

La respuesta al delito:
una introducción
a la teoría de la pena

ALFONSO ORTEGA MATESANZ

III ARANZADI

© Alfonso Ortega Matesanz, 2025
© ARANZADI LA LEY, S.A.U.

ARANZADI LA LEY, S.A.U.

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

e-mail: clienteslaley@aranzadilaley.es

Acceso a Soporte: https://areacliente.aranzadilaley.es/solicitud_alta_area_cliente

<https://www.aranzadilaley.es>

Primera edición: 2025

Depósito Legal: M-3016-2025

ISBN versión impresa: 978-84-1078-935-7

ISBN versión electrónica: 978-84-1078-940-1

Diseño, Preimpresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.

Printed in Spain

© **ARANZADI LA LEY, S.A.U.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, ARANZADI LA LEY, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

ARANZADI LA LEY no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, ARANZADI LA LEY se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

ARANZADI LA LEY queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

ARANZADI LA LEY se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **ARANZADI LA LEY, S.A.U.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Índice general

Página

| | |
|--------------------------|----|
| NOTA INTRODUCTORIA | 13 |
|--------------------------|----|

PRIMERA PARTE LA TEORÍA DE LA PENA

CAPÍTULO I

| | |
|---|-----------|
| LA TEORÍA DE LA PENA O DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO | 17 |
|---|-----------|

| | |
|--|-----------|
| 1. Las consecuencias jurídicas del delito | 31 |
|--|-----------|

| | |
|---|----|
| 1.1. <i>Consecuencias jurídicas principales: penas y medidas de seguridad</i> | 34 |
|---|----|

| | |
|---|----|
| 1.2. <i>Las consecuencias accesorias del delito</i> | 38 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| 1.3. <i>La responsabilidad civil derivada del delito</i> | 39 |
|--|----|

| | |
|-------------------------|-----------|
| 2. La pena | 42 |
|-------------------------|-----------|

| | |
|--|----|
| 2.1. <i>El concepto material de pena y las características del castigo penal</i> | 46 |
|--|----|

| | |
|--|----|
| 2.2. <i>Las clases de penas en el Código Penal español</i> | 68 |
|--|----|

| | |
|--|----|
| 2.2.1. <i>Penas principales y penas accesorias</i> | 68 |
|--|----|

| | |
|--|----|
| 2.2.2. <i>Clases de penas en cuanto al bien jurídico afectado o los bienes de los que privan</i> | 71 |
|--|----|

| | |
|--|----|
| 2.2.2.1. <i>Las penas privativas de libertad</i> | 73 |
|--|----|

| | <u>Página</u> |
|--|---------------|
| a) La pena de prisión | 75 |
| <i>a.1. La duración ordinaria de la pena de prisión en España</i> | <i>81</i> |
| <i>a.2. El límite mínimo: las penas de prisión de corta duración</i> | <i>88</i> |
| <i>a.3. La duración máxima de la pena de prisión en el Código Penal español (y las penas largas)</i> | <i>98</i> |
| b) La pena de prisión permanente revisable | 106 |
| c) La pena de localización permanente | 115 |
| 2.2.2.2. Las penas privativas de otros derechos | 127 |
| 2.2.2.3. Las penas pecuniarias | 129 |
| a) La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa | 150 |
| 2.2.3. La clasificación de las penas atendiendo a su gravedad | 160 |
| 2.2.4. Otras clasificaciones | 164 |
| 2.2.4.1. Clasificación de las penas en atención a su previsión legal o a su composición | 164 |
| 2.2.4.2. Penas originarias y penas sustitutivas | 165 |
| 2.3. <i>Las garantías del sistema de penas</i> | <i>166</i> |
| 2.3.1. El principio de legalidad | 166 |
| 2.3.2. El principio de proporcionalidad | 176 |
| 2.3.3. El principio de resocialización | 181 |
| 2.3.4. El principio de humanización o de humanidad de las penas | 186 |
| 3. Las medidas de seguridad | 188 |
| 3.1. <i>Supuestos de aplicación de las medidas de seguridad en el Código Penal español</i> | <i>194</i> |
| 3.2. <i>Clases de medidas de seguridad en el Derecho español</i> | <i>196</i> |
| 3.3. <i>Sobre la duración de las medidas de seguridad y sus límites</i> | <i>197</i> |

CAPÍTULO II

| | |
|--|-----|
| LAS TEORÍAS O DOCTRINAS SOBRE LOS FINES DE LA PENA | 203 |
| 1. Las teorías absolutas de la pena | 213 |
| 1.1. <i>El retribucionismo ético de Kant</i> | 223 |
| 1.2. <i>La retribución jurídica de Hegel</i> | 227 |
| 1.3. <i>A favor y en contra de las teorías absolutas</i> | 231 |
| 2. Las teorías relativas de la pena | 241 |
| 2.1. <i>Las teorías de la prevención especial: prevención especial positiva y prevención especial negativa</i> | 245 |
| 2.1.1. <i>La teoría de la prevención especial de Franz von Liszt</i> . | 249 |
| 2.1.2. <i>A favor y en contra de la prevención especial</i> | 251 |
| 2.2. <i>Las teorías de la prevención general</i> | 264 |
| 2.2.1. <i>La prevención general negativa o intimidatoria</i> | 266 |
| 2.2.1.1. <i>La teoría de la coacción psicológica de Feuerbach</i> | 270 |
| 2.2.2. <i>La prevención general positiva o estabilizadora</i> | 272 |
| 2.2.2.1. <i>La teoría de la prevención general positiva de Günther Jakobs</i> | 274 |
| 2.2.3. <i>A favor y en contra de la prevención general</i> | 279 |
| 2.2.3.1. <i>Sobre la prevención general negativa</i> | 281 |
| 2.2.3.2. <i>Sobre la prevención general positiva</i> | 292 |
| 3. Las teorías mixtas, unitarias o de la unión | 301 |
| 3.1. <i>La teoría dialéctica de la unión de Claus Roxin</i> | 305 |
| 4. Los fines de la pena en el Ordenamiento jurídico español: Constitución y Código Penal | 310 |
| 5. Apunte personal sobre las teorías de la pena | 340 |

SEGUNDA PARTE

EL PROCESO DE DETERMINACIÓN DE LA PENA

CAPÍTULO I

| | |
|--|-----|
| SOBRE EL SENTIDO Y LA FINALIDAD DE LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA | 359 |
| 1. Determinación de la pena a priori y determinación de la pena a posteriori | 365 |
| <i>1.1. Los distintos sistemas históricos de determinación de la pena</i> . | 369 |
| 2. La determinación de la pena a partir del contenido de las doctrinas sobre los fines de la pena y de la teoría del delito | 377 |

CAPÍTULO II

| | |
|--|-----|
| APROXIMACIÓN AL PROCESO DE DETERMINACIÓN DE LA PENA | 387 |
| 1. La determinación de la pena como concepto | 387 |
| 2. Las fases del proceso de determinación de la pena en general | 391 |
| <i>2.1. La determinación de la pena en la ley</i> | 391 |
| <i>2.2. La individualización de la pena por los tribunales</i> | 396 |
| <i>2.3. La determinación de la pena en fase de ejecución</i> | 398 |

CAPÍTULO III

| | |
|---|-----|
| EL SISTEMA ESPAÑOL DE DETERMINACIÓN DE LA PENA . | 403 |
| 1. Aspectos generales | 404 |
| 2. La determinación de la pena en la ley: el sistema de marcos penales | 408 |

| | <u>Página</u> |
|--|---------------|
| 2.1. <i>El marco penal genérico o abstracto</i> | 409 |
| 2.2. <i>El marco penal concreto</i> | 410 |
| 3. La individualización judicial de la pena | 412 |
| 3.1. <i>Determinación cualitativa de la pena o individualización judicial en sentido amplio</i> | 413 |
| 3.2. <i>Determinación judicial de la pena en sentido estricto o individualización judicial cuantitativa</i> | 417 |
| 3.3. <i>El deber de motivación de la pena impuesta</i> | 429 |
| 4. Las reglas de aplicación de las penas del Código Penal español | 434 |
| 4.1. <i>Las reglas generales de aplicación de las penas</i> | 435 |
| 4.1.1. El grado de ejecución del delito: el delito consumado y la tentativa | 435 |
| 4.1.2. La forma de participación en el delito | 442 |
| 4.1.3. Las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal: atenuantes y agravantes | 444 |
| 4.1.3.1. Las reglas ordinarias | 451 |
| a) Concurrencia de una sola circunstancia atenuante (art. 66.1.1. ^a CP) | 451 |
| b) Concurrencia de una o dos circunstancias agravantes (art. 66.1.3. ^a CP) | 452 |
| c) Ausencia de concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (art. 66.1.6. ^a CP) | 455 |
| 4.1.3.2. Las reglas extraordinarias | 463 |
| a) Concurrencia de dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias atenuantes muy cualificadas, sin la presencia de agravantes en ambos casos (art. 66.1.2. ^a CP) . | 464 |
| b) Concurrencia de más de dos agravantes, sin atenuantes (art. 66.1.4. ^a CP) | 468 |
| c) Reincidencia cualificada (art. 66.1.5. ^a CP) . | 471 |

| | <u>Página</u> |
|---|---------------|
| d) Concurrencia de atenuantes y agravantes (art. 66.1.7. ^a CP) | 477 |
| 4.1.3.3. Otras circunstancias de efectos privilegiados . | 480 |
| 4.1.4. La determinación de la pena en los delitos leves e imprudentes | 482 |
| 4.1.5. La determinación de la pena en las infracciones cometidas por personas jurídicas | 485 |
| 4.2. <i>Las operaciones aritméticas de determinación de la pena</i> | 486 |
| 4.2.1. La determinación del grado de pena | 487 |
| 4.2.1.1. Pena superior en grado | 489 |
| 4.2.1.2. Pena inferior en grado | 495 |
| 4.2.2. La estructuración de la pena en dos mitades: mitad inferior y mitad superior | 500 |
| 4.2.2.1. La división bipartita de la pena: las operaciones a realizar | 502 |
| 4.2.3. Cuestiones problemáticas derivadas del sistema de determinación de la pena (normas generales) y sus reglas aritméticas | 510 |
| 4.2.4. Duración y cómputo de las penas | 516 |
| 4.3. <i>Las reglas especiales para la aplicación de las penas</i> | 517 |
| 5. La determinación de la pena durante su ejecución: determinación en calidad y determinación en cantidad | 524 |
| BIBLIOGRAFÍA | 559 |

Capítulo I

La teoría de la pena o de las consecuencias jurídicas del delito

SUMARIO: 1. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO. 1.1. *Consecuencias jurídicas principales: penas y medidas de seguridad.* 1.2. *Las consecuencias accesorias del delito.* 1.3. *La responsabilidad civil derivada del delito.* 2. LA PENA. 2.1. *El concepto material de pena y las características del castigo penal.* 2.2. *Las clases de penas en el Código Penal español.* 2.2.1. *Penas principales y penas accesorias.* 2.2.2. *Clases de penas en cuanto al bien jurídico afectado o los bienes de los que privan.* 2.2.2.1. *Las penas privativas de libertad.* a) *La pena de prisión.* a.1. *La duración ordinaria de la pena de prisión en España.* a.2. *El límite mínimo: las penas de prisión de corta duración.* a.3. *La duración máxima de la pena de prisión en el Código Penal español (y las penas largas).* b) *La pena de prisión permanente revisable.* c) *La pena de localización permanente.* 2.2.2.2. *Las penas privativas de otros derechos.* 2.2.2.3. *Las penas pecuniarias.* a) *La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.* 2.2.3. *La clasificación de las penas atendiendo a su gravedad.* 2.2.4. *Otras clasificaciones.* 2.2.4.1. *Clasificación de las penas en atención a su previsión legal o a su composición.* 2.2.4.2. *Penas originarias y penas substitutivas.* 2.3. *Las garantías del sistema de penas.* 2.3.1. *El principio de legalidad.* 2.3.2. *El principio de proporcionalidad.* 2.3.3. *El principio de resocialización.* 2.3.4. *El principio de humanización o de humanidad de las penas.* 3. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD. 3.1. *Supuestos de aplicación de las medidas de seguridad en el Código Penal español.* 3.2. *Clases de medidas de seguridad en el Derecho español.* 3.3. *Sobre la duración de las medidas de seguridad y sus límites.*

El Derecho penal, tanto desde su vertiente objetiva —entendido como el conjunto de normas jurídicas reguladoras del poder punitivo estatal y de las

facultades para imponer y ejecutar determinadas sanciones que tiene atribuidas— como desde su vertiente subjetiva —en tanto que el *ius puniendi* es de titularidad exclusiva del Estado, único ente competente para dictar normas y aplicarlas, en caso de transgresión, a través de los tribunales—, puede ser estudiado como una especie de contrapeso o de mecanismo reactor, que parte de un presupuesto irrenunciable, la realización de uno o varios hechos punibles, y fija consecuencias jurídicas frente a la comisión del delito o delitos¹. El Derecho penal gira en torno al delito y la sanción que conlleva su realización.

El Derecho penal es, ante todo, una herramienta de control social altamente formalizada y de último recurso, cuyo objetivo final es posibilitar una convivencia libre y pacífica en comunidad². En la lucha contra el delito, tra-

1. LUZÓN PEÑA señala que «por Derecho objetivo (o simplemente derecho) se entiende el conjunto de normas jurídicas que regulan —en principio con pretensión de justicia— la vida social de una comunidad; mientras que el derecho subjetivo hace referencia a la facultad de actuar de alguien dentro de (o al margen de) ese conjunto de normas: se alude, pues, a la “facultad”, al tener “derecho a” algo». Refiriéndose en concreto al Derecho penal, resultaría que, «en sentido objetivo (*ius poenale*) es el conjunto de normas jurídico-penales, que rigen un sector especialmente conflictivo de la vida social. Entonces se podrá llamar derecho penal subjetivo a la facultad que tiene alguien: la sociedad, el Estado u otra comunidad —p.ej. la internacional— de castigar o imponer otras sanciones criminales (medidas de seguridad); y con ello se planteará no sólo el problema de si desde una perspectiva jurídica formal existe efectivamente esa facultad, sino también la cuestión metajurídica y, más concretamente, ideológica, de la legitimación o no de esa facultad, del fundamento o no de ese derecho a penar; cuestiones todas estas que se conocen bajo el nombre de *ius puniendi*». *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 21 [digital]. Para otra definición, puede verse ABEL SOUTO, M., *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado democrático*, Dilex, Madrid, 2006, pág. 15.
2. Su función, según MIR PUIG, es asegurar la existencia de la sociedad y sus intereses. *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2.^a ed., B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2002, pág. 52. Para MAURACH/ZIPF, «la tarea del derecho penal es la lucha contra el delito dentro del campo que le ha sido reservado y con los medios de poder que le han sido entregados de forma exclusiva». *Derecho penal. Parte general. 1. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*, traducción de la 7.^a ed., alemana por Jorge BOFILL GENZSCH y Enrique AIMONE GIBSON, Astrea, Buenos Aires, 1994, págs. 79-80. Según MATA y MARTÍN, «las leyes penales poseen una misión fundamental que consiste en tutelar las condiciones básicas necesarias para la vida social». «La ley como primera buena práctica penitenciaria», en CASTAGNA LUNARDI, F./DE MELO GOMES, M.A./MATA y MARTÍN, R.M. (coords.), *Ejecución penal: diálogos iberoamericanos*, Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, Brasília, 2024, pág. 32. Para KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, «el derecho penal debe asegurar que se respete la prohibición de dañar la salud de terceros». *Derecho penal. Parte general*, traducción de Italo REYES ROMERO y Lucía SOLAVAGIONE, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pág. 49.

tando de evitar los comportamientos más intolerables que quebrantan la paz social, la ley penal recurre a la amenaza con la imposición de penas y otras sanciones jurídico-criminales³, regulando además las condiciones y límites que deben regir su aplicación por los tribunales, así como algunos aspectos de su ejecución. Una comunidad que quisiera renunciar al poder punitivo —como bien señalan MAURACH/ZIPF⁴— se abandonaría a sí misma. El uso de la pena debe orientarse a la protección de los derechos de los ciudadanos⁵. Se habla también, en relación a penas y otras consecuencias jurídicas del delito, de medios de contención dirigidos a evitar «males mayores»⁶.

Esta función precautoria se logra —o se pretende lograr— no sólo mediante la amenaza legal⁷, sino también a través de la efectiva imposición de las penas y de su ejecución, ya que una coacción típica vacía de contenido carecería de toda eficacia para disuadir a los potenciales infractores y mantener el orden social⁸. La norma penal despliega una función motivadora de la conducta de los ciudadanos, prohibiendo la realización de los comportamientos sancionados con una pena u otra consecuencia jurídica del delito, o en su caso requiriendo o exigiendo un hacer (su omisión también conllevará una sanción). Las normas imponen reglas de conducta, cuya infracción detectada desencadena una reacción sancionadora, en este caso, penal⁹. Formalmente, los delitos son acciones u omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley (art. 10 CP).

3. Amenaza esta que es justa o lícita, porque es ejercida por el Estado soberano y se dirige al mantenimiento del orden jurídico, como pone de manifiesto BERISTAIN IPÍÑA. *Cuestiones penales y criminológicas*, Reus, Madrid, 1989, págs. 141-142.
4. *Derecho penal. Parte general. 1...*, cit., pág. 85.
5. FREUND, G./ROSTALSKI, F., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, 3. Auflage, Springer, Berlin, 2019, págs. 1-2 y 23-24.
6. CUELLO CONTRERAS, J./MAPELLI CAFFARENA, B., *Curso de Derecho penal. Parte general*, 3.^a ed., Tecnos, Madrid, 2015, pág. 35.
7. *Vid.* no obstante, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Teoría de la pena*, Akal, Madrid, 1991, pág. 21.
8. En palabras de BERISTAIN IPÍÑA, «la fuerza de la prevención general, a través de la amenaza del castigo, descansa en la certeza del cumplimiento de las penas una vez impuestas. Desaparecida esta certeza y, con ella, la fuerza intimidante de la pena, el resultado puede ser incluso contrario, desapareciendo de la conciencia colectiva la confianza en la represión penal, como medio de conservación del orden jurídico». *Cuestiones penales y criminológicas*, cit., pág. 146. La idea ya estaba presente en FEUERBACH; *vid.* FEIJOO SÁNCHEZ, B., *La legitimidad de la pena estatal. Un breve recorrido por las teorías de la pena*, Iustel, Madrid, 2014, pág. 38.
9. Introduce este importante matiz de la detección de la infracción, STRATENWERTH, G., *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, 4.^a ed., 2.^a reimp., traducción de Manuel CANCIO MELIÁ y Marcelo A. SANCINETTI, Hammurabi, Buenos Aires, 2016, pág. 27. Antes, VON HENTIG: «la ley penal no puede entrar en acción sin que el autor sea

Más específicamente, al Derecho penal se le atribuye la función de tutela de los bienes jurídicos fundamentales¹⁰, entendidos como aquellos intereses considerados más valiosos para el ser humano y la sociedad, ya pertenezcan a la persona individual, a la colectividad o al Estado, que posibilitan la común coexistencia¹¹. Esta función está limitada por el carácter secundario o subsidiario del Derecho penal y por el principio de fragmentariedad en la protección de los bienes jurídicos¹². Ambos principios están comprendidos, de manera más general, por el principio de intervención mínima del Derecho penal, según el cual, los instrumentos penales deben emplearse únicamente en casos de estricta necesidad; cuando no existan alternativas menos perjudiciales¹³. Como

capturado y convicto». *La pena. II. Las formas modernas de aparición*, traducción y notas por José María RODRÍGUEZ DEVESA, Espasa-Calpe, Madrid, 1968, pág. 42. Y también, CALLIESS, R.P., *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat. Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagendiskussion*, Fischer, S. Verlag GmbH, Frankfurt am Main, 1974, pág. 45.

10. Más específicamente, MONGE FERNÁNDEZ: «función de protección de bienes jurídicos mediante tipos delictivos específicos»; función que se desempeña de modo inmediato, según dice esta autora, en la Parte Especial del Código. *Aproximación a la teoría general del delito*, Tecnos, Madrid, 2024, pág. 17. Para KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, «el derecho penal se dirige a la protección de bienes a través de la garantía de la vigencia (fáctica) —es decir, la observancia general— de las normas». *Derecho penal. Parte general*, cit., pág. 49. Más en general, *vid.* ROXIN, C., «La Parte General del Derecho Penal sustantivo», en ROXIN, C./ARZT, G./TIEDEMANN, K., *Introducción al Derecho penal y al Derecho procesal penal*, versión española, notas y comentarios de Luis ARROYO ZAPATERO y José Luis GÓMEZ COLOMER, Ariel, Barcelona, 1989, págs. 22-23 (expresamente: protección subsidiaria de los bienes jurídicos).
11. La definición de bien jurídico es objeto de discusión, predominando hoy quizá las definiciones de corte genérico. Para KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, «los bienes jurídicos son aquellas propiedades de las personas, objetos o instituciones —como por ejemplo la vida, la integridad física, la libertad, la propiedad, la administración de justicia— que sirven al libre desarrollo del individuo en una sociedad democrática basada en el Estado social de derecho». *Derecho penal. Parte general*, cit., pág. 61. En la doctrina española, los bienes jurídicos son definidos por MATA y MARTÍN del siguiente modo: «consisten en intereses y entidades valiosas que el legislador selecciona como merecedores de protección singular a través de normas jurídico-penales». *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Comares, Peligros (Granada), 1997, IX.
12. En cuanto al carácter fragmentario de la protección de los bienes jurídicos, en palabras de MIR PUIG, éste «significa que el derecho penal no sanciona todas las conductas lesivas de bienes jurídicos, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos». *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2.^a ed., cit., pág. 110.
13. ROXIN, C., «La Parte General del Derecho Penal sustantivo», cit., págs. 22-23. *Vid.* también CALLIESS, R.P., *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat...*, cit., pág. 61, sobre el Derecho penal como *ultima ratio*, dentro de la *política social*.

bien destaca el profesor MATA Y MARTÍN¹⁴, la incriminación de las conductas punibles se entiende sobre la base de la dañosidad social, concretada en los bienes jurídicos, que las mismas representan¹⁵. De este modo, puede afirmarse que la pena, al igual que el Derecho penal mismo, y como su instrumento central que es para la consecución de sus tareas esenciales, «se justifica porque es necesaria para el mantenimiento del orden jurídico como condición básica para la convivencia de las personas»¹⁶; y, asimismo, que su función, que no puede ser distinta de la función del Derecho penal, «es la tutela jurídica, esto es, la protección de los bienes e intereses cuyo pacífico disfrute ha de garantizar el Derecho»¹⁷.

14. «La ley como primera buena práctica penitenciaria», cit., pág. 32.
15. Sobre el concepto de dañosidad social, dice ROXIN que va referido a la incompatibilidad de una conducta «con las reglas de una próspera vida en común». «La Parte General del Derecho Penal sustantivo», cit., pág. 21.
16. ROCA AGAPITO, L., *El sistema de sanciones en el Derecho penal español*, J.M. Bosch, Barcelona, 2007, pág. 71. Para MUÑOZ CONDE, «la pena se justifica por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de personas de una comunidad». *Introducción al Derecho penal*, 2.^a ed., B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2001, pág. 70. Según GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, «la pena se justifica en cuanto instrumento insustituible de control social». *Introducción al Derecho penal*, 3.^a ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005, pág. 232. A juicio de LANDROVE DÍAZ, «la pena es una amarga necesidad que hace posible la convivencia de los hombres. Por ello, desde los tiempos más remotos y en las más elementales estructuras sociales ha existido un sistema penal». *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.^a ed., revisada y puesta al día en colaboración con M.^a Dolores FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 15. En opinión de RUBIO LARA, «la pena se justifica por su necesidad, siendo un medio necesario para hacer obedecer y garantizar las normas jurídico-penales como condición básica para la convivencia de las personas en la comunidad». *Teoría de la pena y consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 16. Como una reflexión más general, señala BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE que «si la pena es el instrumento que utiliza el Derecho penal para cumplir sus funciones, su justificación no puede ser distinta de la dada para el Derecho penal en general, la necesidad de su utilización para el mantenimiento y evolución de un determinado orden social». «Las normas penales: estructura y contenido», en DEMETRIO CRESPO, E./RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (coords.), *Curso de Derecho penal. Parte general*, 3.^a ed., Ediciones Experiencia, Barcelona, 2016, pág. 28. De la justificación de la pena en su necesidad, deriva este último autor que la pena ha de estar dirigida hacia la prevención del delito. *Vid.* BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «La pena», en DEMETRIO CRESPO, E./RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (coords.), *Curso de Derecho penal. Parte general*, 3.^a ed., Ediciones Experiencia, Barcelona, 2016, pág. 417.
17. ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Compendio de Derecho penal. Parte general*, 10.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 470. En sentido similar, *vid.* LANDECHO VELASCO, C.M./MOLINA BLÁZQUEZ, C., *Derecho penal español. Parte general*, 10.^a ed., Tecnos, Madrid, 2017, pág. 550, según quienes tal función «consiste

La función del Derecho penal estatal, al menos en los estados modernos, es también evitar la venganza privada, ya que el control de la reacción punitiva impide las respuestas violentas de carácter informal y la autotutela¹⁸.

En un Estado social y democrático de Derecho, la función de la pena, como institución, debe ser la tutela de los bienes jurídicos esenciales para la convivencia entre los seres humanos¹⁹. De proteger a la sociedad contra el crimen, como fin y justificación de las penas y medidas privativas de libertad, se habló en las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de 1955 (art. 58)²⁰.

Lo acabado de señalar, sin embargo, no excluye que la imposición de la pena se deba a la previa realización de un acto delictivo, del que no se puede desconectar, debiendo guardar en su aplicación —precisamente a causa de esa vinculación—, proporción con su gravedad y con la culpabilidad del autor; que la pena, conceptualmente y también en cuanto a su naturaleza, sea retribución; y que su fundamento resida en la culpabilidad del autor por el hecho aislado²¹.

en la protección de los bienes jurídicos y de los valores ético-sociales más importantes, de los ataques más intolerables». O RUBIO LARA: «la pena cumple una función de protección de los bienes jurídicos». *Teoría de la pena y consecuencias jurídicas del delito*, cit., pág. 16. Para CHOCLÁN MONTALVO, la justificación de la utilización de la pena reside en su necesidad para proteger los bienes jurídicos más importantes. *Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*, Colex, Madrid, 1997, pág. 53. Tanto el Derecho penal como la pena sirven a la protección de bienes jurídicos, en opinión de CALLIESS, quien estima que la función de la pena es consecuencia de la función del Derecho positivo (y no a la inversa). *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat...*, cit., pág. 59.

18. PRIETO SANCHÍS, L., *Garantismo y derecho penal*, Iustel, Madrid, 2011, págs. 58 y ss. y 138. *Vid.* no obstante, con críticas a esta idea, FEIJOO SÁNCHEZ, B., *La legitimidad de la pena estatal...*, cit., págs. 102 y ss.
19. Similar, TARANCÓN GÓMEZ, P., «Fundamento y fines de la pena», en QUINTERO OLIVARES, G./CARBONELL MATEU, J.C./MORALES PRATS, F./GARCÍA RIVAS, N./ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dirs.), *Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena*, 4.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 259, si bien esta autora se está refiriendo a la «fundamentación de la pena».
20. Aprobada por el Consejo Económico y Social. Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Resolución: 663C (XXIV) del 31/VII/1957 y 2076 (LXII) del 13/V/ 1977. Se añade allí, no obstante, lo siguiente: «sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo».
21. Puede mantenerse por ello que «la pena presenta una cara bifaz que mira hacia atrás en relación al hecho cometido, e impone un castigo por el quebrantamiento de la ley penal,

Según se suele afirmar, el Derecho penal está orientado al pasado, en tanto que la pena supone una reacción frente a un hecho ya sucedido²². Para FEIJOO SÁNCHEZ, la vinculación entre hecho y consecuencia es lo que permite hablar de pena; roto ese vínculo, ya no se trataría de una pena, «sino de otro tipo de sanción o institución jurídica, incluso aunque su fin último sea prevenir la comisión de nuevos delitos»²³.

Las normas jurídico-penales (al menos, las completas que contiene la Parte Especial), con toda lógica, no sólo atienden a la infracción, estableciendo los comportamientos delictivos, sino también a la sanción que corresponde imponer, de ser aquella cometida, a su autor²⁴. En la estructura de estas normas, como en realidad en cualquier otra norma jurídica, se distingue, aunque plenamente vinculados, un determinado supuesto de hecho, a modo de presupuesto, y una consecuencia, esta última a aplicar para el caso de que se cumpla o se realice el presupuesto inicial²⁵. Lo que caracteriza a la norma jurídico-penal frente a las demás normas jurídicas es que el supuesto de hecho fijado es el delito, entendido en un sentido material como la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos²⁶, y que la consecuencia específica que conlleva su realización es la pena o la medida de seguridad²⁷.

y mira hacia adelante para tratar de evitar futuros quebrantamientos de la norma tanto por parte del penado como por parte de terceras personas». Así, PAÍNO RODRÍGUEZ, F.J./PALAZÓN PAGÁN, M.J., *Fundamentos de Derecho penal y consecuencias jurídicas del delito*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2021, pág. 77. De manera similar, RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Compendio de Derecho penal (parte general)*, 3.ª ed., Trivium, Madrid, 1986, pág. 80; SIMAS SANTOS, M./LEAL-HENRIQUES, M., *Noções de direito penal*, 5.ª ed., Rei dos Livros, 2016, pág. 163.

22. Por todos, KINDHÄUSER, U./ZIMMERMANN, T., *Derecho penal. Parte general*, cit., pág. 50.
23. *La legitimidad de la pena estatal...*, cit., pág. 76.
24. *Vid.* ROCA AGAPITO, L., *El sistema de sanciones en el Derecho penal español*, cit., págs. 38-39.
25. CALLIESS, por su parte, considera que la norma penal, partiendo de una concepción de la sociedad como procesos de interacción y comunicación, tiene una función de comunicación entre distintos sujetos (sujeto activo del delito, sujeto pasivo y la autoridad estatal llamada a reaccionar a la infracción con la pena). *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat...*, cit., págs. 9 y ss.
26. En sentido material, el delito es para OTTO, «una conducta socialmente dañosa, merecedora de pena (injusto) que le es reprochada al autor personalmente (culpabilidad)». *Manual de Derecho Penal. Teoría general del Derecho Penal*, 7.ª ed., traducción de José R. BÉGUELIN, Atelier, Barcelona, 2017, pág. 38.
27. Según MARCO FRANCIA, debe establecerse una línea clara entre los delitos y su castigo, cómo se van a castigar y con qué dureza. «Algunas reflexiones sobre el castigo penal y la crisis de la pena privativa de libertad», *La Ley Penal*, n.º 151, julio-agosto 2021, pág. 2.

A la comisión de una conducta tipificada en la ley como delito (ya sea en el Código Penal o en la legislación penal especial), le sigue la imposición real y efectiva del castigo, mediante un juicio público, que esa misma norma enlaza indisolublemente a la realización de la conducta lesiva de intereses ajenos (o de la comunidad), elevada legalmente a la categoría de infracción penal. Tiene plena vigencia, por lo tanto, y sin perjuicio de su necesaria actualización para incluir, junto a la pena criminal, la referencia a otras formas de reacción jurídico-penal de aparición más moderna, pese a que encuentren un fundamento distinto, como son las medidas de seguridad y corrección, la definición que, aunque en términos objetivos²⁸, propuso VON LISZT del Derecho criminal, como «conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian al crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia»²⁹.

El delito y la pena (al igual que el resto de las formas de reacción estatal frente al crimen) se encuentran en una relación de presupuesto y consecuencia³⁰. Se habla de una relación de causalidad entre consecuencia y delito³¹. La infracción penal, en palabras de MATA Y MARTÍN³², «se presenta por tanto como el antecedente necesario de la condena por los tribunales de Justicia a una pena de la clase que sea». Hablamos, más específicamente, de una consecuencia jurídica del delito, por cuanto está prevista y regulada, como la infracción a la que se anuda, por el ordenamiento jurídico (por el Derecho sustantivo)³³; y que se impondrá a causa, y no por otra razón distinta, de la

28. ABEL SOUTO, M., *Teorías de la pena...*, cit., pág. 14.

29. *Tratado de Derecho penal*, Tomo Primero, 3.^a ed., traducido de la 20.^a ed. alemana por Luis JIMÉNEZ DE ASÚA y adicionado con el Derecho penal español por Quintiliano SALDAÑA, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1929, pág. 5.

30. En palabras de F. CARNELUTTI, «la relación entre delito y pena es tal que el delito es un *prius* y la pena un *posterius*». *El problema de la pena*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2018, pág. 18. Matizan OBREGÓN GARCÍA/GÓMEZ LANZ, sin embargo, que «no se trata de una relación puramente mecanicista, ya que en la producción de ese efecto también concurre la causa final, es decir, el fin por el que la causa eficiente origina el efecto (causa final que parece tener cierta primacía), fin que en este caso consiste en la prevención de delitos para la protección de bienes jurídicos». «Teoría general de la pena», en MOLINA BLÁZQUEZ, C. (coord.), *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito. Estudio práctico*, Bosch, Barcelona, 2005, pág. 38. Para FEIJOO SÁNCHEZ, «la pena es un mal que reacciona frente a un hecho que previamente ha sido desvalorado». *La legitimidad de la pena estatal...*, cit., pág. 75.

31. PRAT WESTERLINDH, C., *Las consecuencias jurídicas del delito (análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional)*, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 24.

32. «La Ley como primera buena práctica penitenciaria», cit., pág. 33.

33. Insistiendo en que es una consecuencia jurídica del delito, ORTS BERENGUER, E./ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Compendio de Derecho penal. Parte general*, 10.^a ed., cit., pág. 467. Indica BLANCO LOZANO que la pena es una consecuencia jurídica desde dos

previa realización de un delito, es decir, por «la realización antijurídica de un hecho tipificado como punible en la ley penal»³⁴. La pena debe estar recogida en la ley con anterioridad a la realización del delito. La imposición de la pena requiere, en cualquier caso, que el hecho realizado pueda ser subjetivamente imputado a una persona. La pena es la reacción frente al autor culpable de un delito. Según el art. 5 CP, no hay pena sin dolo o imprudencia. Si la capacidad de responsabilidad estuviera ausente, sólo cabría imponer una medida de seguridad. La medida de seguridad es la consecuencia jurídica del delito, aquí entendido como hecho penalmente antijurídico³⁵, para el sujeto no culpable (o parcialmente no culpable), que representa un peligro criminal.

Como explica Díez Ripollés³⁶, al fundamento de la reacción penal le sirven de presupuesto dos realidades sociales: por un lado, la producción efectiva de graves lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos fundamentales; y por otro, la existencia de ciudadanos a quienes se puede hacer responsables de tales daños. Desde el punto de vista de las consecuencias del hecho delictivo, con MATA Y MARTÍN³⁷, se formula la denominada teoría de la pena o, en el sentido más concreto de la expresión, según este mismo autor, teoría de las consecuencias jurídicas del delito, dedicada al estudio de todo lo concerniente a las formas de respuesta jurídico-penal frente a la infracción criminal³⁸. Con

perspectivas: como consecuencia, en cuanto atribución a un supuesto de hecho, que es el delito; y como jurídica, en tanto que prevista y predeterminada (dentro de unos márgenes) por la ley penal. *Tratado de Derecho penal español. Tomo I: el sistema de la parte general. Volumen 1: fundamentos del Derecho penal español. Las consecuencias jurídico-penales*, J.M. Bosch, Barcelona, 2005, pág. 349. Vid. también CUELLO CONTRERAS, J./MAPELLI CAFFARENA, B., *Curso de Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., cit., pág. 245, diferenciando entre consecuencias formales o formalizadas y sanciones informales. Ambas tienen en común que encuentran su origen en las infracciones cometidas.

34. GRACIA MARTÍN, L./BOLDOVA PASAMAR, M.A., «Introducción al sistema de consecuencias jurídicas del delito», en BOLDOVA PASAMAR, M.A./ALASTUEY DOBÓN, C. (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 40.
35. Por todos, KINDHÄUSER, U./ZIMMERMANN, T., *Derecho penal. Parte general*, cit., pág. 55.
36. *Política criminal y Derecho penal. Estudios*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 50.
37. *Fundamentos del sistema penitenciario*, Tecnos, Madrid, 2016, pág. 64.
38. Algunos autores utilizan la expresión «penología» como rama de las ciencias penales que se ocupa del estudio de las consecuencias jurídicas del delito. Así, GARCÍA VALDÉS, C., *Teoría de la pena*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 1985, pág. 11. CUELLO CALÓN señaló que bajo el nombre *penología* se designa «el conjunto de doctrinas e investigaciones relativas a todas las penas y medidas y a su ejecución». *La moderna penología (Represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución)*, Tomo I, Bosch, Casa

mayor precisión, puede afirmarse, no obstante, que el sistema de consecuencias jurídicas del delito está integrado por las normas relativas a la previsión legal, individualización judicial y ejecución de las sanciones penales impuestas por los tribunales de justicia³⁹.

La teoría jurídica del delito, como señala MIR PUIG⁴⁰, establece los presupuestos mínimos de lo punible, es decir, traza límites a lo que puede castigarse con una pena y da respuesta a la pregunta de qué elementos deben concurrir, como mínimo y con carácter general, para que una conducta sea penalmente reprochable⁴¹. Según MONGE FERNÁNDEZ⁴², la teoría del delito «tiene por objeto la determinación de las condiciones de atribución de responsabilidad penal. La teoría general del delito se ocupa de las características comunes que debe tener cualquier hecho para ser considerado delito». Con el empleo de la expresión *teoría de la pena*, en cambio, nos referimos a las consecuencias propias del hecho criminal, a su previsión (en abstracto) por el legislador, determinación (o más correctamente, individualización) en el caso concreto por el juzgador, y ejecución material por la administración bajo el necesario control judicial (al menos, en el caso de las penas privativas de libertad).

La teoría o doctrina de la pena, en un sentido amplio teoría o doctrina de las consecuencias jurídicas del delito, pues estas no se limitan exclusivamente a la pena criminal, tiene por objeto el estudio de las formas de reacción jurí-

Editorial, Barcelona, 1958, pág. 32. Para LUZÓN PEÑA, «la penología se ocupa del estudio y sistematización de las diversas sanciones penales, fundamentalmente de las penas, pero también de las medidas de seguridad y de las medidas aplicables a personas jurídicas y consecuencias accesorias, e incluso, en sentido amplio, también de medidas cautelares procesales previas a la pena, como la detención o la prisión provisional». *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3.^a ed., cit., pág. 54 [digital]. Para otra concepción distinta, y más amplia, de la penología, *vid.* SANDOVAL HUERTAS, E., *Penología. Partes general y especial*, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá, 1996, pág. 2. Por otra parte, GRACIA/BOLDOVA hablan de una teoría del sistema de penas, cuyo objeto «es la definición y la determinación de los instrumentos concretos mediante los cuales pueda ser ya admisible la realización práctica de los fines de la pena de acuerdo con su fundamento y con los principios que la legitiman». «El sistema de penas», en BOLDOVA PASAMAR, M.A./ALASTUEY DOBÓN, C. (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, págs. 78-79.

39. ROCA AGAPITO, L., *El sistema de sanciones en el Derecho penal español*, cit., pág. 38.

40. *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de Derecho*, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1982, pág. 41.

41. Al ser el supuesto de hecho delictivo el antecedente necesario de la consecuencia jurídica, ROCA AGAPITO estima que, antes que la teoría de la pena, es necesario estudiar la teoría del delito. *El sistema de sanciones en el Derecho penal español*, cit., págs. 37-38.

42. *Aproximación a la teoría general del delito*, cit., pág. 17.

dico-penal, ya sean privativas o no privativas de la libertad para su destinatario, frente a los comportamientos punibles. De este modo, se ocupa de su conceptualización, la determinación de su fundamento y fines⁴³, sin olvidar su legitimación, así como de la sistematización de las sanciones penales y de la interpretación de las normas legales que regulan su previsión, imposición bajo exigencias individualizadoras y ejecución⁴⁴.

Hablamos, al referirnos a los instrumentos penales de corte represivo, de la mayor injerencia posible del Estado sobre los derechos de los ciudadanos. A pesar de que la teoría de la pena aborda el aspecto más tangible y directo del sistema penal —la sanción que sufre la persona condenada—, no ha recibido el mismo interés doctrinal que la teoría del delito. Tradicionalmente, la ciencia penal ha puesto un mayor énfasis en el estudio dogmático de los presupuestos jurídicos de las consecuencias del delito, relegando a un plano secundario el análisis de las sanciones penales, salvo en lo que concierne a los fines perseguidos por cada una de ellas, pero, en verdad, porque esto afecta directamente a la legitimación y límites del Derecho penal⁴⁵. No en vano, algún autor se ha referido a la penología y la ciencia penitenciaria como la «cenicienta» del Derecho penal, debido a su histórico olvido por la bibliografía española⁴⁶. Sin embargo, como señala acertadamente SANDOVAL HUERTAS, «todas las elabo-

-
43. Debe preceder, bajo la opinión de BERISTAIN IPIÑA, el estudio de los fines a la solución de las problemáticas que plantean las diferentes penas. *Cuestiones penales y criminológicas*, cit., pág. 30.
44. Según BLANCO LOZANO, «la teoría de la pena sólo tiene una base y un sentido: prever y determinar con exactitud las consecuencias que emanan de los delitos y faltas. Estos, por tanto, son el presupuesto conceptual, el punto de partida y razón de ser de tal teoría». Este autor presenta la teoría de la pena del siguiente modo: «no es más que la interpretación, conceptualización y sistematización que la doctrina científica y la jurisprudencia hacen de aquella parte del Código penal dedicada a las consecuencias jurídicas de la infracción penal». *Tratado de Derecho penal español...*, cit., pág. 347. Afirma, por su parte, DEMETRIO CRESPO que, «dentro de la denominada teoría de la pena se han analizado históricamente fundamentalmente las cuestiones relativas al concepto, la legitimación y el fin de la pena, de las cuales ésta última ha resultado ser la más importante». *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1999, pág. 51. Y en opinión de RUBIO LARA, «la teoría de la pena debe ir dirigida a concretar un sistema de consecuencias jurídicas derivadas del delito e, incluso, de reparación a la víctima del delito». *Teoría de la pena y consecuencias jurídicas del delito*, cit., pág. 15.
45. Por no hablar de la teoría de la determinación de la pena que, según ROXIN, «es una ciencia que aún está en sus comienzos». «La determinación de la pena a la luz de la teoría sobre los fines de la pena», en ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, traducción, introducción y notas de Francisco MUÑOZ CONDE, Reus, Madrid, 1981, pág. 93.
46. BERISTAIN IPIÑA, A., *Cuestiones penales y criminológicas*, cit., pág. 453.

raciones teóricas en torno a los aspectos sustantivos y procedimentales del Derecho Penal sólo llegan a adquirir toda su relevancia, en cuanto producen trascendentales modificaciones en el mundo fáctico, cuando se profiere y ejecuta una sanción penal»⁴⁷.

BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE⁴⁸ advierten con razón que «reducir la teoría penal sólo a la teoría del delito y del sujeto responsable es una forma de encubrimiento que impide ver la realidad del sistema penal, esto es, sus efectos más importantes que son justamente los que recaen sobre la persona. Con la teoría de la pena se trata de poner de manifiesto esta realidad y poner en el primer plano sus antinomias para una revisión crítica no sólo de la pena sino del sistema penal en su conjunto».

Al decir de MAURACH/GÖSSEL/ZIPF⁴⁹, «en la imposición de las consecuencias jurídicas se decide tanto el destino personal del acusado (y de sus parientes) así como la confirmación de la eficacia de la administración de justicia penal en su conjunto». Además, SAUER, al tratar este autor la medición judicial de la pena, destaca que «al acusado no le interesa por qué es condenado por estafa y no por apropiación indebida pero sí por que recibe una determinada pena y no otra cualquiera»⁵⁰. Ciertamente, para el condenado, lo más relevante no son las razones técnicas (jurídicas) por las cuales es encontrado culpable de un delito, sino la pena que debe cumplir, y en qué extensión, que es lo que le afecta de manera directa al privarle de determinadas libertades o derechos de los que es titular, muy frecuentemente de su libertad individual.

Actualmente, empero, la teoría de la pena es objeto de una atención creciente por diversas razones. En primer lugar, existe una tendencia en la doctrina a vincular los distintos elementos del delito, en especial la culpabilidad, con los fines de la pena⁵¹. Además, se considera inaplazable desarrollar un

47. *Penología...*, cit., pág. 23.

48. *Lecciones de Derecho penal*, Vol. 1, Editorial Trotta, Madrid, 1997, pág. 165.

49. *Derecho penal. Parte general. 2. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*, traducción de la 7.^a ed. alemana por Jorge BOFILL GENZSCH, Astrea, Buenos Aires, 1995, pág. 614.

50. *Derecho penal. Parte general*, traducción por Juan DEL ROSAL y José CERESO, Ediciones Olejnik, Santiago, 2019, pág. 319.

51. Para RUBIO LARA, «el delito surge a partir de una determinada concepción de la pena y no tanto de la causalidad o la finalidad. Por eso es esencial tener en cuenta que según sea la posición que se mantenga sobre las diferentes concepciones de la pena, así tendremos que estructurar la teoría del delito». *Teoría de la pena y consecuencias jurídicas del delito*, cit., pág. 15. Sobre las propuestas de reinterpretación de la culpabilidad en clave preventiva, señala FRISCH que, sin embargo, «no han tenido mayor resonancia». «Teoría de la pena, concepto de delito y sistema del hecho punible en transformación», *Revista*

sistema de penas alternativas a la privación de libertad, especialmente ante la controversia que rodea a las penas cortas, las cuales a menudo son vistas como inútiles, estigmatizantes y criminógenas⁵², sin olvidar las penas de larga duración, también frecuentemente rechazadas por su ineficacia preventiva y sus efectos desocializadores, cuando no inhumanos. Asimismo, ha aumentado recientemente el interés en el sistema de determinación y aplicación de las penas y otras sanciones previstas por las legislaciones criminales.

En lo que respecta al panorama español, el Código de 1995 dio un importante lavado de cara al sistema de penas, simplificando sus modalidades y modernizándolo mediante la eliminación de algunas penas anticuadas, la introducción de nuevos castigos (como el arresto de fin de semana o la pena de trabajos en beneficio de la comunidad) y la redefinición del contenido de otras sanciones (muy particularmente la pena de multa⁵³). Además, las reglas para la determinación y aplicación de las penas también se simplificaron con el llamado «Código de la Democracia»⁵⁴, al eliminar éste las escalas graduales y dividir la extensión interna de la pena en dos mitades, en lugar de en tres grados, como sucedía históricamente en la codificación penal española, con alguna mínima excepción, representada por el Código de 1928. Esta reforma del sistema de penas y de las reglas y criterios para su individualización provocó, como por otra parte no puede ser de otro modo, un aumento del interés en estas cuestiones de medición del castigo⁵⁵. Las reformas posteriores del Código han afectado también de manera muy significativa al sistema de penas, destacando especialmente, porque se coloca a la cabeza en su escala de gravedad, la introducción de la pena de prisión permanente revisable por la LO 1/2015, de 30 de marzo. Esta reforma, además, modificó el sistema de punición del concurso medial de delitos, antes siempre equiparado desde el plano sancionador al concurso ideal de infracciones.

de estudios de la justicia, n.º 32, 2019, pág. 1. Este autor, en otro orden de cosas, a partir de una pena de fundamentación preventivo-general positiva, plantea un concepto ideal de delito como cuestionamiento de la vigencia de la norma. La pena, según mantiene, sería la reacción necesaria para la refutación de ese cuestionamiento (ib. pág. 23).

52. LANDROVE DÍAZ, G., *El nuevo derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 91.
53. SALINERO ALONSO, C., «El sistema de penas en el Código Penal de 1995», *Jueces para la Democracia*, n.º 30, 1997, pág. 69. *Vid.* también DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., «Introducción al nuevo Código Penal español: líneas directrices y contenido fundamental», *Eguzkilore*, n.º extra 10, octubre 1997, pág. 19.
54. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., «Introducción al nuevo Código Penal español: líneas directrices y contenido fundamental», cit., pág. 23.
55. Para SALINERO ALONSO, el sistema de penas constituye «la aportación más novedosa y positiva de todo el CP de 1995». «El sistema de penas en el Código Penal de 1995», cit., pág. 69.

Formalmente, en nuestro Código Penal, lo que contrasta con el escaso interés doctrinal que recibe la teoría de la pena, se le dedica más espacio, en número de artículos, a la teoría de la pena que a la teoría del delito⁵⁶. Las consecuencias jurídicas del delito están recogidas entre los arts. 32 a 129 bis CP. En este marco, encontramos la regulación de las penas (arts. 32 a 94 bis), de las medidas de seguridad (arts. 95 a 108), de la responsabilidad civil derivada del delito y de las costas procesales (arts. 109 a 126), así como de las consecuencias accesorias (arts. 127 a 129 bis).

Conforme señala GARCÍA VALDÉS⁵⁷, se dice que la existencia de la pena es universal, pues desde los orígenes de la sociedad siempre ha estado presente la idea de castigo en sus diferentes expresiones: de venganza privada o de sangre, de pérdida de paz o composición, en su versión proporcional de talión, o revestida de las formalidades de castigo estatal, en este último caso, como pena pública que todos los derechos punitivos conocen y necesitan para asegurar la convivencia y reaccionar contra el infractor⁵⁸. En nuestros días, la pena, en sus distintas fases, y revestida en su previsión y aplicación de amplias garantías para el reo, está totalmente monopolizada por el Estado, de ahí que en ocasiones se hable de pena pública o de pena estatal⁵⁹.

Si nos referimos a la justificación de la pena, como señala VILAJOSANA RUBIO, aunque desde un plano *iustificativo*, dos son las cuestiones que se hace preciso abordar. Una primera, referente a los objetivos y aspiraciones que pretenden alcanzarse con el castigo penal y que, como luego veremos, afecta de un modo

56. BLANCO LOZANO, C., *Tratado de Derecho penal español...*, cit., pág. 347, señalando que ello contrasta con el olvido histórico de la teoría de la pena por parte de la ciencia del Derecho penal.

57. *Teoría de la pena*, 3.^a ed., cit., pág. 11.

58. Dice, en el mismo sentido, BLANCO LOZANO que «la pena, en su más primitiva forma de venganza, es por tanto tan antigua como el hombre», señalando asimismo que «en un sentido más estricto, los orígenes de la pena se remontan al sistema germánico de la venganza y la composición (esta última consistía en una especie de indemnización a la víctima o sus familiares)». *Tratado de Derecho penal español...*, cit., pág. 351. Existen, no obstante, corrientes, llamadas abolicionistas, que propugnan la abrogación del sistema penal. Puede verse al respecto, entre otros trabajos, DEMETRIO CRESPO, E., «El pensamiento abolicionista», en DIEGO DÍAZ-SANTOS, R./FABIÁN CAPARRÓS, E.A. (coords.), *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 1995, págs. 35-52; RIVERA BEIRAS, I., *La cuestión carcelaria. La pena legal y la pena real*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, págs. 169 y ss.

59. Según CARRARA, difiere el origen histórico de la pena de su origen jurídico. *Programa del curso de derecho criminal. Parte general*, Tomo II, traducido por Octavio BÉECHE y Alberto GALLEGOS, Tipografía Nacional, San José (Costa Rica), 1890, págs. 7 y ss. En otro sentido, *vid.* SANDOVAL HUERTAS, E., *Penología...*, cit., págs. 49 y ss.

directo al por qué y al para qué castigar, es decir, a su fundamento y finalidad, y otra relativa al cuánto y al cómo de la pena⁶⁰. Tan importante es, en realidad, lo uno como lo otro; el fundamento y los fines de la pena, por un lado, y la medición y la forma de realización del castigo, por otro⁶¹.

1. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

Las formas de reacción del sistema penal no se limitan, pese a lo que pudiera pensarse inicialmente, por el nombre del Derecho penal, exclusivamente a las penas. Bien es cierto, no obstante, que la pena es la primera y principal consecuencia jurídica del delito, la de más largo recorrido, a la que la vanguardia de los sistemas penales añadirá las denominadas medidas de corrección y seguridad, dando lugar así a los conocidos como sistemas dualistas o de doble vía (en ocasiones también denominados binarios), en contraposición a aquellos modelos o esquemas en los que la pena (o la medida, en su caso, aunque de forma posterior) se configuraba como la única respuesta frente al ilícito criminal y su autor⁶². El Código Penal español de 1995 adopta el sistema de doble vía, por lo que, junto a la pena, prevé una consecuencia jurídica complementaria, la medida de seguridad, que puede imponerse por separado o incluso conjuntamente con la pena (dando lugar, en este último caso, a un sistema vicarial)⁶³.

Lo que pretenden, ante todo, los sistemas que recurren a varias clases de consecuencias jurídicas del delito, aunque renunciando a una mayor simplicidad, es ser más eficaces en la prevención de las infracciones.

60. *Las razones de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 10 [digital].

61. *Vid.* en cualquier caso FEIJOO SÁNCHEZ, B., *La legitimidad de la pena estatal...*, cit., pág. 132.

62. Sobre esto, *vid.* CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *Individualización judicial de la pena...*, cit., págs. 27 y ss.; ROCA AGAPITO, L., *El sistema de sanciones en el Derecho penal español*, cit., págs. 42 y ss. SANZ MORÁN califica el sistema del Código español como dualismo flexible o mitigado, porque la medida puede acumularse en algunos casos a la pena. *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, Lex Nova, Valladolid, 2003, págs. 157 y ss. De dualismo flexible o abierto, pero porque desde 2010 existe en el Código español la medida de libertad vigilada para delincuentes imputables peligrosos, habla MARCO FRANCIA. «Algunas reflexiones sobre el castigo penal y la crisis de la pena privativa de libertad», cit., pág. 6. Para KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, «a través de la doble o triple vía de las consecuencias jurídicas, se evita que la pena sometida al principio de culpabilidad sea sobrecargada con tareas preventivas que pudieran sobrepasar la medida de adecuación a la culpabilidad». *Derecho penal. Parte general*, cit., pág. 55. Con la triple vía, se refieren estos autores al decomiso (*ib.* págs. 54-55).

63. Para el caso alemán, *vid.* STRATENWERTH, G., *Derecho penal...*, cit., pág. 55.

Pena y medida de seguridad son instituciones de derecho público que comparten varios aspectos, pasando ya por su carácter subsidiario, lo que implica su imposición únicamente en caso de necesidad. Ambas son consecuencias jurídicas del delito, de tal forma que sólo pueden imponerse ante la comisión de un hecho delictivo; su imposición debe realizarse mediante sentencia condenatoria, conforme a lo establecido en la ley penal, por un órgano de la jurisdicción penal objetivamente competente; y, en cuanto a su contenido formal, consisten en una limitación de derechos y libertades.

Ahora bien, difieren en cuanto a su fundamento y límites. La pena se fundamenta en la culpabilidad del autor del hecho⁶⁴, mientras que las medidas de seguridad, aunque todas ellas sean hoy posdelictuales, tienen como fundamento exclusivo la peligrosidad criminal del sujeto (en este sentido se pronuncia el art. 6.1 CP). En definitiva, las medidas de seguridad sólo pueden imponerse a sujetos no culpables peligrosos⁶⁵, aunque también podrán aplicarse en casos de culpabilidad parcialmente excluida (semi-imputabilidad). Para el sujeto que no tiene capacidad de actuar culpablemente, la medida de seguridad reemplaza a la pena⁶⁶. Su fundamento explica que la finalidad de este instrumento penal que son las medidas de seguridad, de clara orientación preventivo-especial, sea evitar que la persona sometida a ellas vuelva a delinquir⁶⁷. En lo que concierne a sus límites, las penas se encuentran limitadas por el principio de culpabilidad, mientras que las medidas sólo lo están por el principio de proporcionalidad (en este sentido, el art. 6.2 CP)⁶⁸. De este modo, no es condición necesaria para su imposición la culpabilidad del autor del hecho y, por otra parte, la medida de su extensión tampoco se basa en la culpabilidad⁶⁹. En teoría, la duración de la medida debe fijarse en atención a la peligrosidad criminal del autor del delito.

En la STS 345/2007, de 24 de abril, se observa lo siguiente sobre las medidas de seguridad y los sistemas legales dualistas de respuesta al crimen: «la mayoría de los sistemas penales vigentes se califican como dualistas o de doble vía en lo referente a las consecuencias jurídicas del delito, ya que no es

64. Así, RUBIO LARA señala lo siguiente: «tiene su fundamento en el reproche de culpabilidad que el Ordenamiento jurídico dirige a un sujeto imputable por lesionar o poner en peligro dichos bienes jurídicos». *Teoría de la pena y consecuencias jurídicas del delito*, cit., pág. 16.

65. MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.^a ed., Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, pág. 353.

66. MAURACH, R./ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general. 1...*, cit., pág. 4.

67. SANZ MORÁN, A.J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, cit., págs. 69-70; OTTO, H., *Manual de Derecho Penal...*, cit., pág. 23.

68. CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *Individualización judicial de la pena...*, cit., pág. 40.

69. STRATENWERTH, G., *Derecho penal...*, cit., pág. 50.

la pena la consecuencia esencial de la infracción penal, sino que son posibles la aplicación de medidas de seguridad posdelictuales en aquellos casos en que el sujeto posee determinados componentes en su personalidad que revelan una peligrosidad delictiva, con probabilidad repetitiva, y además que requieren un tratamiento especial, derivado de sus especiales condiciones personales. Es por ello que si la pena ha de ser proporcionada al delito, la medida de seguridad se individualiza según la peligrosidad del sujeto; las penas se imponen a los imputables, y las medidas de seguridad a los peligrosos, cualquiera que sea su grado de inimputabilidad».

La pena, en cualquier caso, y con independencia de su forma o clase (es decir, independientemente del concreto derecho del ciudadano al que afecte), sigue siendo hoy la consecuencia jurídica del delito por excelencia⁷⁰, aunque ello no es obstáculo para que los sistemas penales hayan venido mostrando progresivamente, como bien expresa MATA Y MARTÍN⁷¹, una mayor flexibilidad en la aplicación del castigo, recurriendo a formas sustitutivas y suspensivas del mismo, así como a diversos institutos que permiten mitigar el rigor de la pena durante su ejecución, tanto desde la perspectiva cuantitativa como cualitativamente.

Pero además de la pena y de las medidas de seguridad, como formas estas clásicas de reacción del poder punitivo estatal, el delito también puede comportar la imposición de otras consecuencias accesorias, principalmente el comiso, o la obligación de que el responsable del delito repare los daños y perjuicios causados por su hecho⁷². Todas estas consecuencias, además de estar previstas en la ley, y en ello no puede dejar de insistirse, se imponen por

70. Destacando el papel principal de la pena entre las consecuencias jurídicas del delito, por todos, GIL GIL, A./LACRUZ LÓPEZ, J.M./MELENDO PARDOS, M./NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Consecuencias jurídicas del delito. Regulación y datos de la respuesta a la infracción penal en España*, Dykinson, Madrid, 2018, pág. 7; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «La pena en un estado social y democrático de Derecho», en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Tomo I. Introducción al Derecho penal*, 2.^a ed., Iustel, Madrid, 2015, pág. 265. AYO FERNÁNDEZ subraya que la pena «sigue siendo la razón principal en torno a la cual se construye un Código Penal y así nos lo revela el legislador en el párrafo I de la Exposición de Motivos del nuevo Código Penal». Se refiere, claro, al Código Penal de 1995 (LO 10/1995, de 23 de noviembre). *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias. Manual de determinación de las penas y de las demás consecuencias jurídico-penales del delito*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 23.

71. *Fundamentos del sistema penitenciario*, cit., pág. 61.

72. Se dice, no obstante, que estas consecuencias «desempeñan en el ámbito jurídico-punitivo un papel más modesto». Así, LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.^a ed., cit., pág. 15.

razón de la comisión de un delito, pudiendo aplicarse junto a las penas o, en algún caso, en lugar de ellas⁷³.

Algunos autores incluyen entre las consecuencias jurídicas del delito también a las costas procesales⁷⁴, sobre la base, fundamentalmente, de que el Código Penal español establece en su art. 123 que «las costas procesales se entienden impuestas por la ley a los criminalmente responsables de todo delito». Las costas comprenden «los derechos e indemnizaciones ocasionados en las actuaciones judiciales e incluirán siempre los honorarios de la acusación particular en los delitos sólo perseguibles a instancia de parte» (art. 124 CP). No parece, sin embargo, que las costas procesales tengan una naturaleza verdaderamente penal⁷⁵, ya que en realidad van referidas a los gastos del proceso que deben soportar las partes; si bien, es cierto que en el orden penal deberá satisfacerlas, tal y como prevé la norma punitiva, el declarado penalmente responsable de un determinado hecho delictivo.

1.1. CONSECUENCIAS JURÍDICAS PRINCIPALES: PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

En la conformación actual del Derecho penal, pena y medida de seguridad, siguiendo a ROXIN⁷⁶, son el punto de referencia común a todos los preceptos jurídico-penales. Recuperando la definición del Derecho penal que formulaba VON LISZT, la misma debe ser ampliada para decir, como lo hace, por ejemplo, MIR PUIG, que «son Derecho penal las normas jurídicas que asocian al delito, como presupuesto, penas y/o medidas de seguridad, como consecuencia jurídica»⁷⁷.

73. Estas son, según ROCA AGAPITO, las consecuencias jurídicas del delito en sentido estricto. «Sistema de consecuencias jurídicas del delito», en ROCA DE AGAPITO, L. (dir.), *Las consecuencias jurídicas del delito*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 19-20.

74. Por ejemplo, LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.^a ed., cit., pág. 15. Matiza ECHANO BASALDÚA que son consecuencias «jurídico-procesales». «Delito y consecuencias jurídicas», en BURÓN OREJAS, J. (ed.), *Psicología médico-forense. La investigación del delito*, 2.^a ed., Desclée De Brouwer, Bilbao, 2009, pág. 74.

75. ABEL SOUTO, M., *Teorías de la pena...*, cit., pág. 18; ROCA DE AGAPITO, L., «La pena de multa», en ROCA DE AGAPITO, L. (dir.), *Las consecuencias jurídicas del delito*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pág. 89.

76. *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción y notas de la 2.^a ed. alemana por Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Javier DE VICENTE REMESAL, Civitas, Madrid, 1997, pág. 41.

77. La definición completa que da el autor del Derecho penal es la que sigue: «Conjunto de normas, valoraciones y principios jurídicos que desvaloran y prohíben la comisión de delitos y asocian a éstos, como presupuesto, penas y/o medidas de seguridad, como

La pena, aunque profundizaremos en sus características y configuración más adelante, se orienta al pasado y presupone la culpabilidad de un sujeto cuando cometió un hecho delictivo⁷⁸; en cambio, las medidas de seguridad, orientadas con un carácter prospectivo, presuponen la presencia continuada de peligrosidad criminal en el infractor⁷⁹. En caso de un sujeto que carece de culpabilidad, sólo se pueden imponer medidas preventivo-especiales, pero siempre que estas vayan dirigidas a atajar la peligrosidad criminal ya manifestada en un previo hecho antijurídico⁸⁰. El delito previo es síntoma de peligrosidad, no fundamento de la medida (pese a condicionar su imposición)⁸¹. Ambas consecuencias actúan de forma distinta, pero tienen, según explica

consecuencia jurídica». *Derecho penal. Parte general*, 8.^a ed., Reppertor, Barcelona, 2008, pág. 45. BORJAJIMÉNEZ hace uso de una definición similar de Derecho penal (objetivo): «Conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado que se caracterizan porque atribuyen al delito o a la peligrosidad criminal derivada de la perpetración de un hecho antijurídico, entendidos como presupuesto, la pena y/o la medida de seguridad, entendidas como consecuencia jurídica». *Curso de política criminal*, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 28. Destaca la insuficiencia del concepto de LISZT, desde diferentes perspectivas, no sólo por la no mención a las medidas de seguridad. ABEL SOUTO, M., *Teorías de la pena...*, cit., págs. 14-15. *Vid.* también ROCA AGAPITO, L., *El sistema de sanciones en el Derecho penal español*, cit., pág. 38. Igualmente, la definición del Derecho penitenciario, desde que se contemplan entre las consecuencias jurídicas del delito las medidas de seguridad, y en particular las medidas privativas de libertad, se amplía para contemplar la ejecución de estas consecuencias. *Vid.* GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la legislación penitenciaria española*, Civitas, Madrid, 1982, pág. 18: «conjunto de normas jurídicas reguladoras de la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad».

78. Lo presupone, en sentido jurídico, como apuntan KINDHÄUSER/ZIMMERMANN. *Derecho penal. Parte general*, cit., pág. 55.

79. Como explica CERVELLÓ DONDERIS, «las dos consecuencias jurídicas más importantes del delito son la pena y la medida de seguridad, la diferencia entre ambas es que la primera tiene una finalidad retributiva de castigo en función de la culpabilidad por el hecho cometido, mientras que la segunda tiene una finalidad preventiva para evitar futuros delitos en virtud de la peligrosidad». *Derecho penitenciario*, 4.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 63. *Vid.* en cualquier caso ROXIN, C., *Iniciación al Derecho penal de hoy*, traducción, introducción y notas de Francisco MUÑOZ CONDE y Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1981, págs. 52 y ss., señalando que una diferencia fundamental entre penas y medidas de seguridad es que, en el caso de las primeras, la culpabilidad limita la intervención estatal.

80. FEIJOO SÁNCHEZ, B., *La legitimidad de la pena estatal...*, cit., pág. 144.

81. En este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal. Parte general*, Civitas, Madrid, 1978, pág. 17. De otra forma, el delito es el fundamento real de la medida de seguridad, para DONNA. *Teoría del delito y de la pena. I. Fundamentación de las sanciones penales y de la culpabilidad*, 2.^a ed., Astrea, Buenos Aires, 1996, pág. 21; «la peligrosidad es un fundamento secundario de la medida de seguridad, ya que es necesario que exista el hecho típico y antijurídico».

ECHANO BASALDÚA⁸², una finalidad o función común: evitar futuros delitos⁸³, en el caso de las medidas, por parte del sujeto peligroso, ya sea mediante medidas educativas o neutralizadoras de la peligrosidad.

El sujeto no culpable pero peligroso, como señala ROXIN⁸⁴, no puede ser castigado, pero, en interés de la población, para su protección, como ineludible necesidad social, puede impedírsele que cometa otros hechos punibles mediante la imposición de una medida de seguridad. La infracción previamente cometida por el agente no puede tener aquí otro valor que el de un síntoma revelador de su peligrosidad; sin embargo, ésta no puede radicar únicamente en el hecho previo⁸⁵. La peligrosidad debe mantenerse a futuro. Se exige, en todo caso, como requisito indispensable para la posible imposición de una medida, la previa comisión de un delito, entendido en el sentido de hecho típico y antijurídico, lo que, como destaca la doctrina, constituye ante todo una garantía individual⁸⁶. Mediante la exigencia de comisión anterior de un delito, se limita la intervención estatal y su posible reacción arbitraria y/o abusiva.

El infractor deberá seguir evidenciando esos síntomas de peligrosidad criminal puestos de manifiesto en la realización del delito, a fin de que se pueda establecer un pronóstico de comisión de delitos futuros. El fundamento de las medidas de seguridad, en definitiva, no reside en la culpabilidad, sino en la peligrosidad del individuo, exteriorizada ya a través de la comisión de una infracción⁸⁷. La diferencia fundamental entre ambas consecuencias derivadas de un delito reside, según STRATENWERTH⁸⁸, en que las medidas «no contienen aquel reproche personal al autor que se halla indisolublemente ligado a la pena, sino que solamente persiguen fines preventivo-especiales». En cualquier caso, como subraya GARCÍA ARÁN⁸⁹, la infracción previa no es el supuesto de hecho

82. «Delito y consecuencias jurídicas», cit., pág. 15.

83. Finalidad preventiva en ambos casos para ROXIN. «La Parte General del Derecho Penal sustantivo», cit., pág. 58.

84. *Derecho penal. Parte general...*, cit., pág. 43.

85. GRACIA MARTÍN, L., «Las medidas de seguridad y reinserción social», en GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 5.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 176 [digital].

86. GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona (Navarra), 1997, pág. 130; ECHANO BASALDÚA, J.I., «Delito y consecuencias jurídicas», cit., pág. 16.

87. MORILLAS CUEVA, L., *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 221.

88. *Derecho penal...*, cit., pág. 50.

89. *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, cit., pág. 130.

al que se refiere la medida como consecuencia jurídica del delito, sino que su fundamento, o el supuesto en el que se basa, es el pronóstico de peligrosidad criminal.

El esquema básico culpabilidad-pena e inimputabilidad/semi-imputabilidad-medida de seguridad se ve alterado, no obstante, en el Código Penal español con la previsión de la medida de seguridad de libertad vigilada, incorporada por primera vez a la normativa jurídico-penal española mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, la cual puede ser aplicada, bajo ciertos presupuestos, a sujetos imputables peligrosos⁹⁰. La libertad vigilada (art. 106 CP) es una medida de seguridad no privativa de libertad de cumplimiento posterior a la pena de prisión⁹¹.

Aunque el fundamento de penas y de medidas de seguridad es distinto, ambas consecuencias podrán imponerse, precisamente por ser su fundamento distinto, no sólo de forma autónoma o separada, como sanciones independientes, sino que, en algunos casos, será posible su aplicación conjunta, acercándonos, en cierto modo, a la vía única por sustitución⁹². En relación con las penas y medidas de seguridad privativas de libertad, esta especie de combinación se traducirá en la sustitución de la pena por la medida de seguridad, siguiendo así un sistema vicarial⁹³. Según este sistema, se dará cumplimiento en primer

90. BORJA JIMÉNEZ explica que hay algunos supuestos en los que la cantidad de la pena depende en parte de la peligrosidad del sujeto, refiriéndose expresamente a los casos de reincidencia genérica o específica y a la imposición de una medida de seguridad postdelictiva (libertad vigilada) a un sujeto declarado culpable. En su opinión, ambas instituciones están influenciadas por el Derecho penal de autor. «Peligrosidad criminal e individualización judicial de la pena», *Nuevo Foro Penal*, n.º 87, junio-diciembre 2016, pág. 122. Una actualización de ese trabajo la encontramos en, el mismo, «La peligrosidad criminal en la tarea judicial de individualización de la pena», en ROCA DE AGAPITO, L. (dir.), *Un sistema de sanciones penales para el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 351-377.

91. Valorando de manera positiva esta medida de libertad vigilada, AGUDO FERNÁNDEZ, E./JAÉN VALLEJO, M./PERRINO PÉREZ, A.L., *Penas, medidas y otras consecuencias jurídicas del delito*, Dykinson, Madrid, 2017, págs. 120 y ss. Un exhaustivo análisis de la misma lo encontramos en MATA y MARTÍN, R.M./ANDRÉS LASO, A., «La libertad vigilada y su aplicación postpenitenciaria», en LEÓN ALAPONT, J. (dir.), *Guía práctica de Derecho penitenciario*, Wolters Kluwer, Madrid, 2022, págs. 547-578. Vid. también, con amplias referencias históricas, ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, págs. 41-45 y 157 y ss.

92. ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general...*, cit., pág. 106. Véase también ROCA DE AGAPITO, L., «Sistema de consecuencias jurídicas del delito», cit., págs. 21 y ss.

93. JORGE BARREIRO, A., «El sistema de sanciones: las medidas de seguridad», en GÓMEZ COLOMER, J.L./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (coords.), *La reforma de la justicia penal*

lugar a la medida, abonándose su tiempo a la duración de la pena, de cuya ejecución posterior podrá incluso prescindirse si con ella peligraran los resultados positivos alcanzados a través del cumplimiento de la medida. El sistema vicarial se encuentra contemplado en el art. 99 del CP español, aunque sólo rige para supuestos de concurrencia de penas y medidas de seguridad ambas privativas de libertad⁹⁴.

Finalmente, cabe señalar que, bajo la opinión de algunos autores, la respuesta penal más adecuada para los reincidentes, al residir el fundamento de la reincidencia no en la culpabilidad por el hecho, sino en la peligrosidad del sujeto, serían las medidas de seguridad. Según esta perspectiva, la reincidencia debería dejar de considerarse como una circunstancia agravante de la responsabilidad penal (art. 22.8.ª CP español)⁹⁵. Tal propuesta tiene mucho que ver con el «desdibujamiento de las fronteras entre penas y medidas de seguridad, al menos, en lo relativo a su orientación y garantías», del que habla GARCÍA ARÁN⁹⁶, quien ejemplifica esta idea aludiendo a la incorporación de la orientación hacia la reeducación y reinserción social a las penas, objetivos que inicialmente, ya en su aparición histórica, estuvieron vinculados a las medidas de seguridad y corrección⁹⁷.

1.2. LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS DEL DELITO

Las consecuencias accesorias, siguiendo a GRACIA MARTÍN⁹⁸, son «todas aquellas consecuencias jurídicas de naturaleza no penal que son aplicables a

(*estudios en homenaje al profesor Klaus Tiedemann*), Universitat Jaume I, Castellón de la Plana, 1997, pág. 114.

94. Señalan que no siempre sería adecuado dar cumplimiento primero a la medida AGUDO/JAÉN/PERRINO, «pues hay casos en los que la medida, si no se quiere frustrar su función preventiva, debería ser ejecutada después de la ejecución de la pena, es decir, justo en el momento en que el condenado puede repetir los hechos». *Penas, medidas y otras consecuencias jurídicas del delito*, cit., pág. 113.
95. AGUDO FERNÁNDEZ, E./JAÉN VALLEJO, M./PERRINO PÉREZ, A.L., *Penas, medidas y otras consecuencias jurídicas del delito*, cit., págs. 113-114.
96. *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, cit., pág. 133.
97. Por otra parte, para una interpretación de la reincidencia dentro del marco de la culpabilidad, constituyendo siempre la culpabilidad un límite a las necesidades de prevención, *vid.* CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *Individualización judicial de la pena...*, cit., pág. 197.
98. «Consecuencias jurídicas no penales derivadas de la comisión del delito (I): las consecuencias accesorias generales y las específicas para personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica», en GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 212 [digital].

los supuestos de hecho jurídicos no penales que eventualmente se realicen junto al hecho punible y que, por esto, concurren con éste de un modo accesorio». No se trata de penas, ni de medidas de seguridad, como tampoco de responsabilidad civil derivada del delito⁹⁹. La naturaleza de pena les viene negada porque no guardan proporción con la culpabilidad del autor ni con la gravedad del hecho delictivo; además, pueden afectar a personas distintas del responsable de la infracción penal¹⁰⁰. Como se ha dicho, tampoco se trata de medidas de seguridad, por cuanto su aplicación no se sustenta en la peligrosidad del sujeto al que se le aplican¹⁰¹.

Las consecuencias accesorias se han vinculado tradicionalmente con la delincuencia económica, debido a las dificultades de adaptar las sanciones clásicas a este tipo de criminalidad¹⁰². Dentro de ellas encontramos, fundamentalmente, el comiso (arts. 127 y 128 CP). Según lo dispuesto en el art. 127.1 CP, toda pena impuesta por un delito doloso «llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar».

1.3. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO

La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos legales, los daños y perjuicios por él causados (art. 109.1 CP). La responsabilidad civil *ex delicto* aparece como consecuencia de la comisión de un delito que origina unos daños o perjuicios de naturaleza civil, de manera que la conducta, como dice MAPELLI CAFFARENA¹⁰³, es sometida a una doble evaluación: penal y civil. No todo delito implicará, sin embargo, que surja la responsabilidad civil de su autor (o de otras personas, en su caso).

Con MATA Y MARTÍN¹⁰⁴, se habla de responsabilidad civil derivada del delito sobre la base de que la infracción representa un hecho antijurídico del

99. Sobre su naturaleza jurídica, *vid.* MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.^a ed., cit., págs. 406 y ss.

100. LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.^a ed., cit., pág. 124.

101. LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.^a ed., cit., pág. 124. *Vid.* de igual forma, ABEL SOUTO, M., *Teorías de la pena...*, cit., pág. 17.

102. MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.^a ed., cit., págs. 399 y ss.

103. *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.^a ed., cit., pág. 456.

104. *Fundamentos del sistema penitenciario*, cit., pág. 63.

que se han derivado daños materiales y morales que dan lugar al derecho de compensación económica para los afectados. Su naturaleza, por tanto, nunca será penal, sino indemnizatoria, y se configura como una forma de compensación a la víctima (restitución, reparación del daño, indemnización por perjuicios materiales y morales). Estamos, en suma, ante una especie de resarcimiento a la víctima, destinado a paliar los efectos del delito, a cargo del responsable del hecho o de otras personas que resulten por ley obligadas a ello.

La responsabilidad civil no es una consecuencia directa del delito cometido, sino que nace del daño ocasionado por el ilícito penal. La conexión con el derecho privado y la responsabilidad civil extracontractual¹⁰⁵ (art. 1902 del Código Civil¹⁰⁶) es evidente, como lo demuestra el carácter renunciable y ultra personal de la responsabilidad civil *ex delicto*¹⁰⁷. La atribución de la competencia judicial a la jurisdicción penal, como regla general, para resolver sobre la responsabilidad civil derivada del delito, ha sido objeto de críticas por un sector de la doctrina científica. Algunos autores sostienen que esta atribución no responde a su conexión con el Derecho penal ni con la política criminal, sino que su fundamento residiría únicamente en razones de economía procesal, con el fin de evitar un «peregrinaje de jurisdicciones»¹⁰⁸. Sin embargo, esto no impide que el perjudicado, tal y como lo permite la ley, pueda hacer expresa reserva de sus acciones para ejercitarlas en la vía civil. Para algunos delitos,

105. En contra de que se entienda como un supuesto de responsabilidad civil extracontractual, SILVA SÁNCHEZ, J.M., «¿“ex delicto”? Aspectos de la llamada “responsabilidad civil en el proceso penal”», *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, n.º 3, 2001, pág. 3: «Un examen descriptivo, centrado en el contenido de las resoluciones judiciales, pone de relieve que bajo la denominación de “responsabilidad civil derivada de delito” se comprenden, en no pocas ocasiones, pronunciamientos que muy difícilmente pueden ser reconducidos a la responsabilidad civil extracontractual. La responsabilidad civil derivada de delito no funciona, pues, en la práctica como una mera modalidad de responsabilidad civil extracontractual».

106. Art. 1902 CC: «el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado».

107. LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª ed., cit., pág. 146. Asumiendo su naturaleza civil, pero incluida en el Derecho penal, por todos, ROMEO CASABONA, C.M., «El concepto y los elementos del Derecho penal», en ROMEO CASABONA, C.M./SOLA RECHE, E./BOLDOVA PASAMAR, M.A. (coords.), *Derecho penal. Parte general. Introducción. Teoría jurídica del delito*, 2.ª ed., Comares, Granada, 2016, pág. 18.

108. SILVA SÁNCHEZ, J.M., «¿“ex delicto”? Aspectos de la llamada “responsabilidad civil en el proceso penal”», cit., pág. 3. En el mismo sentido, *vid.* PANTALEÓN PRIETO, A.F., «“Perseverare diabolicum”: ¿Otra vez responsabilidad civil en el Código Penal?», *Jueces para la Democracia*, n.º 19, 1993, pág. 6.

como las infracciones contra la propiedad intelectual, se prevé un régimen indemnizatorio particular o especial¹⁰⁹.

La responsabilidad civil derivada del delito tiene un gran alcance en el ámbito penitenciario, especialmente a partir de la entrada en vigor de la LO 7/2003, de 30 de junio, pues, entre otros aspectos, se exige su satisfacción para que el reo pueda ser clasificado en tercer grado o progresar al mismo (*vid.* art. 72 LOGP); y el art. 90 CP, apartado 1 *in fine*, establece como condición necesaria para la concesión de la libertad condicional que el interno abone las responsabilidades civiles «en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por los apartados 5 y 6 del artículo 72 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria».

En la normativa penitenciaria, se equiparan el pago y el esfuerzo reparador del culpable (voluntad de pagar). A efectos de la satisfacción de la responsabilidad civil, en cuanto a la clasificación o progresión al tercer grado, y también respecto de la eventual concesión de la libertad condicional, se tienen en cuenta, además de la conducta efectiva del reo en orden a reparar el daño o indemnizar los perjuicios causados, «las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición» (art. 72.5 LOGP)¹¹⁰. Si bien el Juez de Vigilancia Penitenciaria (JVP) puede acordar medidas dirigidas al abono de la responsabilidad civil por parte del penado, en la STS 59/2018, de 2 de febrero, en resolución a un recurso de casación para la unificación de la doctrina, se declaró que «la interpretación procedente del artículo 90 del Código penal en cuanto a las medidas que pueden ser impuestas y referidas

109. Puede verse al respecto ORTEGA MATESANZ, A., «Delitos contra la propiedad intelectual y responsabilidad civil», *Diario La Ley*, n.º 9536, 13 de diciembre de 2019, págs. 5 y ss., especialmente.

110. Añade el inciso final del art. 72.5 LOGP que «singularmente, se aplicará esta norma cuando el interno hubiera sido condenado por la comisión de alguno de los siguientes delitos:

- a) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas.
- b) Delitos contra los derechos de los trabajadores.
- c) Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.
- d) Delitos contra la Administración pública comprendidos en los capítulos V al IX del título XIX del libro II del Código Penal».

a la responsabilidad civil no permiten imponer obligaciones de reparación sobre ingresos inferiores a los límites establecidos en el artículo 607 Ley de enjuiciamiento civil»¹¹¹.

2. LA PENA

Su importancia es tal que da nombre al Derecho penal¹¹². Constituye la principal forma de respuesta ante el hecho punible y supone una injerencia directa y grave del Estado en los derechos básicos del condenado¹¹³, privándolo de determinados bienes jurídicos (como la libertad, el ejercicio profesional, el patrimonio o, allí donde está prevista la pena de muerte, incluso la vida), para asegurar una protección eficaz de los intereses tutelados por la ley¹¹⁴.

Sin duda, la pena es, debido a la severidad de su contenido, la forma más grave de reacción penal utilizada por las legislaciones criminales¹¹⁵. Según GARCÍA-PABLOS DE MOLINA¹¹⁶, «jurídicamente, la pena es el arma más poderosa y devastadora del *ius puniendi*». Ahora bien, dado el carácter subsidiario del Derecho penal, la pena es una reacción institucional de último recurso frente a la comisión de un hecho penalmente punible¹¹⁷. Su naturaleza es punitiva o sancionatoria, constituyendo un *castigo* para quien vulnera la ley penal.

-
111. Sobre las consecuencias de este pronunciamiento judicial, véase SOLAR CALVO, P., «La exigencia de la RC en el medio penitenciario. La necesaria aplicación de la STS 59/2018, de 2 de febrero, de unificación de la doctrina», *Diario La Ley*, n.º 9347, 29 de enero de 2019, págs. 6 y ss., en especial.
 112. En contra de que el nombre se ligue a las consecuencias jurídicas, MAURACH, R./ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general. 1...*, cit., pág. 4.
 113. OTTO vincula más esa injerencia, «en la libertad del condenado, en el desarrollo de su personalidad y en su dignidad», a la ejecución de la pena. *Manual de Derecho Penal...*, cit., pág. 33. CALLIESS, por su parte, concibe las penas como una limitación o restricción, mayor o menor según la clase de pena de que se trate, a las oportunidades de participación en los sistemas sociales. *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat...*, cit., págs. 75 y ss.
 114. Cfr. VELÁSQUES VELÁSQUES, F., *Fundamentos de Derecho penal. Parte general*, 6.ª ed., Tirant lo Blanch, Bogotá, 2023, pág. 153.
 115. Vid. LUZÓN PEÑA, D.M., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., cit., pág. 25 [digital].
 116. *Introducción al Derecho penal*, 3.ª ed., cit., pág. 132.
 117. Por todos, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Teoría de la pena*, cit., pág. 14. Sostiene que «la pena supone la máxima coacción del ordenamiento jurídico, por lo que es preciso que su cumplimiento se produzca una vez agotados todos los recursos que la legislación establece».



La presente obra está dedicada a la teoría de la pena o, en un sentido amplio, teoría de las consecuencias jurídicas del delito, en tanto que la pena no es la única respuesta penal frente a las conductas delictivas. El trabajo se estructura en dos partes: una primera, dedicada, propiamente, a la teoría de la pena; la segunda, sin salir en realidad de esta teoría, se consagra al proceso de determinación de la pena y sus fases. En la primera parte, se aborda el fenómeno de la pena y otras consecuencias jurídicas del delito, entrando en sus características, fundamento, clases y regulación en el Código Penal español. Un apartado específico se dedica a los fines de la pena (es decir, a su para qué), prestando atención a las principales tesis históricas que se han planteado al respecto. Sin abandonar la teoría, el enfoque del trabajo es eminentemente práctico en lo que se refiere al proceso de medición de las consecuencias del delito. Tras presentar qué es la determinación de la pena y los distintos momentos que la integran, se examinan particularmente las reglas de aplicación de las penas del Código Penal español (arts. 61 y ss.), en especial en los supuestos de unidad de delito. Esta materia, consecuencia, en parte al menos, de que nuestro legislador penal conserve muchas reglas puramente aritméticas, es muy densa para los operadores jurídicos, pretendiendo nuestra investigación aportar algo de claridad para su comprensión. El objetivo general que nos hemos propuesto es subrayar la importancia de la teoría de la pena, históricamente descuidada por la ciencia penal.

ISBN: 978-84-1078-935-7



9 788410 789357