estas penas se asume por los Estados un considerable margen de adaptación que se concreta en los siguientes aspectos:

- Tanto el delito como la sanción deben responder al principio de doble incriminación.

<sup>25</sup> Una excepción es el Convenio suscrito con Dinamarca en el año 1972 por medio del cual ambos Estados se comprometen a cumplir las penas de prisión, multa e inhabilitación impuestas por los tribunales del otro

<sup>26</sup> Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal (Diario Oficial nº C 012 de 15/01/2001 p. 0010 - 0022).

<sup>27</sup> DOC 223 de 19/09/2002. Pág. 17.

- Se aplica el principio de oportunidad en virtud del cual el tribunal competente resolverá sobre la conveniencia o no de ejecutar la inhabilitación.
- El Estado requerido para la ejecución debe resolver no solo la duración, sino también los derechos afectados por la pena.
- Los derechos inhabilitados no se pierden, sino que el Estado requerido para la ejecución determinara si son o no recuperables.

Esta flexibilidad denota que el reconocimiento de los contenidos de una sentencia entre dos países comunitarios resulta harto complejo ya que la regulación de las penas accesorias varía considerablemente de unos a otros y cuanto mayor sea la heterogeneidad de la regulación, mayores dificultades presenta la eficacia de esta pena fuera de nuestras fronteras. El requisito de la doble punición obligará a una revisión en profundidad que afecta tanto a la propia existencia, como a los contenidos y la duración de la inhabilitación.

B. Los contenidos que expresamente integran nuestra pena de inhabilitación absoluta son los siguientes:

- *Honores*. De las distintas acepciones del diccionario de la RAE parece lógico concluir que nuestro Código se refiere a honores entendido como "obsequio, aplauso o agasajo que se tributa a alguien". El escaso interés del legislador por concretar el alcance de esta pena en lo referido a los honores y su propia dificultad semántica debe contrarrestarse con una interpretación restrictiva atinente a la institución que emite la consideración, a los objetivos de la misma y a los fundamentos. A efectos de la inhabilitación los únicos honores de los que puede quedar privado el condenado son aquellos que han sido concedidos por la Administración del Estado<sup>28</sup>, que no son ni los únicos, ni necesariamente los más relevantes. Otras instituciones privadas, como la Iglesia, las deportivas y culturales, los colegios profesionales, los centros de trabajo, etc. también conceden honores y con frecuencia llevan asociados retribuciones de distintas especies –promoción, vacaciones, incremento de sueldo, etc.–. En segundo lugar, la concesión de premios u honores forma parte de la actividad administrativa de fomento de determinadas conductas en la sociedad<sup>29</sup>. El objetivo

<sup>28</sup> Como apunta mayoritariamente la doctrina (vid. Por todos, Pozuelo Pérez, *Las penas privativas de derechos*. Madrid, 1998. Pág. 36) las titulaciones académicas o no o simplemente habilitantes de una profesión en la que se reconoce haber concluido unos estudios y acreditado unos conocimientos son objeto de la pena de inhabilitación ya que no se trata de reconocimiento de honores, aunque informalmente conlleve un agasajo social a sus portadores.

<sup>29</sup> Parejo Alfonso. *Reflexiones sobre las ayudas públicas en la España miembro de la CEE*. En *Información comercial Española*. Octubre. 1987. Pág. 26.

es, en ocasiones, promocionar determinados comportamientos honoríficos, jurídicos o económicos<sup>30</sup>. A pesar del carácter absoluto de la inhabilitación es lógico limitar el ámbito de los honores eventualmente afectados por ella, exigiendo una cierta homogeneidad entre esos objetivos y la naturaleza del delito cometido. Privar de una mención honorífica, cuyo objetivo es fomentar las conductas fieles con el fisco, por ejemplo, pierde todo sentido cuando la condena impuesta es por un delito de lesiones.

Por último, es necesario distinguir entre los honores que una persona puede recibir por una trayectoria sin que se concrete en hechos específicos, de aquellos otros que se conceden como reconocimiento a una acción sobresaliente y que suelen denominarse premios. La inhabilitación no puede afectar a estos últimos, no solo porque sería tanto como negar la historia, sino porque en cierta medida puede tener un contra efecto desincentivante. Así, por ejemplo, en el ámbito de la ejecución de las penas privativas de libertad se contemplan las recompensas por hechos destacados<sup>31</sup> las cuales están previstas que pueda obtener un recluso, incluso, estando cumpliendo la pena de inhabilitación absoluta. Es, sencillamente, un despropósito pretender que durante la ejecución de la pena el condenado no sea reconocido por un comportamiento heroico mediante una condecoración honorífica.

- *Empleos públicos*. Se trata de la consecuencia más grave de todas las que recoge la inhabilitación absoluta, no solo porque el condenado pierde su puesto de trabajo, sino porque lo pierde de manera definitiva y, solo tras cumplir el tiempo de condena, podrá aspirar a presentarse a las pruebas correspondientes para obtener una nueva plaza. Incluso en los Códigos del siglo XIX implicaba la pérdida de los derechos pasivos ya adquiridos, vinculados al empleo público. En relación con los empleos públicos la inhabilitación absoluta se encuentra sumida en graves interrogantes que van en detrimento de la seguridad jurídica. En primer lugar, debe reconocerse la independencia del Derecho penal frente al administrativo para establecer los criterios a

<sup>30</sup> Cases Pallarés. *Vox Premios, condecoraciones y honores*. En Nueva Enciclopedia Jurídica (Pellicer Prats. Dir.). T. XX. Barcelona. 1993. Pág. 218.

<sup>31</sup> Artículo 46. LOGP: "Los actos que pongan de relieve buena conducta, espíritu de trabajo y sentido de responsabilidad en el comportamiento personal y en las actividades organizadas del establecimiento serán estimulados mediante un sistema de responsabilidad en el comportamiento personal y en las actividades organizadas del establecimiento serán estimulados mediante un sistema de recompensas reglamentariamente determinado". Véase, también, los arts. 263 y 264 RP.

partir de los cuales determinar el alcance de la pena y de los empleos eventualmente afectados por ella. Si este principio rige con carácter general en relación con numerosos expedientes, en esta ocasión viene, además, reforzado por el propio desorden con el que aborda la legislación administrativa el concepto de empleado público. El Art. 4 de la Ley 7/2007, después de incluir dentro de este concepto al funcionario y al trabajador, establece un generoso número de supuestos (Personal funcionario de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Personal funcionario de los demás Órganos Constitucionales del Estado y de los Órganos Estatutarios de las Comunidades Autónomas. Jueces, Magistrados, Fiscales y demás personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia. Personal militar de las Fuerzas Armadas. Personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Personal retribuido por arancel. Personal del Centro Nacional de Inteligencia. Personal del Banco de España y Fondos de Garantía de Depósitos en Entidades de Crédito) al que no se le aplica la legislación común salvo que así venga expresamente establecido, lo que permitiría entender *sensu contrario* que no son propiamente funcionarios públicos y, sin embargo, es incuestionable que si se encuentra dentro de los empleos inhabilitables. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta –una vez más– que el contenido de la inhabilitación absoluta no guarda relación alguna con el delito cometido, por lo que, a diferencia de la inhabilitación especial, este no sirve como criterio para resolver cual debe ser el empleo afectado. Ni la ciencia ni la jurisprudencia se han planteado elaborar algunos criterios restrictivos que nos aleje de la desproporcionada e injustificada decisión de afectar a todas las formas de trabajar para la Administración que se ofrecen en los Estados modernos (comunitario, central, autonómico o municipal). Dichos criterios no solo son necesarios por lo desproporcionado que resulta jurídicamente la expresión empleo público, sino porque vendría en contradicción con los propios postulados del sistema penal y del Estado social. Un Derecho penal que levante barreras generalizadas que dificultan las posibilidades laborales del condenado es cuanto menos poco consecuente con los fines de reinserción y de promoción social. El principio de lesividad obliga a todo el sistema penal en su conjunto no solo en el ámbito de los injustos, sino también en el sistema de penas<sup>32</sup>. Traído aquí se puede concluir que solo es posible inhabilitar aque-

<sup>32</sup> Ferragoli, (1986) "El derecho penal mínimo" en Revista Poder y Control. Núm. 0. PPU. Barcelona.

llos puestos de trabajo que asumen competencias de cierta relevancia para la función pública, es decir, que no solo formalmente son considerados empleos públicos, sino también por las funciones que tiene asociadas y, que, consecuentemente, exigen que las personas que la ostenta merezcan una confianza tal que permita prever que no abusaran de ese ejercicio porque el mismo sitúa al empleado en una posición privilegiada para la comisión de ciertos delitos o para una afección grave de la función pública. La propuesta restrictiva no parte tanto de la decisión formal del legislador administrativo de incluir o no dentro de las categorías de funcionario, eventual o personal contratado un determinado puesto de trabajo<sup>33</sup>, sino del criterio material de si se ocupa o no de ejercer una función pública relevante. Solo en este último caso se puede aplicar el efecto inhabilitante de esta pena. Por otra parte, este criterio sustantivo sintoniza con el tenor del Art. 24.2 que, a efectos penales, define al funcionario como aquella persona que por su cargo participa en el ejercicio de la función pública. En este sentido, concluye Puente Alba<sup>34</sup>, los criterios para determinar si el empleo es o no inhabilitable tendrán en cuenta tanto los aspectos materiales como formales. Según los primeros pueden ser inhabilitados todos los empleos que ejerzan directamente función pública y en el sentido formal una designación de la Administración para el desarrollo de aquellas competencias. La combinación de ambos criterios permite incluir dentro del empleo público a estos efectos determinadas situaciones de concertación –enseñanza concertada– o de colaboración temporal –detectives privados– o entidades instrumentales –organismos públicos–, ya que se encuentran previstas en la ley. Con todo, la progresiva privatización del sector público seguirá planteando en el futuro numerosos supuestos en los que por razones de política criminal será conveniente extender el efecto inhabilitante aun cuando estemos muy lejos de un empleo público<sup>35</sup>. Pero el carácter absoluto de esta pena no debe servir de justificación para concretar y fundamentar las razones por las que se extiende a determinado empleo el efecto inhabilitante.

<sup>33</sup> Cfr. Sobre los conceptos de funcionario, personal contratado y eventual, vid. Ley 7/2007 del Estatuto básico del empleado público.

<sup>34</sup> Puente Alba, *op. Cit.* Pág. 33. Señala esta autora, con razón, que para el Derecho penal, a estos efectos, lo importante es identificar todo ese conjunto de actividades propias del Estado, pero cuya gestión y ejecución se ha terminado dejando en manos de entes privados, en definitiva que lo relevante es "la titularidad de la actividad o función...independientemente del régimen concreto de gestión" (págs. 73-74).

<sup>35</sup> Puente Alba, *op. Cit.* Pág. 74.

- *Cargos públicos electos.* Considerando el amplio espectro que abarca la expresión empleo público, no hay inconveniente en admitir el criterio de nuestro Tribunal Supremo que considera cargo público, no el permanente burocrático de carrera, sino el político, temporal o amovible, al que se accede por elección o por designación o nombramiento de la autoridad competente<sup>36</sup>. Si la inhabilitación puede alcanzar al empleo con más razón lo puede hacer al cargo público, porque como afirma nuestra jurisprudencia que sus "*funciones, recordadas aquí en lo esencial, consisten en la posibilidad de ejercer el control político a través de los actos de votación, pero también en recabar la información que resulta necesaria para un ejercicio responsable de ese control y en promover el debate que es consustancial al pluralismo.*" - Y corolario de todo lo anterior es que la indebida limitación o imposibilitación de ese desempeño se traduce en una vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el tan repetido artículo 23 C.E.<sup>37</sup>.
- *Derecho al sufragio pasivo.* Se trata de uno de los derechos consustanciales con el modelo democrático de Estado y a él se refiere expresamente la CE (Art. 23.2), señalando que otorga a todos los ciudadanos la posibilidad de participar en los asuntos públicos y acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes. El texto constitucional incluye en ese mismo precepto el sufragio activo y pasivo como dos ejercicios esenciales del Estado democrático, que forman parte inescindibles de un mismo derecho a participar en los asuntos públicos. Sin embargo, la suerte de uno y otro varía mucho en su desarrollo legislativo y mientras que el derecho al sufragio activo se considera inalienable<sup>38</sup>, el sufragio pasivo está sometido a unas restricciones o causas de inelegibilidad, entre las que se menciona la condena a una pena privativa de libertad<sup>39</sup>. Así las cosas, aun cuando el Código penal no aunara a la prisión la pérdida del sufragio pasivo como parte de la inhabilitación absoluta

<sup>36</sup> Vid. SSTS de 23 de diciembre de 1.987, 7 de marzo de 1990 y 20 de septiembre de 2000.

<sup>37</sup> Vid. SSTS de 6 junio 2005 y 31 enero 2006.

<sup>38</sup> Boldova Pasamar en Gracia Martín (coord.) *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito* (3ª edic.). Valencia. 2004. Pág. 127. No obstante, el Art. 3.1 a) LOREG sigue haciendo referencia a la pena de pérdida del derecho al sufragio como causa para quedar inhabilitado para el ejercicio de derecho al sufragio activo, aunque dicha pena ya no existe en el Código penal (Disposición derogatoria 1 f/).

<sup>39</sup> Conforme al Art. 6.2 a/ son inelegibles "*los condenados por sentencia firme, a pena privativa de libertad, en el período que dure la pena*".

accesoria de todas formas la jurisdicción electoral puede negar en base a la LOREG el ejercicio de este derecho a los "condenados a penas privativas de libertad". Obsérvese que la ley electoral es más amplia que el propio Código ya que este se circunscribe a las penas de prisión<sup>40</sup>. Considerando que en la inhabilitación absoluta van siempre juntas la pérdida del cargo público y la del sufragio pasivo, esta última queda vacía de contenido en la medida que la imposibilidad de ostentar un cargo ya entraña no poder presentarse al proceso electoral.

Las inelegibilidades pueden ser absolutas, impidiendo a una persona presentarse en cualquier circunscripción, o relativas, cuando van referidas específicamente a determinados procesos electorales. La pérdida de este derecho afecta tanto a la posibilidad de ser elegido directamente, como a la de serlo indirectamente por medio de un órgano colegiado al que se pertenece (senadores autonómicos, presidentes de las diputaciones provinciales, etc.). Ninguna de estas dos últimas circunstancias, pues, van a afectar al alcance de la inhabilitación, que se entiende, por tanto, a todo proceso electoral público directo o indirecto.

Esta pena se aplica con un rigor que no tiene parangón ni en nuestra historia legislativa ni en el derecho comparado, de manera que inexorablemente toda condena a prisión, sea cual sea su duración, implica automáticamente la pérdida del sufragio pasivo<sup>41</sup>. El argumento de que privado de libertad no tiene sentido concurrir a unas elecciones, puesto que de ganarlas no se podría ocupar el cargo, no es convincente ya que la inhabilitación se extiende también al tiempo en el que el condenado ha abandonado la prisión disfrutando la libertad condicional. Cualquier otro argumento

<sup>40</sup> Todavía el apartado b/ del mismo Art. 6.2 LOREG viene a ampliar el efecto de inelegibilidad de la condición de penado a supuestos en los que la condena no es a pena privativa de libertad e, incluso, lo que nos parece más grave anticipa la pérdida del derecho aun cuando no haya sentencia firme ("*Los condenados por sentencia, aunque no sea firme, por delitos de rebelión, de terrorismo, contra la Administración Pública o contra las Instituciones del Estado cuando la misma haya establecido la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo o la de inhabilitación absoluta o especial o de suspensión para empleo o cargo público en los términos previstos en la legislación penal.*")

<sup>41</sup> Solo puede explicarse a partir de la política criminal antiterrorista; si los grupos simpatizantes del independentismo radical vasco, no hubiera instrumentalizado este derecho haciendo que se presentaran a las elecciones condenados por terrorismo, que se encontraban cumpliendo la pena, con toda seguridad las cosas no se hubieran llevado a los extremos de desproporcionalidad en que nos encontramos.

que invoque la indignidad de un condenado para ocupar un cargo público choca frontalmente con los propios fines preventivos.

C. Contenidos inhabilitantes. Los contenidos de esta pena se concretan, por una parte, en la pérdida definitiva de lo que ya se tiene y, por otra, en la imposibilidad de ejercer algunos de los derechos afectados durante el tiempo que dure la condena. De forma que es a la vez una pena perpetua y temporal.

La doctrina conviene, con razón, que es indiferente la situación laboral en que se encuentre el condenado en relación con el empleo o cargo para evitar alzamientos laborales fraudulentos<sup>42</sup>. Sin embargo, Pozuelo Pérez<sup>43</sup> se muestra partidario de extender también a la inhabilitación absoluta la exigencia de que en el momento de cometer el delito el condenado se encontrara en activo porque de otra forma no podría establecerse relación alguna entre la comisión y el abuso del empleo o cargo. La sugerencia es acertada, pero solo *lege ferenda*, porque carece de apoyo en la regulación actual. Si la voluntad del legislador hubiera sido esa, lo hubiera expresado para esta pena, como lo hace para la inhabilitación especial. Distintos son aquellos casos en los que el empleo o cargo ya no se tienen de forma irreversible, porque no se puede inhabilitar aquello que no existe.

La inhabilitación tiene graves consecuencias económicas para el condenado al perder todas las retribuciones vinculadas al empleo o cargo. A diferencia de otros códigos anteriores<sup>44</sup>, el actual no menciona otro contenido que no sea el efecto inhabilitante, sin embargo, solo se entiende que afectan a las retribuciones o sueldos que se cobran cuando se ostenta el empleo o cargo perdido. Ni las jubilaciones ni las pensiones de familiares se ven afectadas ya que estas se obtienen una vez cesado en el desempeño de la función pública. Tampoco se pierden aquellos derechos de cesantía que estén consolidados por los años de servicio anteriores a la condena.

En su dimensión temporal la inhabilitación impide que el condenado pueda volver a recuperar no solo el cargo o empleo ya afectado por la condena, sino cualquier otro. Es posible que bien como sanción administrativa, bien como medida cautelar el imputado haya quedado inha-

<sup>42</sup> Ver por todos, Boldova, *op. Cit.* Pág. 128.

<sup>43</sup> Pozuelo Pérez, *op. Cit.* Págs. 36-38.

<sup>44</sup> El Código de 1870 incluía la "pérdida de todo derecho a jubilación, cesantía u otra pensión por los empleos que hubiere servido con anterioridad, sin perjuicio de la alimenticia que el Gobierno podrá concederle por servicios eminentes. No se comprenden en esta disposición los derechos ya adquiridos al tiempo de la condena por la viuda e hijos del condenado" (Art. 32).

bilitado antes de la sentencia firme condenatoria, en estos casos la pena de inhabilitación solo produce el efecto subsiguiente de imposibilidad de acceder a cualquier empleo, cargo u honor.

Los procesos de selección de los funcionarios son, en ocasiones, muy largos en el tiempo y la inhabilitación solo impide que coincida con el momento en el que se toma posesión del empleo o cargo. Esto permite, a nuestro juicio, que un condenado pueda firmar unas pruebas e, incluso, concurrir a ellas cuando está a punto de terminar el cumplimiento de la inhabilitación y presume que el retraso de la misma le va a permitir llegar a la toma de posesión con la pena cumplida. Porque es el momento de la toma de posesión el que no puede coincidir con la inhabilitación; así se desprende de la redacción del Art. 41 que inhabilita para obtener y, en sentido administrativo, tener aprobadas unas pruebas no es aun equivalente a obtenerlas. Según el Art. 62 del Estatuto básico del empleado público la condición de funcionario público solo se adquiere en el momento de la toma de posesión dentro del plazo que se establezca. El precepto se refiere solo a funcionarios, si bien es extrapolable a estos efectos al resto de empleos y cargos público, aunque el Art. 56.1 del mismo texto legal señala que para poder participar en los procesos selectivos es necesario no estar condenado a la pena de inhabilitación absoluta<sup>45</sup>, cualidad que no concurre en el inhabilitado. La exclusión de unas pruebas por no concurrir este requisito no forma parte del contenido de la pena, sino que se trata de efectos de la misma en otros órdenes jurídicos. Esto tiene su relevancia ya que no es la jurisdicción penal, sino la administrativa la que debe dirimir los conflictos de interpretación que la norma suscite.

Cuando la pena deviene firme después de que el condenado haya superado las pruebas, no podrá tomar posesión de la plaza porque el contenido de la pena no es la pérdida de una determinado empleo o cargo público, sino del derecho a acceder en condiciones de igualdad a participar en asuntos públicos y ejercer funciones públicas (Art. 23 CE), derecho que afecta a los cargos que se ocupan y a los que pudiera aspirar el con-

<sup>45</sup> Señala concretamente, el Art. 62 entre otros requisitos para presentarse a las pruebas: "No haber sido separado mediante expediente disciplinario del servicio de cualquiera de las Administraciones Públicas o de los órganos constitucionales o estatutarios de las Comunidades Autónomas, ni hallarse en inhabilitación absoluta o especial para empleos o cargos públicos por resolución judicial, para el acceso al cuerpo o escala de funcionario, o para ejercer funciones similares a las que desempeñaban en el caso del personal laboral, en el que hubiese sido separado o inhabilitado. En el caso de ser nacional de otro Estado, no hallarse inhabilitado o en situación equivalente ni haber sido sometido a sanción disciplinaria o equivalente que impida, en su Estado, en los mismos términos el acceso al empleo público".

denado durante la pena. Por lo tanto, el sujeto no podrá tomar posesión de la plaza ganada en concurso<sup>46</sup>.

#### IV. DURACIÓN Y DETERMINACIÓN

A. La consideración de pena accesoria y la ausencia de unas normas que aclaren las relaciones entre las accesorias y las principales dan lugar a una serie de dudas en torno a los problemas de duración y reglas de determinación a las que deben de someterse las inhabilitaciones absolutas.

Unas de las cuestiones controvertidas es su duración. Sabemos, conforme al Art. 33.6 que tendrán la duración que respectivamente tenga la pena principal, excepto lo que dispongan expresamente otros preceptos del Código; luego sus límites son entre diez y cuarenta años. Por su parte, el Art. 40 establece los límites entre los seis y los veinte años, que pueden llegar a treinta en las circunstancias del Art. 70. Como no coinciden ninguno de los dos topos, ni el mínimo ni el máximo, lo lógico es pensar que esta duración solo está vigente cuando funciona como pena principal.

Ahora bien ambas penas no pueden concurrir y cuando esto sucede queda desplazada la pena accesoria. La jurisprudencia ha justificado esta cláusula en el principio *non bis in idem*<sup>47</sup>. El argumento no convence por partida doble. Por una parte, porque se podría esgrimir para la inhabilitación especial y no se hace y, en segundo lugar, porque los fundamentos de una pena accesoria, la presencia de su principal, y de una pena principal, la gravedad del injusto, son distintos y eso las hace compatibles. Lo paradójico e insalvable, a nuestro juicio, es que de esa confrontación sale injustificadamente beneficiado el condenado, pues la pena accesoria puede llegar a los cuarenta años<sup>48</sup>. Pero si se permitiera la suma aritmética al no estar sometida a ninguna otra regla concursal el resultado sería una pena de dimensiones desproporcionadas y, en no pocas ocasiones, iría más allá del periodo de actividad laboral de las personas.

La cláusula comentada no se presta a mayores conjeturas y a todas luces el legislador se refiere a coincidencia entre dos penas de inhabilitación absoluta –una principal y otra accesoria– pero criterios de coherencia interpretativa de la norma recomiendan dejar de lado la interpretación literal y permitir que la incompatibilidad se extienda a la concurrencia de la inhabilitación especial del empleo o cargo público, como pena principal,

<sup>46</sup> Puente Alba, *op. Cit.* Pág. 81.

<sup>47</sup> STS de 29 de febrero de 1974.

<sup>48</sup> De Lamo Rubio. Penas y medidas de seguridad. Barcelona. 1997. Pág. 218; también, Puente Alba. *Op. Cit.* Pág. 106.

y la inhabilitación absoluta, como pena accesoria, pues a pesar de su diferente *nomen iuris*, las coincidencias de contenido son evidentes. Como hemos apuntado antes, la única nota diferenciadora sería la pérdida del derecho a sufragio pasivo, pero tampoco lo es materialmente, ya que está implícitamente enervada en la imposibilidad de ostentar un cargo público.

B. Otro aspecto controvertido es la posibilidad de que en fase de liquidación de condena haya que reducir de la pena de prisión de más de diez años e inhabilitación absoluta accesoria una medida cautelar que no podría ser inhabilitación absoluta, pero si, suspensión de empleo o cargo público. La cuestión presenta distintos supuestos. En primer lugar, la medida puede disponerse por el órgano judicial instructor o por la propia Administración en la que el imputado prestaba sus servicios (Art. 98 L 7/2007<sup>49</sup>). En el primer caso, surge la duda de cuál de las dos penas debe restarse la medida cautelar de suspensión. Al no coincidir en su naturaleza corresponde hacer un ejercicio de compensación (Art. 59 CP). Aunque nada se dice en el Código parece más razonable que se compense sobre la pena de inhabilitación absoluta con la que guarda más afinidad. De hacerlo así ya no va a coincidir con la duración de la pena principal de prisión (Art. 55 CP). Si, por el contrario, se opta por reducir la de prisión, se logra un doble efecto. Al reducir la principal se reduce la accesoria que tiene la misma duración.

En segundo lugar, cuando la suspensión ha sido impuesta como medida provisional por la propia Administración en virtud del mencionado Art. 98 se antoja mas compleja la compensación sobre las penas impuestas porque la suspensión administrativa acordada puede estar motivada por un procedimiento disciplinario paralelo y las medidas cautelares no pueden tener un doble valor; por otra parte, nuestro Código se refiere a compensar medidas cautelares impuestas en el mismo procedimiento penal u en otro dentro de esta jurisdicción. Sin embargo, razones de justicia material recomiendan considerar el tiempo de suspensión acordado por la Administración en la liquidación de la pena accesoria de inhabilitación absoluta, como la mejor de las soluciones a pesar de la falta de cobertura legal para ello.

<sup>49</sup> El Art 98 señala que "3. Cuando así esté previsto en las normas que regulen los procedimientos sancionadores, se podrá adoptar mediante resolución motivada medidas de carácter provisional que aseguren la eficacia de la resolución final que pudiera recaer. La suspensión provisional como medida cautelar en la tramitación de un expediente disciplinario no podrá exceder de 6 meses, salvo en caso de paralización del procedimiento imputable al interesado. La suspensión provisional podrá acordarse también durante la tramitación de un procedimiento judicial, y se mantendrá por el tiempo a que se extienda la prisión provisional u otras medidas decretadas por el juez que determinen la imposibilidad de desempeñar el puesto de trabajo. En este caso, si la suspensión provisional excediera de seis meses no supondrá pérdida del puesto de trabajo."

C. Más complejos son los problemas que se suscitan en la aplicación de las reglas de determinación. Como hemos tenido ocasión de ver al desentenderse el legislador de la gravedad del delito cometido surge la duda de si, en estos casos, en los que la inhabilitación aparece como principal, la determinación debe hacerse conforme a las reglas generales o, por el contrario, su duración vendría establecida por la otra pena principal a la que acompaña. Ciertamente, que cuando el legislador ha querido someterla a los criterios de determinación de las accesorias lo ha dicho expresamente; pero una solución de este tipo rompería con la lógica esencial que preside las reglas de determinación. Nuestra jurisprudencia, a pesar de todo, la trata como pena principal y, como tal, la somete a sus propias reglas de determinación.

Veámoslo con un par de ejemplos:

- 1º. Conforme al Art. 372 todos los delitos comprendidos en el Capítulo III –delitos contra la salud pública– (arts. 359-378) se castigarán con la pena de inhabilitación absoluta de diez a veinte años cuando el autor fuere autoridad o agente de la misma. Debemos, en consecuencia, mantenernos dentro de esa horquilla tanto para castigar a la Autoridad que trafica con grandes cantidades de droga dura y es líder de una organización criminal, lo que está castigado con la pena de doce a dieciocho años de prisión y multa del cuádruplo al óctuplo (arts. 369 bis), como a la Autoridad que por imprudencia (Art. 367) despacha un producto químico, potencialmente nocivo para la salud, estando autorizado para ello, pero sin que concurran las formalidades previstas en la legislación, cuya pena es de multa de tres a doce meses (Art. 360).
- 2º. El Art. 379.2 castiga a quien ha cometido cualquiera de los delitos recogidos en el capítulo VII –delitos cometidos por organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo– (arts. 571-580) a la pena de inhabilitación absoluta por un periodo de seis a veinte años superior a la pena privativa de libertad que se le haya impuesto. Debemos usar la misma horquilla para castigar a la autoridad que perteneciendo a una organización criminal atente contra una persona, cuya pena es de veinte a treinta años de prisión (Art. 572.2), como al particular que hace difusión pública de consignas que favorecen los delitos de terrorismo (Art. 579. 1, 2/), cuya pena es de seis meses a dos años de prisión.

A pesar de que no es difícil encontrar desajustes en la parte especial, los ejemplos anteriores, como otros muchos en los que se emplea la

inhabilitación absoluta van más allá de lo soportable por los principios de culpabilidad, proporcionalidad o responsabilidad por el hecho. *Lege lata* hay poco que hacer debido a la rigidez con que se regula la determinación de la pena. Acudir a los topes mínimos no corrige los desajustes punitivos, ni tampoco son recomendables soluciones más forzadas y artificiosas como la de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Solo exigir un cambio en la legislación es la mejor vía para corregir una cuestión que se arrastra desde el siglo XIX y que en la medida que los contenidos de esta pena se hacen más funcionales y objetivos resulta más necesario.

## V. REFLEXIÓN FINAL

La pena de inhabilitación absoluta, tanto cuando aparece como principal, como cuando lo hace como accesoria, solo encuentra el fundamento de su existencia en el insostenible argumento de la infamia de ser condenado por un delito, que se cristaliza en la incompatibilidad con el ejercicio de la función pública. Como consecuencia de este fundamento nuestro Código mantiene una regulación de esta pena que resulta desde distintas perspectivas, que hemos tratado de desarrollar en nuestro trabajo, incompatible con los propios principios del sistema. Al Derecho penal no le corresponde determinar cuando la imposición de la pena justa y merecida lleva asociada otras consecuencias para otras ramas del ordenamiento jurídico. La función del Derecho penal termina precisamente ahí: en la determinación de la pena. El resto son cometidos que deben de asumir los otros instrumentos sancionatorios con los que cuenta el Estado. Esa transferencia, que asumiría –y, que ya asume–, fundamentalmente, el Derecho administrativo, no solo no pone en riesgo la seguridad jurídica y las garantías, sino que asegura que frente a sanciones generalistas y universales, tal como se presenta actualmente la inhabilitación absoluta, debido a lo cual es una pena con un altísimo porcentaje de incumplimiento, tendremos unas sanciones concretadas en cada caso, conforme a las exigencias sectoriales de la función pública, eventualmente afectada. En el Derecho penal no debe quedar más inhabilitaciones que aquellas que afectan al ejercicio de derechos que fueron instrumentalizados por el individuo para cometer la infracción penal, solo entonces se pueden aunar a la pena los fines preventivos.