

Borja Mapelli Caffarena
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Sevilla

Las penas accesorias o la accesoriadad punitiva

1. INTRODUCCIÓN.

A pesar de sus fundamentos en inconfesables razones de carencia de honor de quienes han sido condenados a penas de prisión, a pesar de que su imposición se rigen por modelos de automatismo y determinismo contrarios a los principios que inspiran el sistema de sanciones, a pesar de que erigen graves barreras a los procesos de reinserción social, a pesar de que son penas, en ocasiones, más graves que las penas principales y a pesar de que, en definitiva, nos encontramos ante penas difamantes constitucionalmente prohibidas; a pesar de todas estas circunstancias, observamos, con preocupación, que las penas accesorias continúan con un proceso de consolidación expansiva imparable.

Sin embargo, la respuesta de la ciencia penal y de la jurisprudencia a este fenómeno se caracteriza por una parálisis acrítica inexplicable. A penas hemos encontrado en el panorama nacional trabajos en los que se aborde críticamente la accesoriadad punitiva y se ponga, sencillamente, su desaparición de *lege ferenda*.

Nuestra intención, pues, con esta modesta publicación en merecido homenaje a Francisco Bueno Arús, es animar a una revisión crítica sobre la conveniencia de mantener sistemas de determinación punitiva preveccarianos, ajenos a los fines de resocialización. Los condenados a pena de prisión no pueden ser tratados de forma difamante añadiendo a aquella nuevos castigos automáticos y ajenos a la gravedad del injusto. O si se quiere, permítaseme que lo exprese con unas reflexiones aún más certeras que las precedentes escritas por Bueno Arús en el año 1965, unos tiempos en los que dichas ideas no solo eran auténticamente precursoras sino que reflejaban una profunda convicción democrática, garantista y humanitaria en quien de esa manera se expresaba: “El sujeto pasivo del ordenamiento punitivo no pierde su condición de miembro de la comunidad cuando la amenaza potencial del legislador se concreta para

él en la aplicación efectiva de una pena; ni pierde, en consecuencia, la titularidad de los derechos que las Constituciones o las Leyes fundamentales reconocen y proclaman, salvo en cuanto sea precisamente el objeto intrínseco de la pena impuesta”¹

2. EL ORIGEN Y LOS FUNDAMENTOS DE LA ACCESORIEDAD DE PENAS.

I. Con anterioridad a los textos codificados encontramos ya algunas penas acompañadas de otras que vienen a agravar la intensidad del castigo. El Código de 1822, al igual que las Partidas (L.2. Tit. 18. P IV), consideraba muertos civilmente a quienes eran condenados a las penas de trabajos perpetuos, deportación o destierro perpetuo del Reino. Estos tenían un plazo para arreglar sus asuntos, hacer testamento y disponer libremente de sus bienes, pasado el cual se entendía como un supuesto de abintestato. No podían adquirir bien alguno ni por sucesión ni por otro título e, incluso, en el supuesto de que el condenado a estas penas estuviere casado, su matrimonio se entendía disuelto, salvo que la esposa lo acompañase a su destierro o deportación (Art. 53).

Por su parte, los Códigos de 1848 y 1870 amplían considerablemente el espectro de las penas accesorias, porque si bien, rebajan la dureza de la muerte civil del texto precedente, sustituyéndola por la interdicción civil, la inhabilitación absoluta y la sujeción a vigilancia de por vida, como contrapartida, asocian a un importante número de penas, otras accesorias. En el Código de 1848, por ejemplo, la pena de muerte no ejecutada, llevaba como accesoria la inhabilitación absoluta y el sometimiento a vigilancia de por vida (Art. 51). Las penas de argolla y degradación civil se acompañaban de la inhabilitación absoluta perpetua y la sujeción a vigilancia de la autoridad de por vida. La cadena temporal llevaba consigo la interdicción civil durante el tiempo de la condena, la inhabilitación absoluta y la vigilancia de autoridad durante el mismo tiempo (Art. 55) y así sucesivamente hasta completar la práctica totalidad del catálogo de penas.

El panorama no era distinto en el derecho comparado de la época. A los condenados se les privaba en concepto de penas accesorias de títulos, honores, profesión militar, derechos civiles y otras pérdidas, tan inexplicables hoy, como el derecho a la matrícula, si se trataba de un estudiante (Art. 23 del Código austriaco). El análisis comparativo nos permite ilustrar el absoluto desorden que imperaba en torno al uso de las penas accesorias y la escasa seguridad jurídica que acompañaba su aplicación, en unos momentos -sobre todo a partir del Código de 1870- en el que comenzaba a preocupar que los condenados disfrutaran de los derechos de las personas reconocidos por las leyes, no afectados por la condena.

El Código español de 1928, con el que se inaugura el siglo, muy influido por el positivismo, ofrece un panorama distinto a sus predecesores en este tema. El legislador renuncia a la denominación de penas accesorias, para pasar a considerarlas efectos de otras penas, siguiendo el modelo inaugurado por el Código italiano de 1889 de Zanardelli. Su empleo sigue extendiéndose a todas las penas privativas de libertad, incluso, a las penas leves. Únicamente, en caso de que la pena principal fuera el arresto domiciliario, el juez podía acordar que el condenado continúe con sus ocupaciones

¹ Bueno Arús, *Los principios políticos de un sistema penitenciario*. En Revista Penal Penitenciaria (Santa Fé), núms. 3-4, 1965. También en *Estudios penales y penitenciarios*. Madrid 1981. Pág. 126.

siempre que no sean incompatibles con la ejecución de la pena principal. El cambio en la denominación acentúa aún más el carácter automático de las penas accesorias, si bajo la vigencia del resto de los códigos por expresa referencia del legislador el órgano judicial se veía obligado a condenar en la sentencia a las penas accesorias, aun cuando lo hiciera a su principal, el Código de 1928 al convertirlas en meros efectos de estas permite prescindir de esa garantía procesal.

La consideración de las penas accesorias como simples efectos de otras penas no se mantendría en los textos posteriores, probablemente porque en ello se vio una fuente de inseguridad jurídica y de endurecimiento del conjunto del sistema penal. De manera que el Código republicano de 1933 recupera el *nomen iuris* de penas accesorias a la vez que crea una sección específica para ellas, modelo que se va a mantener hasta nuestros días. Con la incorporación dentro de esta sección del comiso, que tiene más relación con las exigencias penológicas de algunos delitos patrimoniales, que con la idea de la accesoriedad de penas principales, se inicia también en el Código de 1933 una técnica legiferante que consiste en utilizar el epígrafe de penas accesorias a modo de cajón de sastre en el que se irán incluyendo aquellas reformas del sistema de penas que no encaja en los apartados ya conocidos.

Al desaparecer las penas a perpetuidad, desaparecen consiguientemente las accesorias perpetuas. Aunque las accesorias siguen acompañando a la práctica totalidad de las penas menos a las leves, su número se ha visto considerablemente reducido. Pocas novedades que destacar en el Código de 1944 salvo que con la recuperación de la pena de muerte, se recupera la accesoriedad de interdicción civil e inhabilitación para cuando aquella no se ejecutase.

En un contexto de evolución reduccionista de lo que, a nuestro juicio, no es sino una particular regla de determinación de las penas, nos sorprende el empuje expansivo que han recibido con el Código de 1995 y que se ha consolidado con la reforma de 2003. Todavía resulta más llamativo este respaldo si se considera que ya algunos países, tan cerca del nuestro como Portugal, establecen como principio general que ninguna pena puede tener como efecto necesario la pérdida de derechos civiles, profesionales o políticos (Art. 65).

II. Llama la atención el escaso interés que nuestra ciencia penal moderna y nuestra jurisprudencia presta a las penas accesorias. Apenas encontramos trabajos monográficos y los tratados se limitan, por lo general, a un análisis positivo de las mismas. Falta una reflexión crítica sobre la conveniencia de que sigan existiendo y, lo que es aún más sorprendente, tras las últimas reformas, que se siga ampliando en su número y efectos. La supervivencia histórica y la generalizada aceptación de la mismas en el derecho comparado, parece que fueran razones suficientes para su mantenimiento. Pero no es más alentadora la actitud de la jurisprudencia que, presa de la norma positiva, se muestra escasamente interesada en interpretar este expediente a la luz de los principios y garantías del sistema penal. El condenado tiene que soportar la desagradable sorpresa de una sentencia en la que se le informa que también ha sido condenado a las “accesorias correspondientes” sin mayor esfuerzo por concretar cuales pueden ser éstas.

En una revisión crítica de la accesoriedad punitiva es conveniente analizar que razones históricas han movido al legislador a incluir este modelo de imposición de

penas. A pesar de la impresión desordenada que ofrecen y de su aparente injustificación ya los comentaristas de los primeros códigos coinciden en los mismos argumentos justificativos. Para Gómez de la Serna/Montalbán la razón de su existencia está en el interés público, más concretamente, en el decoro de los cargos públicos y en el peligro de confiar el ejercicio de los derechos políticos a personas que han sido objeto de sentencias “terribles”². En el mismo sentido, señala Groizard en relación al Código de 1870 y a la pena de presidio mayor, que es bastante grave como para que quien la sufra no decaiga para siempre “del público concepto”³.

Por más que pueda sorprender por tratarse de un argumento radicalmente opuesto al sentido que el legislador pretende dar al condenado como sujeto de plenos derechos, nuestro TS sigue recreándose con argumentos muy similares, como sucede en la STS 03/02/03 que justifica que las inhabilitaciones para cargo público acompañen a la prisión porque es “incompatible con las exigencias de todo orden -incluso de honorabilidad- que conlleva el ejercicio de un cargo público, por lo que resultan inherentes, en principio, a la naturaleza de la pena de prisión establecida en la condena, con independencia de su relación directa con el delito cometido”.

A estas razones se añadían otras de tintes pragmáticos para justificar porque las penas privativas de libertad a perpetuidad o las que expulsaban de nuestro país de forma definitiva a los condenados, se acompañaban de la interdicción -pena que imposibilitaba ejercer los derechos civiles-. Así, Pacheco⁴, consideraba que mantener al condenado en el ejercicio de esos derechos no sólo carecía de utilidad, sino que representaba una carga gratuita para sus familiares. ¿Cómo va a ejercer la patria potestad o a gestionar su patrimonio, se preguntaba este autor, quien nunca más saldrá de la cárcel o volverá a su país?

En uno y otro caso los argumentos nos reconducen por igual a la idea de la expulsión a través de la pena. Como señaló Garofalo cuando un hombre ha incurrido en la violación de las reglas de conducta esenciales, para la clase, orden o asociación a la que pertenece, la reacción se manifiesta por medio de su expulsión, expulsión social y no física de quien a través de la infracción ha manifestado una adaptación deficiente o incompleta⁵. Rocco, por su parte, destaca en el comentario al Código italiano que las penas accesorias son complementarias, ayudan a las principales a conseguir los fines previstos. La prisión expulsa a la persona en su dimensión física, las penas accesorias lo hacen en su dimensión civil. Si hasta el siglo XIX, las leyes no contemplaban otra forma de expulsión que la muerte, las reclusiones a perpetuidad o el destierro, con la Ilustración, surgirían nuevos modelos adecuados a un entorno social y cultural más permisivo, como la interdicción o muerte civil, que, ya en nuestros días, serían nuevamente sustituidos por la inhabilitación absoluta o especial o la expulsión del país, tratándose de extranjeros. Pero los basamentos ideológicos apenas han variado. Las penas accesorias no se fundamentan en la comisión de ciertos delitos, sino en algo mucho más insoportable desde la óptica del Estado de Derecho: la condición de penado. Las penas accesorias tienen mucho más que ver con el Derecho penal de autor que con la responsabilidad por el hecho delictivo.

² Gómez de la Serna/Montalbán. Elementos del Derecho civil y penal de España. T. III. Madrid. 1877. Pág. 111.

³ Groizard y Gómez de la Serna. El Código penal de 1870. Concordado y comentado. T. II. Burgos. 1872. Pág. 301.

⁴ Pacheco. El Código penal concordado y comentado. T. I. Madrid. 1848. Pág. 385.

⁵ Garofalo. La Criminología. Estudio sobre el delito y la teoría de la represión. Madrid. 1890. Pág. 308.

Semejante conclusión no iba a pasar desapercibida para un tratadista de la talla de Groizard, a quien corresponde la siguiente reflexión sobre la justificación de las penas accesorias:

“Figura, en primer lugar, por no decir exclusivamente, la idea de castigo, y parece que a los penados se les trata con dureza por creer que lejos de corregirse y enmendarse y proceder con rectitud y prudencia, habrán de separarse cada vez más del buen camino que abandonaron; idea que si tiene algo de exacta por la mala atmósfera que se respira en nuestros presidios, no lo es en todo, y, que en último lugar no es fundamento sólido para tomar como base indestructible de justicia”⁶.

Más recientemente se ha defendido en la doctrina el fundamento preventivo especial, no en un sentido reeducador, sino próximo a las ideas de la prevención especial natural. El objetivo alejamiento del sujeto de ciertas funciones o de ciertas personas o situaciones es una garantía de que no recaerá en el delito. Una reactivación de la prevención especial inocular. Independientemente del juicio que merezca concebir las estrategias preventivas especiales como fuente de limitación de los derechos civiles de las personas y no como dinamización de los mismos, parece evidente que la regulación actual de la accesoriedad punitiva va mucho más allá de esos planteamientos. No sólo porque se impone automáticamente sin que vaya precedido de un informe que cohoneste su imposición con esas metas preventivas, sino porque su imposición se hace depender aleatoriamente de unas penas, consideradas principales, y no de esas situaciones de riesgos.

3. VALORACIÓN DE LA ACCESORIEDAD A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DEL SISTEMA DE PENAS.

I. Por más que el legislador se refiera a penas accesorias, como unidades punitivas distintas, en realidad bajo este epígrafe nos encontramos con unas reglas especiales de determinación de las penas, complementarias y subsidiarias de las reglas generales, en los términos que veremos más adelante. En este sentido, nos parece más acertado hablar de la *accesoriedad punitiva* como un grupo de reglas específicas de determinación de las penas. Las llamadas penas accesorias coinciden siempre en sus contenidos con algunas de las penas recogidas en el catálogo general (Art. 33 CP) y las únicas diferencias que presentan son las reglas que se emplean para su determinación temporal. No obstante, la accesoriedad punitiva analizada desde las exigencias de los principios que informan y garantizan la aplicación de las penas presenta graves objeciones, que harían recomendable *lege ferenda* su desaparición, permitiendo tan sólo que se apliquen en relación con delitos concretos en el marco de la regulación de penas coprincipales. De esta forma se mantendrían sometidas a las garantías de las reglas generales de determinación. Veamos, cuales son estos aspectos críticos.

II. Como ya sabemos el Código penal parte del principio de responsabilidad por el hecho. El delito, único fundamento posible de la pena, es, antes que nada, una acción u omisión (Art. 10 CP) y la culpabilidad, como principio que limita el *ius puniendi*, garantiza que nadie puede hacerse responsable ni por su forma de

⁶ Groizard y Gómez de la Serna. El Código penal de 1870. Concordado y comentado. T. II. Burgos. 1872. Pág. 242.

conducirse en la vida, ni por sus convicciones, ni por su raza, ni por su religión, ni tampoco por su condición jurídica. Únicamente, el hecho doloso o culposo permite aplicar una pena. Esta vinculación de la pena al injusto, como consecuencia del principio de culpabilidad, esta ausente en las penas accesorias, las cuales se aplican de forma automática cuando la persona es condenada a otras penas distintas, de las que dependen las accesorias.

Como apunta Mir⁷, la culpabilidad, como garantía de la persona frente a la potestad sancionadora del Estado, deriva del reconocimiento constitucional de la dignidad humana. En un Estado de Derecho la persona debe ser tratada dignamente, es decir, no puede ser limitada en sus derechos fundamentales, sino es por la singular realización de un hecho tipificado y antijurídico que lesiona o pone en peligro un bien jurídicamente protegido. La consideración de que el condenado a una pena de determinada gravedad, pierde, exclusivamente, por su condición jurídica el derecho a los honores, a los cargos y empleos públicos y a ejercer el derecho de sufragio pasivo que haya obtenido, sin necesidad de que estos tengan vinculación con el delito, ni siquiera que el ejercicio de los mismos pueda resultar incompatible con la ejecución de la pena principal, constituye, a nuestro juicio, un intolerable atentado a la dignidad de los condenados, residuos de viejas concepciones lombrosianas.

III. De la misma manera entendemos que las penas accesorias son un obstáculo injustificado para los fines resocializadores (Art. 25.2 CE). Por una parte, favorecen la autoexclusión del condenado. Las razones que inspiraron estas penas en sus orígenes están aún vigentes. Detrás de ellas permanece como idea central que quien es condenado no ofrece ni garantías, ni confianza a la sociedad para ejercer la función pública y, por esta razón, se le excluye de esa posibilidad. Se trata de transmitir un mensaje eminentemente simbólico, ya que, considerando el perfil social y profesional de la población penitenciaria, son muy pocos a los que les puede afectar la imposición de una pena como la inhabilitación absoluta en otro plano, que no sea el meramente simbólico. Los tratadistas clásicos se encargaron de destacar que el efecto que se pretende con la pena accesoria es reforzar la idea de la exclusión social del infractor. Cuando estaba vigente la pena accesoria de degradación, el juez se dirigía al condenado en el momento de su ejecución y le arrancaba las insignias a la par que pronunciaba estas palabras: “la ley le degrada, por haberse el degradado a si mismo” (Art. 114 CPO 1948).

Pero, también, con las penas accesorias se levantan barreras que hacen aún más difícil el proceso de reinserción social. El condenado no puede acceder a ningún cargo o empleo público hasta tanto no haya terminado de cumplir la condena. Esto significa que durante el período que está disfrutando de la libertad condicional tampoco puede acceder a esos puestos de trabajo. Además, en un Estado de Derecho lo razonable es que quien no merece confianza para el ejercicio de un empleo o cargo público, tampoco la debe merecer para uno privado. Si la Administración discrimina mediante las penas accesorias, ¿dónde va a encontrar legitimación para impedir que aplique el mismo criterio discriminatorio el sector privado? ¿Cómo compaginar las penas accesorias con la prohibición constitucional de la discriminación (Art. 14 CE) o, más con-

⁷ Mir Puig. Derecho penal. Parte general. Barcelona. 2004. Pág. 132.

cretamente, con lo dispuesto en el Art. 73.2 LOGP en el que se afirma con rotundidad que los “antecedentes no podrán ser en ningún caso motivo de discriminación social y jurídica”? Son, pues, los antecedentes de la pena principal los que abren la posibilidad de discriminar en el ejercicio del empleo o el cargo público a los condenados.

IV. Tratando de buscar para la imposición de las penas accesorias una razón más ajustada a nuestro tiempo que las que se invocaron en el siglo XIX, se podría concluir que su existencia hoy estaría justificada por una presunta peligrosidad del condenado que no le hace merecedor de confianza para el ejercicio de la función pública. Pero semejante conclusión, encuentra también graves obstáculos para cohesionarla con los principios del Derecho penal. En primer lugar, la peligrosidad por si misma no es fundamento de las penas, sino de las medidas de seguridad. Pero aún más grave resulta explicar en que momento exige el legislador como presupuesto de su imposición verificar que el condenado presenta unos perfiles de peligrosidad insoportables para el ejercicio de la función para la que se le inhabilita.

V. Por otra parte, el automatismo hace a estas penas incompatibles con los principios generales del sistema penal. A pesar de que su gravedad en ocasiones, es muy superior a la de las llamadas penas principales, lo cierto es que respecto de ellas la discrecionalidad judicial se encuentra totalmente excluida, porque, como tendremos ocasión de ver más adelante, el órgano judicial no solo viene obligado a imponerlas, sino que la dimensión temporal de las mismas resulta predeterminada por la pena principal con independencia del delito cometido o de las circunstancias que concurren en el mismo. Ni criterios preventivos, ni de humanización del castigo pueden ser tenidos en cuenta por los tribunales en el proceso de imposición y concreción de estas penas.

Téngase en cuenta que por su naturaleza las penas accesorias guardan una relación mucho más estrecha con el delito que el resto de las penas. Es decir, los contenidos de las penas de prisión o multa tan solo variarían en su dimensión temporal y en función del desvalor del injusto y de la culpabilidad; pero no debe ser lo mismo en una pena que gira en torno a una serie de limitaciones civiles o profesionales del condenado. En estos casos, parece lógico que el legislador permita cierta discrecionalidad no solo para fijar los contenidos de la inhabilitación, sino también para determinar su gravedad, en función de circunstancias, por ejemplo, como el mayor o menor abuso del ejercicio profesional para cometer el delito.

VI. Estas objeciones enfrentan a la accesoriedad punitiva con los principios que informan el Derecho penal moderno y permite explicar la creación de un nuevo espacio punitivo bajo el dudoso epígrafe de consecuencias accesorias que se alimenta, precisamente, de sanciones procedentes del grupo de penas accesorias, como ha sucedido con el comiso en nuestro país o en Alemania. Las penas accesorias huidas del concepto de pena y trasladadas a este nuevo escenario con escasa elaboración doctrinal y jurisprudencial parecen liberadas de las cargas garantistas sin las cuales resultan inaplicables.

4. DEFINICIÓN Y RELACIÓN DE ACCESORIEDAD.

I. A tenor del Art. 54 CP las penas de inhabilitación son accesorias “cuando no están previstas especialmente para el delito, sino que la ley declara que otras penas las llevan consigo”. De acuerdo con esta definición la accesoriedad viene caracteri-

zada por dos elementos de signo contrario. Uno de carácter negativo, que el delito no tenga prevista específicamente esa pena, otro, de carácter positivo, que la ley la asocie a otra que juega el papel de principal.

Pero a lo largo del Código tenemos ocasión de comprobar que dicha definición no se corresponde con la realidad jurídica de la accesoriedad. En primer lugar, porque bajo esta denominación se recogen otras penas distintas a las inhabilitaciones, como pueden ser la suspensión del empleo o cargo público (Art. 56 CP) o las penas recogidas en el Art. 48 CP (Art. 57 CP). Por otra parte, en la propia Sección 5.^a (Tít. III), bajo esta modalidad de relacionar las penas, se recogen algunos supuestos en los que no se dan esas notas diferenciales. Concretamente, en el Art. 57 CP las penas accesorias allí contempladas no guardan relación con otras principales, sino con una serie de delitos. Por el contrario, las consecuencias accesorias previstas en el Art. 127 CP tienen un carácter más marcadamente accesorio, a pesar de no ser consideradas como tal por la ley, ya que su único presupuesto es una pena por un delito o falta dolosos. Dicho en otros términos todas las penas impuestas por infracciones dolosas llevan como accesorias algunas de las consecuencias recogidas en el mencionado precepto.

A pesar de que la definición empleada por el legislador en el Art. 54 CP no se corresponde con su desarrollo posterior, compartimos con él la idea de que *son penas accesorias aquellas que añaden a las penas principales nuevos efectos punitivos, distintos de sus contenidos naturales*.

II. La disciplina de la accesoriedad se concreta en una serie de directrices que han sido de aplicación obligada hasta nuestros días; sin embargo, la evolución de las llamadas penas accesorias desde el Código de 1995 ha dado lugar a nuevas formas de accesoriedad que no respetan aquellas, de manera que podemos afirmar que hoy nos encontramos con una *accesoriedad limitada*, lo cual no solo plantea numerosas interrogantes no resueltas por el legislador, sino que permite una reflexión crítica sobre el sentido de mantener en la actualidad la accesoriedad punitiva.

En concreto, la selección de los principios rectores de la accesoriedad punitiva, que estudiaremos a continuación, son el resultado expresivo de la voluntad del legislador de excluir cualquier margen de discrecionalidad judicial, tanto en la imposición como en la cuantificación de las penas accesorias.

1.- *Automaticidad*. Las penas accesorias se aplican en estrecha relación con sus correspondientes penas principales sin necesidad de que el legislador las haya previsto para el delito cometido. Las normas que recogen dichas penas son normas extensivas de penalidad. Sin aquéllas, éstas no podrían nunca aplicarse. En este sentido, constituyen una auténtica excepción al principio de proporcionalidad de las consecuencias jurídicas del delito, puesto que si la pena justa es aquella con la que aparecen castigados los delitos, la pena accesoria añade un plus punitivo que no depende del injusto sino de otros criterios político penales no justificados.

A pesar de ser penas adheridas a sus correspondientes principales, los tribunales están obligados a imponerlas expresamente en la sentencia, en los mismos términos que si se trata de penas principales.

El automatismo arrastra la pena accesoria junto a la principal en su devenir. No obstante, es compatible con cierta autonomía en relación con algunos expedientes.

Así, por ejemplo, los indultos pueden afectar indistintamente a una u otra pena, pero si se ejerciera el derecho de gracia sin mencionar la pena accesoria se entiende que ésta se verá afectada en la misma medida que la principal, salvo que se trate de la inhabilitación para cargos públicos y derechos políticos (Art. 6. Ley reguladora del indulto de 18 de junio de 1870).

De la misma manera la automaticidad obliga a aplicar la suspensión de la ejecución de la pena principal a la accesoria. Este efecto extensivo no se producirá, en cambio, cuando la pena accesoria debilita su relación con la principal porque ya no se aplica automáticamente, sino guiada por sus propios criterios y generalmente con sus propias reglas de determinación temporal. Entonces la concesión de cualquiera de las formas suspensivas o sustitutivas que contempla la legislación sólo será de aplicación a la pena principal.

2.- *Coincidencia temporal.* Las accesorias duran, señala el Art. 33.6 CP, lo que duran las penas principales. Por esta razón los tribunales no están obligados a someterlas a las reglas de determinación. Se entiende que la pena accesoria durará lo que dure la principal en su magnitud concreta, es decir, una vez descontada el tiempo de las medidas cautelares que el condenado haya podido sufrir durante la instrucción.

Esta directriz solo es respetada en el Art. 55 CP, pero no en los supuestos recogidos en el Art. 57, en el que las penas accesorias no tiene porque coincidir con sus principales. Para superar esta contradicción se ha modificado la regla general de coincidencia temporal, señalando que la misma no tendrá que respetarse si expresamente así se indica en algún precepto del Código. De esta manera sólo se resuelve el problema formal, pero queda aún por saber a que reglas de determinación deben someterse las penas aparentemente accesorias del Art. 57 CP.

En relación con la coincidencia temporal se plantea la duda sobre cuando se inicia el computo de las penas accesorias en aquellos casos en los que el condenado ha sufrido prisión preventiva. Efectivamente, si nos atenemos a criterios formales la pena accesoria no puede entenderse aplicada hasta que no se produce la sentencia firme. Sin embargo, la pena accesoria sobreviviría siempre a la principal y, por tanto, no sería simultánea si no se le abonara también el tiempo sufrido en prisión preventiva o se le compensara en la misma medida que a la principal por la medida cautelar impuesta durante la instrucción, a pesar de que para la prisión preventiva no está prevista ningún tipo de medida cautelar accesoria análoga a las penas de esta naturaleza.

3.- *Incompatibilidad con penas de idéntica naturaleza (Principio de subsidiariedad de las penas accesorias).* Las penas accesorias son incompatibles con las penas principales que tenga idéntica naturaleza. Si el delito cometido tiene específicamente previsto la imposición de la pena de inhabilitación, en cualquiera de sus modalidades, los tribunales se abstendrán de aplicarlas como pena accesoria. No se trata de un caso de extinción de penas, sino de desplazamiento motivado por razones no fáciles de entender. Aparecen las penas accesorias aquí con un carácter subsidiario, de forma que el Código pretende asegurar que determinados condenados no accedan al ejercicio de ciertos derechos durante el cumplimiento de su condena. Si esto se puede alcanzar mediante penas principales ya previstas para el delito de que se trate, no tiene justificación mantener las accesorias.

La incompatibilidad, en principio dispuesta para la accesoriedad de la inhabilitación absoluta con la prisión superior a los diez años, debería ser también de aplicación para el resto de las accesorias. Esta interpretación extensiva, que nos parece la más acertada, responde a un ejercicio de coherencia. Si para el caso más grave de accesoriedad, que es el que acabamos de referir (Art. 55 CP), se produce este efecto de desplazamiento, con más razón se debe producir para el resto, en los que el legislador se preocupa por preservar la proporcionalidad (“atendiendo a la gravedad del delito”) y se preocupa porque la imposición de la pena accesoria se justifique por el abuso que el autor ha hecho del derecho para el que se va a inhabilitar.

A pesar de todas estas razones la reforma 15/2003 nos ha sorprendido con una disposición expresa en el sentido contrario (“*Lo previsto en este artículo se entiende sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en otros preceptos de este Código respecto de la imposición de estas penas*” Art. 56. 2 CP).

De acuerdo con el carácter subsidiario de las penas accesorias, en los casos en que corresponda desplazar una de las penas idénticas concurrentes, se entiende que se desplazan las accesorias y no las correspondientes principales, que mantendrán la duración resultante de aplicar las reglas generales. No está previsto por el legislador un desplazamiento parcial de la pena accesoria. Esta solución puede beneficiar al condenado en aquellos supuestos en los que la pena principal desplazante tiene una duración inferior a la que podría tener la pena accesoria desplazada.

4.- *Simultaneidad*. Las penas accesorias no sólo duran lo que dura la principal, sino que se cumplen materialmente durante el mismo espacio de tiempo. La literalidad del Art. 55 CP no permite otra interpretación cuando dispone que la inhabilitación absoluta irá con su pena principal “durante el tiempo de la condena”. Nuevamente, nos encontramos con una regla que ha sido excepcionada con las últimas reformas introducidas en relación con este tema. El Art. 57 CP obliga a prorrogar la vida de la pena accesoria más allá de la pena principal cuando el condenado lo ha sido a prisión.

A pesar de esta simultaneidad, las penas accesorias tienen su propia vida, durante la cual imponen al condenado unas restricciones en función de su naturaleza. De manera que la pena accesoria puede ser quebrantada y dar lugar con ello a nuevas responsabilidades en los mismos términos que la pena principal.

5. LA CLASIFICACIÓN DE LA ACCESORIEDAD PUNITIVA.

Para poder establecer algunas pautas y, en definitiva, alcanzar unos mínimos de perfectibilidad teórica sobre la accesoriedad punitiva, la doctrina penal ha ensayado algunos criterios diferenciadores.

Ya Liszt, que empleaba para este grupo de penas la elocuente denominación genérica de “penas accesorias contra el honor”, distingue en su Tratado entre las *simultáneas* y *subsiguientes*, estas últimas caracterizadas por ser susceptibles de ejecución después de cumplida la pena principal. La secuencialidad es extraña a la relación accesoria, ya que para ella rige comúnmente el principio de la simultaneidad más acorde con su carácter automático. No obstante, nuestro Código acaba de incorporar recientemente penas accesorias cuya vida se prolonga más allá de su correspondiente penal principal (Art. 57 CP).

En nuestro país Saldaña refiriéndose al Código Penal de 1870 distingue entre las penas accesorias *generales* y *específicas*. Las generales se aplican junto a todas las penas, mientras que las específicas van asociadas a penas determinadas. En el Código de 1870 formaban parte del primer grupo la degradación, la interdicción civil, el comiso y el pago de costas. El Código vigente permite mantener parcialmente esta distinción. Si tomamos en consideración la pena principal se da un supuesto de accesoriedad genérica en el Art. 57, en el que todas las penas pueden eventualmente acompañarse de otras que harían el papel de accesorias en determinados delitos.

Sobre las bases de la distinción de Saldaña y teniendo en cuenta nuestro Código el carácter específico de la accesoriedad puede venir determinado bien por la naturaleza de la pena principal (Arts. 55 y 56 CP) o bien por la del delito cometido (Art. 57 CP).

No todos los supuestos de penas accesorias se regulan mediante normas generales. El Libro II nos ofrece algunos ejemplos de accesoriedad punitiva específica, como es el caso recogido en el Art. 369.2.1 CP que prevee, para cuando concurren ciertas agravantes específicas, acompañar la pena principal de la imposibilidad de obtener subvenciones o incentivos fiscales durante el tiempo que dure la pena privativa de libertad impuesta (En términos similares, vid. Arts. 288, 302.2, 305, 308 CP). En el Art. 545 se aplica la inhabilitación absoluta con algunas de las características de la accesoriedad, como el automatismo, la simultaneidad y, en especial, la coincidencia temporal.

Mayor interés ofrece la distinción entre las penas accesorias *discrecionales* y penas accesorias *fijas*. Las primeras se imponen preceptivamente, en tanto que las segundas introducen una cierta discrecionalidad judicial. Es fijo el supuesto del Art. 55 CP, mientras que es discrecional el del Art. 57 CP. A pesar de su nueva redacción el Art. 56 CP se debe incluir a nuestro juicio dentro de este segundo grupo. Esta distinción tiene importantes consecuencias procesales, ya que la omisión en el fallo condenatorio de las accesorias fijas resulta irrelevante, pero no lo es en cambio, cuando se trata de penas accesorias en las que existe discrecionalidad judicial para imponerlas. En el primer caso, se puede acudir a la corrección de errores materiales de las sentencias o puede subsanarse mediante un recurso de casación por infracción de ley (STS 06/03/00), en el segundo, no. Por otra parte, la imposición de las fijas debe hacerse de oficio aun cuando no haya habido solicitud expresa por la parte acusadora, sin que ello suponga lesionar el principio acusatorio (STS 26/01/99).

Por último, teniendo en cuenta su duración las penas accesorias pueden ser *temporales* o *perpetuas*. Son estas últimas las que ocasionan en el condenado restricciones irreversibles, tales como la pérdida definitiva de un cargo público. Dentro de las penas temporales podemos, a su vez, distinguir entre aquellas que carecen de reglas para determinar su duración, porque duran lo que duran las penas principales y aquellas otras que disponen de sus propias reglas y, en consecuencia, que su duración puede no coincidir con la de la pena principal.

6. DISTINTOS MODELOS DE ACCESORIEDAD EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE.

A tenor de la Sec. 5.^a del Capítulo 1.^o del Título III del Libro I de nuestro Código existen tres modelos de accesoriedad punitiva, que se corresponden con los tres artículos que conforman dicha Sección. Del análisis de los mismos, que realizaremos a

continuación, se desprende la escasa homogeneidad que presentan. En muchos casos sencillamente se ha prescindido de las directrices que inspiran la accesoriedad y se trata tan solo de encubrir bajo esa relación auténticos supuestos de penas principales alternativas que han sido traídas a la parte especial desordenadamente para asegurar su aplicación universal allá donde no ha sido prevista en la parte especial y pueda ser recomendable, sin considerar que con ello se provoca una expansión injustificada y desproporcionada de las mismas.

I. La accesoriedad propia de las penas de prisión superiores a los diez años (Art. 55 CP)

La pena de prisión igual o superior a diez años llevará consigo la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, salvo que ésta estuviere prevista como pena principal para el supuesto de que se trate (Art. 55 CP). Nos encontramos ante una relación de accesoriedad en sentido estricto, en la que concurren las características que históricamente la han definido. Como quiera que la duración de la inhabilitación absoluta viene determinada por la de la prisión, en ocasiones es posible que aquélla resulte de una duración superior a los veinte años, que establece el Art. 40 CP como tope máximo.

Por más que pueda resultar incompatible la aplicación simultánea de ambas penas “por su naturaleza y efectos” (Art. 73 CP), la accesoriedad obliga a su ejecución paralela (“durante el tiempo de la condena” Art. 55 CP). La accesoriedad en estos términos se extiende también a otros expedientes como es la eventualidad de un indulto. Cuando el condenado resulta agraciado por la concesión de un indulto total o parcial el mismo se proyectara sobre la pena accesoria, reduciéndola en idéntica proporción a su principal.

En cambio, la relación de accesoriedad no se ve modificada por los distintos regímenes penitenciarios por los que pueda pasar el condenado durante la ejecución de la prisión, ya que en todos ellos se sigue ejecutando ésta, incluso cuando se disfruta de la libertad condicional.

En cuanto a sus contenidos la pena de inhabilitación absoluta mantiene los mismos tanto cuando se impone como pena principal, como cuando es pena accesoria.

II. La accesoriedad impropia de las penas de prisión inferiores a los diez años (Art. 56 CP)

Con las penas de prisión inferiores a los diez años se impondrán como accesorias, alguna o algunas de las siguientes:

- Suspensión del empleo o cargo público.
- Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.
- Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, si estos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el artículo 579 de este Código.

Aparentemente nos encontramos con una norma secuencial con respecto a la anterior. Una y otra, en definitiva, aseguran que los condenados a penas de prisión, por muy corta que sea la condena, sufrirán además de la pérdida de la libertad ambulatoria la merma en el ejercicio de algunos derechos que ni guardan relación con el delito cometido, ni tampoco son efectos naturales de la pena de prisión. Este es el sentido último que se pretende con la accesoriedad punitiva.

Sin embargo, el modelo de relación punitiva seguido aquí por el legislador no es fiel a las reglas generales de la accesoriedad, en especial tras la reciente reforma del Art. 56. Dicho precepto ha sido objeto de una reformulación en profundidad que venía motivada por un texto precedente confuso que planteo a nuestra jurisprudencia serias dudas sobre cual era su alcance. Concretamente, se cuestionaba, en primer lugar, la obligatoriedad de aplicar en todo caso las penas accesorias y, en segundo lugar, la posibilidad de aplicar sólo una de ellas o varias conjuntamente. La Consulta 2/2000 del TS venía a corroborar lo que ya era asentada jurisprudencia (SSTS 23/03/99; 25/09/99; 18/10/99 y otras) y optaba por la interpretación más rigurosa de todas las posibles, que a la postre ha influido de forma decisiva en la reforma 15/03.

El texto actual deja expresamente aclarado que el órgano judicial debe por obligación imponer alguna de las penas que recoge el precepto, lo puede hacer, incluso, de oficio y, en segundo lugar, que puede imponer varias de ellas. Con esta solución resulta que las accesorias de la prisión inferior a los diez años pueden ser, paradójicamente, mucho más graves que las que acompañan a la prisión superior a los diez años ya que la inhabilitación absoluta sólo va referida a cargos o empleos públicos, mientras que la inhabilitación especial se extiende también a las profesiones u oficios. Aún resulta más gravosa la accesoriedad para penas de prisión inferiores a los diez años si tenemos en cuenta que dichas penas podrán imponerse sin perjuicio de lo dispuesto sobre las mismas en relación con delitos concretos, es decir, que son compatibles con penas idénticas impuestas como principales. Pero lo que nos interesa destacar es que esta posibilidad contradice una de las reglas de la accesoriedad que hemos estudiado anteriormente, según la cual las accesorias son incompatibles con sus homólogas principales. De nuevo aflora en el texto legal el desorden entorno a la accesoriedad punitiva porque en su nueva redacción se menciona expresamente que las penas recogidas en el Art. 56 CP se podrán imponer como accesorias, lo que de acuerdo con el tratamiento que las mismas reciben en relación con la prisión superior a diez años significa que no son compatibles con sus homólogas.

No obstante, se mantiene la cláusula (“atendiendo a la gravedad del delito”) cuya interpretación, ahora, puede resultar problemática. En sintonía con la interpretación que de la misma hacía la jurisprudencia precedente (STS 26/01/99) y para no optar por su absoluta irrelevancia, se puede convenir que con dicha cláusula se pretende limitar el uso de las penas accesorias automáticas en este supuesto a la prohibición del sufragio pasivo, siendo de aplicación las demás cuando se encuentre justificada por la naturaleza del delito y por la verificación en la vista oral de que el condenado hizo uso de la profesión o cargo público para cometerlo. Con esta solución se alcanza, a su vez, un uso ponderado de las inhabilitaciones en proporción menos grave y decreciente a los casos en que concurren penas superiores a los diez años.

Bien es cierto que en la mayoría de las ocasiones en las que el condenado se aprovechó de su empleo público, de su profesión o su oficio para la comisión del delito,

estas inhabilitaciones laborales le vendrán ya impuestas como pena principal. Lo que no se alcanza a entender es porque se han hecho compatibles con las accesorias de idéntico contenido. Quizás así se aprecia con mayor evidencia el sinsentido de mantener la accesoriedad punitiva en los términos de su regulación actual.

Como en el caso anterior, la relación de accesoriedad punitiva permite resolver los distintos expedientes de acuerdo con la reglas que rigen esta especial relación entre penas, salvo en los que se refiere a la compatibilidad con penas de idéntica naturaleza. En especial entendemos que está garantizado el cumplimiento simultáneo de la accesoria junto con la principal y, si concurriera además otra pena idéntica a aquélla, se cumplirá al concluir la principal.

III. La accesoriedad impropia respecto de ciertos delitos (Art. 57 CP)

A) El tercer modelo se encuentra también alejado de las reglas generales de la accesoriedad punitiva. Forman los tres modelos una suerte de círculos concéntricos y de ellos este es en el que de forma más debilitada se observan las reglas generales. El Art. 57, en el que se incluye, regula una compleja relación de accesoriedad que -como en el caso anterior- más bien nos recuerda una relación de penas principales mediante una cláusula general en el Libro I, lo cual tampoco es excepcional porque se vuelve a plantear en relación con las consecuencias accesorias.

La regla troncal (Art. 57.1 CP) viene a establecer que el órgano judicial, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico y las faltas contra las personas (Arts. 617 y 620 CP), atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, de cinco si fuera menos grave de seis meses si fuera falta.

Las excepciones a la accesoriedad punitiva son las siguientes:

- En primer lugar, la pretendida pena accesoria se hace depender no de una principal, sino de la comisión de ciertos delitos, es del todo indiferente la naturaleza de la pena *principal*. El sentido de aplicar aquí las penas del Art. 48 es evitar que, en los delitos que afectan a bienes jurídicos personalísimos, el condenado vuelva a entrar en contacto con su víctima, al menos, hasta que no cumpla la pena. Su fundamento peligrosista le asemeja más a una medida de seguridad que a una pena y, de hecho, respecto a textos legales precedentes se discutía por la doctrina esta posibilidad. Sin embargo, el precepto ha ido mucho más allá porque junto a esos delitos que afectan a bienes personales encontramos otros patrimoniales o contra el orden socioeconómico en el que carece de justificación añadir estas prohibiciones accesorias.
- La aplicación es potestativa debiendo valorar la oportunidad de su imposición con dos criterios: uno de carácter objetivo que asegura el respeto al principio de proporcionalidad y, el otro, subjetivo que hace referencia a la peligrosidad. Si bien la peligrosidad no es el fundamento de la pena, sino de las medidas de seguridad, nos parece oportuno que se haga mención a ella, para asegurar que su imposición sea finalística y sometida siempre al principio de necesidad.

- En tercer lugar, la duración de la pena *accessoria* no viene comprometida por ninguna otra. El Código se limita a decir que no excederá de diez años, si el delito fuera grave, de cinco, si fuera menos grave y de seis meses, si fuera falta. Nada permite pensar que en la fijación temporal de estas penas se deba acudir a las reglas generales de determinación. Más bien, al contrario, los criterios expresados que deben servir para optar por su aplicación -gravedad de los hechos o peligro del delincuente- tendrán que ser empleados para fijar el tiempo de duración. Nos parece esta solución más acertada ya que garantiza mejor un sometimiento al criterio de necesidad, que inspira -como ya hemos señalado- la aplicación de este plus punitivo. Es posible que en la aplicación de esta norma se sobrepasen los límites temporales máximos de diez años establecidos para las penas recogidas en el Art. 48 CP, excepción expresamente contemplada en el Art. 40.5 CP. De esta manera el órgano judicial dispondrá de la máxima discrecionalidad, sin parangón a lo largo de todo el Código.

B) Debemos de entender que por razones sistemáticas, en este supuesto, la pena *accessoria* deberá cumplirse a la par que la otra y, por los mismos argumentos sistemáticos, si concurrieren otras penas de idéntica naturaleza dejarían de aplicarse. Por el contrario, las circunstancias que concurren en este particular supuesto de accesoriedad -mucho más debilitado que en los modelos anteriores- obliga a dar una respuesta distinta a los problemas de vinculación entre las dos penas concurrentes. Si el condenado se viera favorecido por un indulto sobre la pena *principal*, esto no afectaría a la otra ya que su aplicación no sólo no es automática, sino que responde a fundamentos distintos en su imposición y en su fijación temporal.

Hasta aquí lo que podemos considerar las condiciones generales de esta accesoriedad punitiva impropia del Art. 57 CP. Además, está previsto un endurecimiento cuando el “condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y 10 años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea”. El precepto muestra una imprecisión técnica lamentable. Se refiere a la pena en concreto (“impuesta en la sentencia”) y hace depender de ello un gravísimo endurecimiento de la otra u otras penas. Olvida el legislador que en el apartado anterior se le ofrece al órgano judicial dar una extensión a la pena accesoria menor que a la principal, en cuyo caso la regla anterior deviene en inaplicable. Veámoslo con un ejemplo:

Ej. La persona ha sido condenada a diez años de prisión y el órgano judicial de acuerdo con la gravedad del hecho y la peligrosidad del autor le prohíbe aproximarse a la víctima durante seis meses. Si hubiera que aplicar la disposición anterior, la prohibición de aproximarse tendría que durar once años aunque con ello se lesionen los principios de proporcionalidad y necesidad que inspiran la aplicación de estas penas.

Para hacer coherente este pasaje con el supuesto general, solo es de aplicación cuando el juez haya decidido previamente imponer cualquiera de las penas del Art. 48 CP y la duración de estas en ningún caso podrá excederse de los topes máximos señalados en el Art. 57.1 CP.

La imposición potestativa se torna obligatoria por ministerio legal cuando los delitos mencionados en el apartado primero del Art. 57 se cometen contra “quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior”.

Nos parece contradictorio que se impongan estas penas cuando resulten del todo innecesarias -por ejemplo, porque la víctima haya fallecido- o el condenado no sea peligroso. Para este supuesto se ha tenido en cuenta que el párrafo primero establece unos límites generales, que finalmente, resultan ahora excepcionados para permitir que la pena pueda sobrevivir a la de prisión.

Con carácter general las penas accesorias deberán de ser tenidas en cuenta junto con las principales a los efectos de las comparaciones resultantes de aplicar las reglas de los concursos. Pero mientras que tratándose de accesorias que cumplen con todas las directrices, las comparaciones concursales no resultan problemáticas, si lo son en cambio, en los modelos de los Arts. 56 y 57, en los que está previsto que la accesoria no coincida temporalmente con la principal. Un concurso real de dos penas de prisión de la misma duración puede resolverse a partir de la duración de la pena accesoria, determinándose los límites del concurso a partir de la duración de ésta. También las accesorias deben tenerse en cuenta en los concursos ideales, no sólo en las comparaciones internas, sino en las externas con las penas resultantes del concurso real.