

**ANUARIO  
DE  
DERECHO PENAL  
Y  
CIENCIAS PENALES**

**TOMO XXVIII  
FASCICULO II**



**MAYO-AGOSTO  
MCMLXXV**

# ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Fundador:

EUGENIO CUELLO CALON (†)

Directores:

JOSE ANTON ONECA  
Catedrático jubilado de Derecho penal

JOSE MARIA RODRIGUEZ DEvesa  
Catedrático de Derecho penal de la Universidad Complutense

Redactor-Jefe:

DIEGO MOSQUETE MARIN  
Profesor Adjunto de Derecho penal de la Universidad Complutense

Secretario:

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG  
Profesor Agregado de Derecho penal de la Universidad Complutense

Vicesecretario:

PEDRO-LUIS YAÑEZ ROMAN  
Profesor Adjunto de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid

Consejo de Redacción:

MARINO BARBERO SANTOS  
Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Valladolid

FERNANDO DIAZ PALOS  
Magistrado del Tribunal Supremo

BERNARDO FR. CASTRO PEREZ  
Magistrado de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo

ANTONIO FERRER SAMA  
Catedrático de Derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid

JOSE CERESO MIR  
Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza

JOSE MARIA GONZALEZ SERRANO  
Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

MANUEL COBO  
Catedrático de Derecho penal y Director del Instituto de Criminología de la Universidad de Valencia

ADOLFO DE MIGUEL GARCI-LOPEZ  
Presidente de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo

JUAN CORDOBA RODA  
Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Barcelona

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO  
Catedrático de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid

ANGEL TORIO LOPEZ  
Catedrático de Derecho penal de la Universidad de La Laguna

RODRIGO FABIO SUAREZ MONTES  
Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Oviedo

## INDICE

### Sección Doctrinal

	Páginas
<i>Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo</i> , por Jose Cerezo Mir .....	159
<i>Las inhabilitaciones y suspensiones en el Derecho positivo español</i> , por José Luis Manzanares Samaniego .....	176
<i>Relaciones entre el Derecho penal griego y el Derecho penal alemán</i> , por Anna Benakis .....	229

# ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Editado por: INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS  
Duque de Medinaceli, 6 y 8.—Madrid.

Periodicidad: CUATRIMESTRAL.

Precio de suscripción: España, 800 ptas. Extranjero, 950.

Precio del fascículo suelto: España, 350 ptas. Extranjero, 450 ptas.

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948.

Ultimo fascículo aparecido: enero-abril 1975.

---

Publica artículos doctrinales de los más destacados Penalistas españoles y extranjeros, comentarios de Legislación y Jurisprudencia y notas bibliográficas sobre libros y revistas de la especialidad.

## CORRESPONDENCIA

Sobre distribución, suscripción, venta de fascículos, separatas, etc., dirigirla al Servicio de Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Duque de Medinaceli, núm. 6, teléfono 222-92-42, Madrid.

La relativa a Dirección y Colaboraciones, al Secretario del ANUARIO, Duque de Medinaceli, núm. 6. MADRID

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS.

SERIE 1

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 3

# ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

El ANUARIO no se solidariza con las opiniones sostenidas  
por los autores de los originales publicados.



MINISTERIO DE JUSTICIA  
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

**ANUARIO  
DE DERECHO PENAL  
Y  
CIENCIAS PENALES**

**TOMO XXVIII  
FASCICULO II**



**MAYO-AGOSTO  
MCMLXXV**

---

---

Es propiedad. Queda hecho el  
depósito y la inscripción en el  
registro que marca la Ley.  
Reservados todos los derechos.

---

---

Depósito Legal, M. 126.—1958

## Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo(\*)

JOSE CEREZO MIR

Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Zaragoza

### *La delimitación del Derecho penal del resto de los sectores del ordenamiento jurídico.*

La delimitación del Derecho penal de los restantes sectores del ordenamiento jurídico presenta dificultades cuando se trata de realizar en el plano material. Surge entonces el problema de distinguir materialmente lo ilícito penal, de lo ilícito civil, administrativo, etc. La distinción material de la pena de las restantes sanciones del ordenamiento jurídico no es tampoco tarea fácil (1).

El problema del concepto material del delito surge por primera vez históricamente en la Ilustración (2). Hasta entonces no pudo plantearse, pues, dada la fundamentación religiosa del pensamiento jurídico, el delito era concebido unánimemente como rebelión contra el orden establecido por Dios. El problema se plantea al escindirse en la Ilustración los sectores culturales de la religión, la moral y el Derecho.

El intento más serio de distinción material de lo ilícito penal y lo ilícito civil se debe a los filósofos idealistas alemanes. Para Hegel y Kant el delito es esencialmente distinto de lo ilícito civil. El delito es una rebelión contra el orden exigido por la razón moral y no se

---

\* Ponencia mantenida por el autor en las III Jornadas de catedráticos y profesores agregados de Derecho penal, celebradas en la Universidad de Santiago de Compostela, del 28 al 30 de mayo de 1975.

(1) En el plano formal la delimitación no presenta dificultades. Según el art. 26 del Código penal: «No se reputarán penas: 1.º La detención y la prisión preventiva de los procesados. 2.º La suspensión de empleo o cargo público acordada durante el proceso o para instruirlo. 3.º Las multas y demás correcciones que, en uso de atribuciones gubernativas o disciplinarias impongan los superiores a sus subordinados o administrados. 4.º Las privaciones de derechos y las reparaciones que en forma penal establezcan las leyes civiles. 5.º La privación del permiso para conducir vehículos de motor, acordada durante el proceso».

(2) Véase, H. MAYER, *Strafrecht*, 1953, págs. 50 y ss.

reduce, por tanto, al menoscabo de los intereses o derechos del individuo o de la sociedad (3).

Esta distinción de los filósofos idealistas alemanes entre delito e ilícito civil era más bien una distinción en el plano de la valoración filosófico-jurídica que en el de la construcción jurídica. Merkel y Binding pudieron objetar, por ello, con éxito, a los idealistas alemanes que no habían podido precisar un carácter distintivo estructural de lo lícito penal y civil (4).

La concepción material de la antijuridicidad como lesión o peligro de los bienes jurídicos protegidos no permite establecer tampoco una distinción entre lo ilícito penal y civil, pues el concepto de bien jurídico no puede ser reducido al ámbito del Derecho penal. Lo mismo sucede con el concepto de la antijuridicidad como dañosidad (5). Dañosos son también lo ilícito civil o administrativo (6).

La distinción material de la pena de las sanciones de otros sectores del ordenamiento jurídico presenta también dificultades. La pena y las medidas de seguridad del Derecho penal se diferencian de otras sanciones semejantes por tener como presupuesto necesario el delito y por tener que ser impuestas por jueces independientes en un proceso, según las reglas del Derecho procesal penal (art. 80 del Código penal, art. 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y art. 8.º de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970). La pena se diferencia, además, de otras sanciones semejantes por su absoluta independencia (7). Puede ser impuesta sin perjuicio de la aplicación simultánea de otras sanciones. Esta simultaneidad no constituye una infracción del principio *ne bis in idem*. Problemática es, sin embargo, como veremos en seguida la posibilidad de concretar un carácter distintivo puramente material.

El problema de la distinción material del Derecho penal de otros sec-

(3) Véase, H. MAYER, *Strafrecht*, 1953, pág. 51.

(4) Véase, H. MAYER, *Strafrecht*, 1953, pág. 51; ADOLF MERKEL, *Kriminalistische. Abhandlungen*, Leipzig 1867, I, pág. 4 y ss. y BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, reimpresión de la 4.ª ed. de Leipzig 1922, Scientia Verlag Aalen, 1965, I, págs. 237 y ss.

(5) Véase MERKEL, *Derecho penal*, traducción del alemán por P. DORADO MONTERO, Madrid, «La España Moderna» (sin fecha), págs. 5 y ss.; F. CASTEJÓN, *Teoría de la continuidad de los Derechos penal y civil*, Madrid, Reus 1913, página 13 y ss.; y v. LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 24 ed. (publicada por Eb. SCHMIDT), Walter de Gruyter, Berlín-Leipzig 1922, págs. 3 y ss. Acerca de la imposibilidad de hallar una distinción material entre lo ilícito penal y lo ilícito civil, véase, CASTEJÓN, *ob. cit.*, págs. 10 y ss. y JIMÉNEZ ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, tomo III, 3.ª ed. 1965, págs. 970 y ss.

(6) Una distinción estructural entre ilícito penal e ilícito civil o administrativo pretende realizar recientemente Stratenwerth (Verantwortung und Gehorsam, J. C. B. Mohr, Tübinga, 1958, págs. 174-6). Este señala, cómo fuera del Derecho penal la lesión puramente causal de un bien jurídico puede ser antijurídica. En el Derecho penal es precisa siempre, en cambio, la concurrencia del desvalor de la acción (dolo o inobservancia del cuidado objetivamente debido). Me parece problemático, sin embargo, que esta diferencia permita fundamentar una distinción cualitativa y no meramente cuantitativa de lo ilícito penal.

(7) Véase, MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, Allg. Teil, 4.ª ed. 1971, pág. 6.



tores del ordenamiento jurídico ha adquirido un interés actual con el intento renovado de deslindar del Derecho penal criminal un Derecho penal meramente administrativo y el Derecho penal disciplinario.

### *Derecho penal y Derecho administrativo.*

El problema de la distinción de lo ilícito administrativo y lo ilícito penal se plantea por primera vez en el Estado liberal. En el Estado policía del despotismo ilustrado no es posible distinguir claramente el Derecho penal del Derecho administrativo. No hay sino una división de funciones entre los tribunales y las autoridades administrativas (8). Con el advenimiento del liberalismo el Derecho penal habría de convertirse en uno de los exponentes más finos del Estado de Derecho, al quedar vinculado el ejercicio del *ius puniendi* al principio de legalidad de los delitos y las penas. La distinción sustancial entre delito e ilícito administrativo se hizo necesaria (9).

Con el advenimiento del liberalismo social a fines del siglo pasado y el crecimiento constante de la actividad administrativa del Estado el problema de la distinción de lo ilícito administrativo y lo ilícito penal adquirió una importancia cada vez mayor (10). El Estado no podía renunciar a los medios coactivos para imponer la realización de su actividad administrativa. Con ello surgía, sin embargo, el peligro de una hipertrofia del Derecho penal. Esta extensión desmesurada del Derecho penal era censurable desde el punto de vista material, al dar lugar a la inclusión en su ámbito de conductas no punibles y desde el punto de vista práctico, pues conducía a un exceso de trabajo de los tribunales.

Goldschmidt (11) propuso, en Alemania, para resolver este problema la segregación de un Derecho penal meramente administrativo del cuerpo del Derecho penal criminal. Para ello sugirió varios criterios sustanciales de distinción de lo ilícito penal y lo ilícito administrativo. Su doctrina fue desarrollada y dotada de una fundamentación filosófico-jurídica por Erik Wolf (12). Su ulterior desenvolvimiento en nuestros

(8) Véase, MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, Allg. Teil, 4.<sup>a</sup> ed. 1971, páginas 14 y ss.

(9) FEUERBACH fue quien primero intentó establecer una distinción conceptual entre lo que él llamaba delito contra el Derecho y mero delito de policía. El primero estaría constituido por la lesión de los derechos privados de los ciudadanos, garantizados recíprocamente por el contrato social. El delito de policía no infringiría, en cambio, ningún derecho anterior al contrato social, sino que iría dirigido contra el Estado; véase, H. MAYER, *Strafrecht*, 1953, pág. 72.

(10) Véase, MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, Allg. Teil, 4.<sup>a</sup> ed. 1971, pág. 15.

(11) JAMES GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht. Eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, reimpresión de la ed. de Berlín, 1902, Scientia Verlag Aalen 1969. Una exposición detallada de la doctrina de GOLDSCHMIDT formulada en la obra anteriormente citada y otros trabajos posteriores, difícilmente asequibles, en R. v. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, reimpresión de la ed. de Berlín, 1930, Scientia Verlag Aalen, 1971, tomo II, págs. 106 y ss.

(12) ERIK WOLF, *Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem, Festgabe für Reinhard Frank zum 70. Geburtstag*, reimpresión de la ed. de Tübinga, 1930, Scientia Verlag Aalen, 1969, págs. 518 y ss.

días se debe fundamentalmente a Eb. Schmidt, Lange, Michels y Bockelmann (13).

En nuestro país el problema se ha planteado de un modo diferente, pues el aumento de la actividad administrativa del Estado no dio lugar a una hipertrofia del Derecho penal, como en los restantes países europeos (Alemania, Francia, Italia), sino al desarrollo de un desmesurado poder sancionatorio de la Administración misma (14). En nuestro país se reclama no una despenalización o segregación de un Derecho penal administrativo del cuerpo del Derecho penal criminal, sino una desadministrativización de la actividad sancionatoria de la Administración (15) o al menos la sujeción de la misma a algunos de los principios fundamentales del Derecho penal (principio de legalidad, de retroactividad de las leyes favorables, y de la culpabilidad) y la aplicación del principio *ne bis in idem* en relación con las sanciones penales y administrativas (16). El problema del deslinde material de lo ilícito administrativo es también fundamental desde esta perspectiva.

(13) Eb. SCHMIDT, *Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, 1950, *Beifuge zur Deutscher Rechtszeitschrift*, Helf 11, 1950; y *Empfiehl es sich die Dreiteilung der strafbaren Handlungen beizubehalten? Nach welcher Gesichtspunkten ist das kriminelle Unrecht vom Verwaltungsunrecht abzugrenzen?*, *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, tomo 1, *Grundsatzfragen*, Bonn, 1956, págs. 333 y ss.; LANGE, *Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre*, *Juristenzeitung* 1956, págs. 519 y ss. y *Nur eine Ordnungswidrigkeit?*, *Juristenzeitung* 1957, págs. 233 y ss. H. G. MICHELS, *Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung, Versuch einer materialen Unterscheidung zwischen Kriminal- und Verwaltungsstrafrecht*, Berlín, Walter de Gruyter 1963; y BOCKELMANN, *Umwandlung der Verkehrsübertretungen in Ordnungswidrigkeiten, Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Hamburgo 1967, págs. 165 y ss. y *Möglichkeiten und Grenzen der Zivilisierung des Verkehrs durch das Mittel der Strafe*, *lug. cit.*, páginas 117 y ss.

(14) Véase el trabajo fundamental de J. R. PARADA VÁZQUEZ, *El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal*, «*Revista de Administración Pública*», 67, enero-abril 1972, págs. 41 y ss.

(15) Véase, PARADA VÁZQUEZ, *lug. cit.*, págs. 91-2, que considera que: «La solución más razonable... sería la de variar el orden jurisdiccional revisando ante la jurisdicción penal los actos sancionadores de la Administración, aceptando la posibilidad de interponer contra éstos recursos suspensivos» (pág. 92); y MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ, *El Derecho penal económico. Un estudio de Derecho positivo español*, separata del Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid 1973, págs. 121 y ss. que propone una interpretación restrictiva de la salvedad del art. 603 del Código penal, de modo que las sanciones administrativas superiores a las penas de las faltas sean penas y estén sujetas a las reglas del título III del libro I del Código penal y no puedan ser impuestas por la Administración, sino por los Tribunales de Justicia, mediante un procedimiento criminal.

(16) Véase, en este sentido, LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Libertad religiosa y orden público*, Madrid, Tecnos, 1970, págs. 79 y ss. *Sanciones penales y sanciones gubernativas*, Problemas actuales de Derecho penal y procesal, Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho, Salamanca 1971, págs. 11 y ss. y 16 y ss.; J. A. BOLEA FORADADA, *Las cuestiones penales y el proceso contencioso-administrativo*, «*Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*», año IV, núm. 15, 1 de octubre de 1964, págs. 16 y ss., y en *Comentarios a la Ley de lo Contencioso Administrativo*, por J. TRUJILLO, C. QUINTANA y J. A. BOLEA, I, Santillana 1965, págs 244 y ss.; JUAN DEL ROSAL, *Ideas sobre la aplicación de los principios de Derecho penal a la infracción tributaria*, «*Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*», 1963, fasc. 1.º, págs. 12 y ss.; CASABÓ RUIZ,

Los delitos del Derecho penal criminal serían, según Goldschmidt (17), Wolf, Lange, Bockelmann y Michels delitos «naturales» «per se», «de Derecho natural», «previamente dados», o «metapositivos», mientras que los delitos administrativos serían «delitos artificiales», o «creados sólo por la voluntad del Estado». Esta distinción es inadmisibles. La historicidad, como dice Welzel (18), es tan inseparable de la esencia del Derecho como de la esencia del hombre. No es posible hablar, por ello, de delitos «naturales» o de «Derecho natural».

Como consecuencia de la crítica de Welzel, Lange (19) ha precisado que su distinción de delitos «naturales» y «artificiales» no se fundamenta en una concepción iusnaturalista. Lange quiere decir únicamente que delitos «naturales» o del Derecho penal criminal serán en cada momento histórico aquellas acciones delictivas que sean ético-socialmente relevantes, o que tengan una significación cultural. El delito administrativo será siempre, según Lange (20), una acción irrelevante para la ética social o culturalmente indiferente. Su opinión es compartida por Eb. Schmidt (21), Michels (22) y Mezger-Blei (23).

Lo ilícito administrativo se agotaría, según estos autores, en la desobediencia de los mandatos y prohibiciones establecidos positivamente.

J. R., en *Comentarios al Código Penal*, de Juan Córdoba Roda, Gonzalo Rodríguez Mourullo y otros, II, Barcelona, Ariel, 1972, págs. 85-6; y GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, *Presente y futuro del delito fiscal*, «Cuadernos Civitas», 1974, págs. 14 y ss.

(17) GOLDSCHMIDT partiría para distinguir lo ilícito administrativo y lo ilícito penal de la distinta situación en que es considerado el hombre en una y otra esfera. En el Derecho penal el hombre aparece como individuo dotado de voluntad autónoma y en el Derecho administrativo, en cambio, como miembro de la sociedad al servicio de los fines del progreso social. El delito administrativo sería, según él, infracción del deber de colaboración. Este criterio de GOLDSCHMIDT no ha hallado eco, con razón, en la literatura jurídica (véase, ANTON ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, 1949, pág. 9 y Stampa, *Introducción a la Ciencia del Derecho Penal*, página 60). En el Derecho administrativo el hombre es considerado también como ser responsable. Tanto en las leyes administrativas como en las penales el legislador declara qué acciones son lícitas e ilícitas y establece una línea de conducta para realizar el progreso social. Tampoco ha hallado eco el criterio propuesto por GOLDSCHMIDT de que el delito administrativo no sería un acto contra el Derecho —como el delito penal— sino solamente un acto contra el orden administrativo (véase, a este respecto, H. MAYER, *Strafrecht*, 1953, pág. 71-2 y *Strafrecht*, 1967, páginas 56-7 y JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 2.<sup>a</sup> ed., pág. 40).

(18) WELZEL, *Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht*, Juristenzeitung 1956, página 238, Juristenzeitung 1957, pág. 132 y *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4.<sup>a</sup> ed. 1962. MAURACH afirma también la imposibilidad de reconocer la existencia de delitos naturales o ético-socialmente a priori; véase, *Deutsches Strafrecht, Allg. Teil*, 4.<sup>a</sup> ed. 1971, pág. 5.

(19) LANGE, *Nur eine Ordnungswidrigkeit?*, Juristenzeitung 1957, pág. 238; en este sentido, también, MICHELS, *ob. cit.*, pág. 78 y ss.

(20) Véase, también, *Die Magna Charta der anständigen Leute*, Juristenzeitung 1956, págs. 75-79; *Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre*, Juristenzeitung 1956, págs. 519 y 521-3 y *Nur eine Ordnungswidrigkeit?*, Juristenzeitung 1957, páginas 233 y 237-8.

(21) Eb. SCHMIDT, *Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, págs. 26-28.

(22) MICHELS, *ob. cit.*, págs. 48 y ss.

(23) MEZGER-BLEI, *Strafrecht*, I, Allg. Teil, 15 ed. 1973, págs. 5-6.

te por el legislador. Sería un ilícito puramente formal. Lo ilícito del delito administrativo no estaría constituido por la lesión o el peligro concreto de un bien jurídico, sino solamente por la lesión de un interés de la Administración. El peligro de los bienes jurídicos, es, a lo sumo, *ratio legis* de la punición de estas conductas. Esta distinción cualitativa entre lo ilícito administrativo y criminal tendría luego su repercusión en la diversa función y estructura dogmática de la sanción administrativa y de la pena criminal. La sanción administrativa no tendría carácter retributivo o expiatorio; no sería expresión de un juicio valorativo ético-social. La sanción administrativa no tendría otro fin que apelar al desobediente y recordarle sus deberes (24).

La afirmación de que lo ilícito administrativo sea ético-social o culturalmente indiferente no me parece convincente (25). El legislador no establece sus mandatos y prohibiciones, como dice Welzel (26), para ejercitar la obediencia de los ciudadanos, sino para crear un estado o situación valiosos, o impedir la producción de un daño. Desde el núcleo central del Derecho penal hasta las últimas faltas penales o infracciones administrativas discurre una línea continua de un ilícito material que se va atenuando, pero que no llega a desaparecer nunca del todo. La mayor parte de las veces es la lejanía del sector vital respectivo la que induce a creer a los juristas que lo injusto de una falta determinada es puramente formal. H. Mayer ha citado, entre otros, el ejemplo de la omisión de la lucha contra la oruga (que pone en peligro la cosecha de fruta del vecino diligente). Nadie podría decir que esta conducta sea ético-social o culturalmente indiferente. En el Derecho penal español, incluso las acciones constitutivas de las faltas contra el orden público y contra los intereses generales y régimen de las poblaciones (27) tienen siempre

(24) Véase, LANGE, *Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre*, Juristenzeitung 1956, pág. 521; WOLF, *Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem*, pág. 548; MICHELS, *ob. cit.*, págs. 57 y ss.; MEZGER-BLEI, *Strafrecht*, I Allg. Teil, 14 ed. 1970, págs. 5-6; y BOCKELMANN, *Umwandlung der Verkehrsübertretungen in Ordnungswidrigkeiten*, lug. cit., págs. 167 y ss. Según LANGE, el principio de la culpabilidad funciona aquí sólo como límite. En la medición de la pena el criterio rector vendría suministrado por los fines racionales de estas leyes administrativas, *Die Magna Charta der anständigen Leute*, lug. cit., pág. 77. Según BOCKELMANN, la sanción administrativa puede tener un carácter retributivo, pero nunca es expresión de un juicio desvalorativo ético-social sobre el autor; lug. cit., págs. 168-9.

(25) Véase, también, en este sentido, H. MAYER, *Strafrecht*, 1953, págs. 56 y 73 y *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 1967, págs. 56-7; WELZEL, *Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht*, Juristenzeitung 1956, págs. 238 y ss.; Juristenzeitung 1957, pág. 132; JESCHECK, *Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht*, Juristenzeitung 1959, página 459, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 2.<sup>a</sup> ed., págs. 40-1; ARTHUR KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, C. Winter Universitätsverlag, Heidelberg 1961, páginas 136-7; KRÜPELMANN, *Die Bagatelldelikte*, Duncker-Humboldt, Berlín 1966, págs. 171 y ss.; Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, págs. 30-1; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 1970, págs. 207-8; y BAUMANN, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 5.<sup>a</sup> ed., págs. 33-4.

(26) Véase, WELZEL, *Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht*, Juristenzeitung 1956, págs. 238-240 y Juristenzeitung 1957, pág. 132.

(27) Son consideradas, en su mayor parte, por la doctrina española como ejemplos de meras infracciones de policía o administrativas; véase, RODRÍGUEZ MUÑOZ,

una relevancia ético-social o cultural mayor o menor. El que esparce falsos rumores o usa de cualquier otro artificio ilícito para alterar el precio «natural» de las cosas (núm. 1 del art. 574) contribuye a agravar las tendencias inflacionistas en la economía española. En algunos casos lo ilícito material puede ser, incluso, más grave que en ciertos delitos. Compárese, por ejemplo, las faltas del art. 568, del núm. 2.º del art. 574, del núm. 2.º del art. 576 y los núms. 3, 4 y 7 del 577 y el delito del art. 340 bis c (en el caso de que el autor, carente del permiso de conducción, sepa conducir perfectamente) y el delito de daños del artículo 563. En el seno de una regulación jurídica puede haber normas puramente arbitrarias o creadas exclusivamente por la voluntad del Estado. Este es el caso, por ejemplo, dentro de la regulación del tráfico, de la norma que dispone que los vehículos han de circular por la derecha. En estos casos sólo la existencia de una ordenación está materialmente fundada, pero es indiferente el sentido de la misma. Los vehículos podrían circular, en efecto, perfectamente por la izquierda (como en Inglaterra). Estas normas son siempre, sin embargo, parte integrante de una regulación jurídica más amplia fundamentada materialmente. El derecho del tráfico, por ejemplo, tiende, sin duda, a proteger la vida humana, la integridad corporal y la propiedad. Una regulación jurídica arbitraria, sin fundamento material alguno, sería puramente despótica y debería ser extirpada de nuestro Derecho (28).

La exclusión del *concepto* del bien jurídico del ámbito del llamado Derecho penal administrativo carece de fundamento. No es posible precisar una diferencia entre los intereses de la Administración (el contener la inflación, por ejemplo, en el art. 574 núm. 1) tutelados por el Derecho y el resto de los bienes jurídicos (29). Si el interés de la Administración es a veces sólo *ratio legis* (30), también lo es la protección de los bienes jurídicos en los delitos de peligro abstracto del Derecho penal criminal. Si lo injusto administrativo fuera puramente formal, si se agotase en la desobediencia de los mandatos o prohibiciones del Derecho, no podría establecer el legislador diferencias en la sanción entre las diversas infracciones del Derecho penal administrativo (31). El delito penal y el delito administrativo o de policía tienen un contenido material semejante y la misma estructura lógica.

La pena o las sanciones del llamado Derecho penal administrativo encontrarán su justificación únicamente en su proporción a la gravedad de la infracción y en su necesidad, como la pena del Derecho penal criminal. La imposición de la sanción administrativa será también con

---

notas a la traducción del *Tratado de Derecho penal*, de Mezger, I, 1955, págs. 10 y 11.

(28) Véase, WELZEL, *Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht*, Juristenzeitung 1956, pág. 240; y KRÜPELMANN, *ob. cit.*, pág. 173.

(29) Véase, H. MAYER, *Strafrecht*, 1953, págs. 72-3; JESCHECK, *Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht*, Juristenzeitung 1959, pág. 459 y *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 2.<sup>a</sup> ed., pág. 40.

(30) Según MICHELS, *ob. cit.*, págs. 69 y ss., éste es siempre el caso.

(31) En este sentido, KRÜPELMANN, *ob. cit.*, pág. 175.

frecuencia expresión de un juicio desvalorativo ético-social (32). Entre las penas y las sanciones administrativas existen únicamente diferencias cuantitativas (33).

El criterio filosófico-jurídico sugerido por Wolf (34) para la distinción de lo ilícito penal y administrativo no es tampoco convincente. Según Wolf sería posible establecer una diferenciación mediante la referencia a los valores supremos en que deben orientarse la Administración y el Derecho, es decir en el primer caso el bienestar y en el segundo la justicia. ¿Es posible admitir, sin embargo, que la Administración no deba orientarse en el valor de la justicia? (35). Toda la actividad del Estado, observa con razón H. Mayer (36), incluso si gira en torno a intereses temporales de la Administración va dirigida al fin unitario de crear un orden justo y útil.

Hasta el momento no ha sido posible encontrar un criterio que permita apreciar una diferencia cualitativa entre lo ilícito penal y lo ilícito administrativo (37).

La Ley alemana de las contravenciones de 25 de marzo de 1952 y la Ley penal económica alemana de 9 de julio de 1954, reformada por la de 21 de diciembre de 1962 pretendieron establecer una distinción cualitativa entre lo ilícito criminal y administrativo. Los conceptos de delito y contravención que establecían eran, sin embargo, de carácter

(32) La pena tampoco lo es siempre. No lo es cuando, excepcionalmente, el delito castigado es una conducta irrelevante desde el punto de vista de la ética social.

(33) En este sentido también, KRÜPFELMANN, *ob. cit.*, pág. 177; SCHMID-HÄUSER, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, pág. 208; H. MATTES, *Die Problematik der Umwandlung der Verkehrsübestatungen in Ordnungswidrigkeiten*, Z. Str. W. 1970, pág. 30; y RUDOLF SCHMITT, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, C. Heymans Verlag, 1970, págs. 12 y ss.

(34) Véase, WOLF, *ob. cit.*, págs. 521-2.

(35) Véase, WELZEL, *Juristenzeitung*, 1957, págs. 131-2; y AFTALIÓN, *Derecho penal administrativo*, Buenos Aires 1955, pág. 87.

(36) H. MAYER, *Strafrecht*, 1953, pág. 73.

(37) Véase en este sentido, también, R. v. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, 2., págs. 112 y ss.; MEZGER, *Strafrecht*, I, Allgemeiner Teil, 8.<sup>a</sup> ed. 1958, pág. 5 (de otra opinión, en cambio, MEZGER-BLEI, *Strafrecht*, I, Allgemeiner Teil, 15 ed., págs. 5-6); H. MATTES, *lug. cit.*, págs. 27 y ss.; RUDOLF SCHMITT, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, págs. 13 y ss.; STAMPA, *Introducción a la Ciencia del Derecho penal*, pág. 57 y ss.; RODRÍGUEZ MUÑOZ, *traducción del Tratado de Derecho penal*, de Mezger, I, 1955, págs. 10-11; CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Derecho penal*, tomo I, Parte General, vol. 1.<sup>o</sup>, 16 ed., pág. 11; JIMÉNEZ DE ASÚA, *La Ley y el delito*, 4.<sup>a</sup> ed., 1963, págs. 266 y ss. y *Tratado de Derecho penal*, I, 3.<sup>a</sup> ed., 1964, págs. 48 y ss. y III, 3.<sup>a</sup> ed. 1965, págs. 976-7; ANTÓN ONECA, *Derecho penal, Parte General*, Madrid, 1949, págs. 9-10; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte General*, 4.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1974, pág. 29; CASABÓ RUIZ, J. R., en *Comentarios al Código Penal*, de JUAN CÓRDOBA RODA, GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO y otros, II, Barcelona, Ariel, 1972, págs. 81 y ss.; MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ, *El Derecho penal económico. Un estudio de Derecho positivo español*, separata del «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», Madrid 1973, págs. 117 y ss.; LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, *Libertad religiosa y orden público*, págs. 83 y ss.; y BOLEA FORADADA, *Las cuestiones penales y el proceso contencioso-administrativo*, *lug. cit.*, pág. 15, y *Comentarios a la Ley de lo Contencioso Administrativo*, I, págs. 240 y ss.

puramente formal (38). Las acciones amenazadas simplemente con una sanción pecuniaria (Geldbusse) eran contravenciones y las amenazadas con pena, delitos. Si una acción era amenazada con pena o con una sanción pecuniaria decidía la sanción impuesta en el caso concreto sobre el carácter de la misma. Las leyes citadas prescribían (art. 6.º de la Ley penal económica y art. 2.º de la Ley de las contravenciones) los criterios que había de seguir el juez o las autoridades administrativas para deslindar los delitos y las contravenciones en estos casos. Estos criterios eran, en definitiva, puramente cuantitativos. Delito y contravención se distinguían por la importancia del daño causado, o por la diferencia del grado del desvalor de la acción. En la nueva Ley de contravenciones de 24 de mayo de 1968, que sustituyó a la de 25 de marzo de 1952, desaparecen los tipos mixtos y falta, por ello, un precepto similar al artículo 2.º de la antigua Ley. Se mantienen, no obstante, en la Ley penal económica después de las reformas introducidas en la misma por la Ley de introducción a la Ley de contravenciones de 24 de mayo de 1968 (el antiguo art. 6.º es ahora el 3.º) (39).

Las leyes alemanas citadas no consiguieron señalar tampoco una diferencia cualitativa entre la pena y la sanción pecuniaria (40). Para fundamentar una diferencia cualitativa no basta con que las sanciones pecuniarias no se inscriban en el Registro de antecedentes penales y que no puedan ser sustituidas por prisión en caso de insolvencia (41). Ello se debe a que su imposición implica generalmente un desvalor ético-social menor y a consideraciones de política criminal.

Al no haber sido posible hasta ahora establecer una diferencia cualitativa entre ilícito penal e ilícito administrativo y entre pena y sanción administrativa, resulta inadmisibile desde el punto de vista de las exigencias del Estado de Derecho la hipertrofia actual de la potestad sancionatoria de la Administración en España. Según el art. 603 del Código penal: «En las ordenanzas municipales y demás reglamentos generales o particulares de la administración que se publicaren en lo sucesivo y en los bandos de policía y buen gobierno que dictaren las autoridades, no se establecerán penas mayores que las señaladas en

(38) Véase, en este sentido, BOCKELMANN, *Z. Str. W.*, tomo 66, 1954, páginas 123 y ss.; H. MAYER, *Strafrecht*, 1953, págs. 71 y ss.; AFTALIÓN, *Derecho penal administrativo*, Buenos Aires 1955, págs. 96 y ss.; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, pág. 208; y RUDOLF SCHMIDT, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, págs. 13 y ss.

(39) Véase, a este respecto, RUDOLF SCHMIDT, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, pág. 13 y GÖLER, *Das neue Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, *Juristenzeitung* 1968, pág. 583 y ss. y 613 y ss.

(40) Véase, a este respecto, H. MAYER, *Strafrecht*, 1953, págs. 47 y 71-2, y RUDOLF SCHMIDT, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, págs. 12 y ss.

(41) En este sentido, KRÜPELMANN, *Die Bagatelldelikte*, pág. 177, y R. SCHMIDT, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, pág. 12. En la nueva Ley de las Contravenciones de 24 de mayo de 1968 (arts. 96 y 66, apartado 2.º) se prevé un «arresto de apremio» para el caso de falta de pago de la sanción pecuniaria o de una parte de la misma, si el interesado no ha comunicado a los órganos de ejecución la imposibilidad en que se encuentra de pagar, o habiéndolo hecho, aquéllos no conocen circunstancia alguna que pueda justificar dicha imposibilidad.

este libro, aun cuando hayan de imponerse en virtud de atribuciones gubernativas, a no ser que se determinare otra cosa por las leyes especiales». Las penas correspondientes a las faltas son, fundamentalmente, el arresto menor (de uno a treinta días) y la multa hasta diez mil pesetas (42). Hoy las sanciones administrativas de carácter pecuniario superiores a diez mil pesetas no son una excepción, sino un fenómeno muy frecuente (43). En la Ley de prensa e imprenta de 18 de marzo de 1966, por ejemplo, se establecen multas para los autores y directores, de veinticinco mil a cincuenta mil pesetas si la infracción es grave y de cincuenta mil a doscientas cincuenta mil si se trata de una infracción muy grave (art. 69). Según la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959, reformada por la Ley de 21 de julio de 1971 y por el Decreto Ley de 26 de agosto de 1975 sobre prevención del terrorismo, los Jefes Superiores de Policía pueden imponer multas que no excedan de 100.000 pesetas, los Gobernadores civiles hasta 500.000 pesetas, el Director General de Seguridad hasta 1.000.000 de pesetas, el Ministro de la Gobernación hasta 2.000.000 de pesetas y el Consejo de Ministros hasta 5.000.000 (art. 19). En materia de disciplina de mercado, de acuerdo con el Decreto de 20 de diciembre de 1974, los Jefes provinciales de comercio interior pueden imponer sanciones de hasta 50.000 pesetas, el Director General de Información e Inspección comercial hasta 500.000 pesetas, el Ministro de Comercio hasta de 2.500.000, y el Consejo de Ministros de 2.500.000 pesetas en adelante, sin límite alguno. De acuerdo con la Ley de contrabando, texto refundido de 16 de julio de 1964, las multas pueden ser muy elevadas, pues cuando se trata de infracciones de mayor cuantía (en que el valor de los géneros excede de 50.000 pesetas) pueden alcanzar del cuádruplo al sexto del valor de los géneros o efectos (art. 30). La Administración española puede imponer, además, sanciones privativas de libertad en sustitución de las pecuniarias. En aplicación de la Ley de Orden Público (art. 22, 1) las autoridades gubernativas pueden exigir, en caso de impago de la multa, una responsabilidad personal subsidiaria, consistente en una privación de libertad, de «hasta 30 días si se impone por el Gobernador civil; hasta setenta, si la decide el Director General de Seguridad y hasta noventa días si la impusiere el Ministro de la Gobernación o el Consejo de Ministros» (44). De acuerdo con la Ley de contrabando (art. 24, apartado 4), en caso de insolvencia la multa es sustitui-

(42) Según el límite establecido por la Ley de 28 de noviembre de 1974 de reforma parcial del Código penal (arts. 28 y 74 del Código penal).

(43) Véase, a este respecto, LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, *Sanciones penales y sanciones gubernativas*, págs. 14-5.

(44) LORENZO MARTÍN-RETORTILLO (en *Sanciones penales y sanciones gubernativas*, pág. 15) considera, con razón, que este precepto es anticonstitucional, por infringir el párrafo 2.º del artículo 18 del Fuero de los Españoles, según el cual, «en el plazo de 72 horas todo detenido será puesto en libertad o entregado a la autoridad judicial»; en el mismo sentido, GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Orden Público*, Abella, Madrid 1971, pág. 265, quien considera que se infringen, además, el principio de igualdad ante la ley y el de legalidad (art. 19 del Fuero de los Españoles).



da por prisión cuya duración «se calculará teniendo en cuenta que cada día de privación de libertad equivale al importe del salario laboral mínimo vigente en el momento en que se practique la liquidación de condena, con la duración máxima de uno, dos o cuatro años según se trate respectivamente, de infracciones de mínima, de menor o de mayor cuantía». En algún caso la Administración puede imponer, incluso, *penas* privativas de libertad. Así, el juez de delitos monetarios (lego, dependiente del Ministerio de Hacienda y nombrado en Consejo de Ministros a propuesta del de Hacienda) puede imponer además de una pena de multa, una de prisión hasta el máximo de tres años, con independencia de la prisión subsidiaria por insolvencia (art. 7, en relación con el 8. de la Ley penal y procesal de delitos monetarios de 24 de noviembre de 1938) (45 (45 a)).

Es urgente un replanteamiento por parte del legislador de los límites del Derecho penal y el Derecho administrativo. Entre lo ilícito penal y lo ilícito administrativo, entre la pena y la sanción administrativa, existen únicamente diferencias cuantitativas y el límite ha de ser trazado positivamente por el legislador. En la redistribución de la materia ha de tener en cuenta la gravedad de las infracciones desde el punto de vista material (desvalor ético-social o cultural) y consideraciones de política criminal (la rapidez y eficacia de la sanción). Gran parte de las faltas del Libro III del Código Penal podrían transformarse en infracciones puramente administrativas y otras, las menos, convertirse en delitos (por ejemplo, las faltas de lesiones, hurto, estafa, apropiación, indebida, incendio y daños) (46), que podrían perseguirse sólo a instancia de parte. Las infracciones administrativas más graves deberían conver-

---

(45) Según la Base 2.<sup>a</sup> (De la unidad jurisdiccional), número 10, de la Ley de Bases Orgánica de la Justicia de 28 de noviembre de 1974: «Salvo lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley Orgánica del Estado, en la jurisdicción ordinaria que corresponde a los Juzgados y Tribunales regulados en esta Ley, se integrará cualquier competencia de naturaleza judicial atribuida a otras autoridades y organismos. Sólo esta jurisdicción podrá declarar derechos con efectos de cosa juzgada o imponer sanciones que impliquen privación de libertad. Quedan a salvo las facultades conferidas por Ley a la autoridad gubernativa en materia de orden público. Las resoluciones dictadas por organismos y por autoridades gubernativas o administrativas serán recurribles ante los Tribunales, en los términos establecidos en la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa».

(45 a) En la Ley de Bases Orgánica de la Justicia se denomina delito a las infracciones de contrabando (lo cual parece un indicio de que el legislador piensa incluir de nuevo estas infracciones en el ámbito del Derecho penal, al que pertenecían por la Ley penal y procesal en materia de contrabando y defraudación de 14 de enero de 1929) y se dispone que su enjuiciamiento corresponde a los órganos de la jurisdicción criminal (las de mayor cuantía a las Audiencias territoriales y provinciales, las de menor cuantía a los Juzgados de Partido y las de mínima cuantía a los Juzgados de Distrito) (Base 9, números 40, 42, 46 y 48). En la Base 24,2 se dispone: «Asimismo, el Gobierno, en el plazo de seis meses, remitirá a las Cortes un Proyecto de Ley que determine las infracciones administrativas en materia de moneda y contrabando que, por su menor trascendencia, deben ser sancionadas con multa por las autoridades administrativas, siendo sus resoluciones revisibles por la jurisdicción contencioso-administrativa».

(46) Artículos 582; 583, 1.º 2.º y 3.º; 595; 597; 598 del Código penal..

irse en delitos o faltas o ser suprimidas cuando coincidan con figuras delictivas existentes actualmente en el Código. Dentro del campo resultante de las infracciones administrativas, debería unificarse la clasificación de las mismas según su gravedad (47), distinguiendo unas infracciones administrativas graves y otras leves. En las primeras deberían encontrar también aplicación los principios fundamentales del Derecho penal, especialmente los principios de legalidad, de irretroactividad de las leyes desfavorables, de retroactividad de la ley favorable y de culpabilidad, y debería reconocerse la vigencia del principio *ne bis in idem* en relación con las sanciones penales y la posibilidad de interponer, contra la resolución en que se imponga una sanción administrativa, un recurso suspensivo ante los tribunales de la jurisdicción criminal (48). En ningún caso podrían imponer los tribunales o las autoridades administrativas, ni siquiera con carácter sustitutorio, sanciones privativas de libertad (49).

#### *Derecho penal y Derecho disciplinario.*

Los intentos de delimitación material de lo ilícito criminal y lo ilícito disciplinario han sido también hasta el momento poco afortunados. Según Maurach, lo ilícito disciplinario tiene un carácter interno y concurre aunque no haya sufrido menoscabo alguno la autoridad del Estado, ni haya sufrido perturbación alguna la marcha de la Administración. En los delitos de los funcionarios públicos del Código Penal, el bien jurí-

(47) En la Ley de Prensa e Imprenta se clasifican las infracciones en muy graves, graves y leves (art. 69) y en la Ley de Contrabando en infracciones de mínima, menor y mayor cuantía (art. 6.º).

(48) La vigencia del principio «ne bis in idem» para las sanciones penales y administrativas se establece en el artículo 276, I, del Código de la Circulación. En la ley alemana de las contravenciones de 24 de mayo de 1968 se establecen los principios de legalidad y culpabilidad (arts. 1.º, 5.º, 6.º y 7.º). En el párrafo 1.º del artículo 1.º se declara que: «Una contravención es una acción antijurídica y reprochable que realiza el tipo de una ley que permite el castigo con una sanción pecuniaria» (Geldbusse). La aplicación por una misma acción de una pena y una sanción pecuniaria (Geldbusse) resulta imposible (art. 86) y se prevé la posibilidad de interponer un recurso suspensivo ante los órganos de la jurisdicción criminal (arts. 67 y ss. y art. 89). Muy importante es la regulación expresa de la prescripción (arts. 27 y ss.) y la posibilidad de comparecencia de un funcionario ante el órgano de la jurisdicción criminal para explicar los fundamentos de la sanción (art. 76). En el art. 2.º de la Ley federal suiza del Derecho penal administrativo de 22 de marzo de 1974, que entró en vigor el 1.º de enero de 1975, se declara la aplicación, en principio, de los preceptos de la Parte General del Código penal a las contravenciones y en los arts. 73 y ss. se prevé la posibilidad de interponer un recurso suspensivo contra las decisiones de las autoridades administrativas ante los órganos de la jurisdicción criminal. En el proceso criminal es parte también la Administración. Véase MARKUS PETER, *Das neue Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht*, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 1974, fascículo 4, págs. 338 y 353 y ss.

(49) La Base 2, número 10, de la Ley de Bases Orgánica de la Justicia no resuelve aún este problema, porque se hace una salvedad para las sanciones impuestas por la autoridad gubernativa en materia de orden público.

dico protegido es, en cambio, la confianza de los ciudadanos en la pureza de la gestión administrativa (50). Este criterio de Maurach no permite realizar una diferenciación cualitativa entre lo ilícito penal y lo ilícito disciplinario. El menoscabo de la confianza de los ciudadanos en la pureza de la gestión administrativa puede ser producido también por lo ilícito disciplinario y puede faltar, en cambio, en los delitos de los funcionarios públicos del Código penal. En el Derecho disciplinario, según Maurach, las infracciones interesan sólo como síntoma de que el funcionario no es merecedor de confianza (es un Derecho no de hecho, sino de autor) y la sanción es, en rigor, una medida con fines de corrección y protección, a diferencia de la pena que es retribución del hecho delictivo realizado (51). Resulta difícil admitir, sin embargo, que la sanción disciplinaria no deba guardar relación con la gravedad de la infracción, sino únicamente con la falta de probidad del funcionario de la cual la infracción deba ser un mero síntoma.

El criterio de distinción sugerido por Caetano (52) es esencialmente un criterio cuantitativo. Lo ilícito disciplinario devendría penal cuando no se hubiese lesionado sólo el interés del servicio público, sino que se hubiesen violado, además, las normas esenciales de la institución, se hubiese puesto en peligro su existencia, la permanencia de su carácter y la finalidad de su organización. El punto de partida de Caetano para llegar a una diferenciación cualitativa es, a mi juicio, discutible. El interés y la necesidad de perfeccionamiento progresivo del servicio público inspiran tanto las normas del Derecho disciplinario, como las del Derecho penal común, que regulan los delitos de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos.

El criterio de distinción propuesto por Cuello Calón (53) y Antón Oneca (54) no permite una diferenciación cualitativa entre ilícito disciplinario e ilícito penal. El Derecho penal tendría como fin, según estos autores, la tutela del orden jurídico y el Derecho disciplinario, en cambio, el mantener a los funcionarios en la observancia de sus deberes (Cuello Calón) o contribuir a la mejor organización de un servicio público (Antón Oneca). A este respecto es preciso observar que el Derecho penal no se limita a tutelar un orden jurídico preexistente, sino que constituye también una parte de dicho orden. Las normas del Derecho penal que regulan los delitos de los funcionarios públicos tienen como fin, lo mismo que las normas del Derecho disciplinario, el mantener a los funcionarios en la observancia de sus deberes y el contribuir a la mejor organización de un servicio público.

(50) Véase MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4.<sup>a</sup> ed., pág. 10.

(51) Véase MAURACH, *lug. cit.*, págs. 10-11.

(52) Véase, STAMPA, *Introducción a la Ciencia del Derecho Penal*, pág. 53, que acepta el criterio de CAETANO. STAMPA hace una crítica certera de otros criterios de distinción sugeridos por la doctrina, demostrando su falta de viabilidad; véase nota 29 de la pág. 52.

(53) Véase CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Derecho penal*, tomo I, Parte General, volumen primero, 16 ed. 1971, págs. 9 y ss.

(54) Véase ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, Parte General, 1949, pág. 10.

Entre lo ilícito disciplinario y lo ilícito penal no hay sino una diferencia de grado. El legislador extiende la amenaza de la pena a las formas más graves de lo ilícito disciplinario. La sanción disciplinaria y la pena no se diferencian esencialmente. La sanción disciplinaria ha de ser también justa, adecuada a la gravedad de la infracción, y necesaria. La sanción disciplinaria, sin embargo, dentro del límite máximo marcado por la justicia, tiene en cuenta no sólo los fines de la prevención general y la prevención especial, sino también las exigencias del prestigio y el buen funcionamiento de la Administración. Las sanciones penales y las sanciones disciplinarias son, por ello, independientes (55).

La menor gravedad de lo ilícito disciplinario frente a lo ilícito penal explica que en el Derecho disciplinario las conductas prohibidas no estén definidas de un modo exhaustivo en la Ley, ni venga vinculada expresamente a cada una de ellas una sanción determinada. Las sanciones disciplinarias no son impuestas, por el mismo motivo, por la jurisdicción ordinaria, sino por las autoridades administrativas en resoluciones por lo general revocables (56).

El Derecho disciplinario tiene una gran extensión. Además del Derecho disciplinario de los funcionarios (por ejemplo, Texto articulado de la Ley de los funcionarios civiles del Estado, aprobado por Decreto de 7 de febrero de 1964, artículos 87 y ss., Reglamento de Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Administración Civil del Estado de 16 de agosto de 1969, los preceptos de la Ley Orgánica del Poder judicial referentes a las correcciones imponibles a jueces y magistrados, artículos 740 y ss., y los del Reglamento orgánico del Ministerio Fiscal de 27 de febrero de 1927, artículos 116 y ss.), hay que destacar las normas disciplinarias del Reglamento de los servicios de prisiones de 2 de febrero de 1956 (reformado por varias disposiciones posteriores, entre las que cabe destacar el Decreto de 25 de enero de 1968) (57), en el ámbito universitario el Reglamento de disciplina académica de 8 de septiembre de 1954 (parcialmente modificado por los decretos de 13 de enero de 1956, 5 de septiembre de 1958 y 14 de agosto de 1965) y las normas disciplinarias en el seno de los Colegios profesionales (Reglamento de la Organización médica colegial de 1 de abril de 1967, artículos 86 y ss. y Estatuto General de la Abogacía de 28 de junio de 1946, artículos 28 y ss.). Existe también un Derecho

---

(55) En favor de una extensión, con algunas restricciones, del principio «*ne bis in idem*» a las sanciones penales y disciplinarias, *Stratenwerth, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat*, pág. 32; BAUMANN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5.<sup>a</sup> ed., página 37; y CASABÓ RUIZ, J. R., en *Comentarios al Código Penal de JUAN CORDOBA RODA, GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO y otros*, II, págs. 94-5.

(56) Véase ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, Parte General, 1949, pág. 10; MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4.<sup>a</sup> ed. 1971, págs. 10-11; y CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Derecho Penal*, tomo I, Parte General, vol. primero, 16 ed., 1971, pág. 10.

(57) MAURACH excluye estas normas del ámbito del Derecho disciplinario porque no rigen en una comunidad animada por una misma ética profesional; véase MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4.<sup>a</sup> ed. 1971, pág. 13.

disciplinario privado, en el marco de la empresa (58). A veces los preceptos penales y disciplinarios aparecen en una misma Ley, como en el caso de la Ley penal y disciplinaria de la Marina Mercante de 22 de diciembre de 1955 (las disposiciones disciplinarias están contenidas en el título segundo, art. 80 y siguientes).

---

(58) Véase MANUEL ALONSO OLEA, *Derecho del Trabajo*, 2.<sup>a</sup> ed. revisada, Madrid 1973, págs. 177 y ss. y 209 y ss.; y BERNARDO MARIA CREMADES, *La sanción disciplinaria en la empresa*, *Estudios de Trabajo y Previsión*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1969.



# Las inhabilitaciones y suspensiones en el Derecho positivo español

JOSE LUIS MANZANARES SAMANIEGO

Magistrado

*Dedicado afectuosamente a un ciudadano, tan ejemplar como versado en leyes, que se escandalizó cumplidamente cuando su vecino, liberto condicional, con vituperable desprecio a las accesorias de suspensión de todo cargo público, derecho de sufragio, profesión y oficio, reanudó sus actividades como barbero.*

EL AUTOR.

INDICE: 1. Las penas privativas de derechos.—2. La inhabilitación absoluta.—3. La inhabilitación especial para cargos públicos.—4. La inhabilitación especial para el derecho de sufragio.—5. La inhabilitación especial para profesión u oficio.—6. La suspensión de cargo público.—7. La suspensión del derecho de sufragio.—8. La suspensión de profesión u oficio.—9. Las penas privativas de derechos y las eclesiásticas.—10. Las penas privativas de derechos como accesorias.—11. La duración de las penas privativas de derechos.—12. La prescripción.—13. Del cumplimiento simultáneo de las penas privativas de derecho, entre sí y en relación con otras de diferente clase.—14. El fantasma de las penas sin contenido.—15. Conclusiones.

## 1. LAS PENAS PRIVATIVAS DE DERECHOS

Entendida la pena como retribución, o sea como privación de bienes jurídicos que recaen sobre el autor con arreglo al acto culpable, según definición de Mezger (1), es lógico que, buscando su adecuación y proporcionalidad tanto al acto como al actor, los ordenamientos penales hayan procurado disponer de un arsenal de sanciones lo más amplio posible. Sin embargo, el deseo de agilizar el sistema punitivo, considerado al mismo tiempo como una unidad,

(1) EDMUNDO MEZGER, *Tratado de Derecho penal* (traducción de Rodríguez Muñoz), t. II, Madrid, 1949, pág. 381.

ha llevado modernamente a una apreciable reducción del catálogo de penas. Algunas categorías de éstas sufren incluso una crítica global sobre su razón de ser, naturaleza y utilidad político-criminal. Así, frente a las 23 penas previstas en el artículo 27 del Código penal de 1944, que con leves modificaciones responde a las concepciones de leyes penales que se remontan al siglo pasado, se alza el reciente Proyecto Alternativo alemán de 1966 (2), que con tres penas solamente, a saber: prisión, multa y privación del permiso de conducir, margina por completo tanto las consistentes en restricciones del derecho de libertad como las privativas de otros derechos, aunque acepte alguna medida de seguridad situada en esa misma línea (3).

Pues bien, ningún grupo de penas ha originado en el Derecho español más problemas, interpretaciones erróneas y polémicas que las privativas de derechos. A las diferencias sobre su naturaleza se suma un articulado poco feliz, en el que las dudas e incertidumbres nos acompañan paso a paso.

En otros tiempos estas penas parecían tener como fin la pura y simple deshonra del culpable, por lo que bien merecían se las considerase dirigidas "contra honor". Hoy se estima, en general, que tratan más bien de impedir el ejercicio de función, cargos o profesiones por quien ha demostrado encontrar en ellos una plataforma para delinquir. Tal criterio, que puede ser cierto en la mayoría de los casos, no lo es cuando se priva precisamente de un honor o se arrebatata a alguien su nacionalidad. Eso por no hablar de la reprensión, que si en opinión de algunos se enfoca a vigorizar el sentimiento del honor en la persona del reo (4), para otros muchos consiste en una humillación del condenado, por lo que constituye un arcaico sobreviviente de las penas infamantes en sentido estricto (5).

No es este lugar el más adecuado para reproducir las críticas de quienes juzgan ilógico atacar el honor de quien lo necesita más que nunca para sobreponerse a las consecuencias todas del delito, o las censuras derivadas de sus diversos efectos, según la personalidad del condenado. Prescindamos también de destacar las incongruencias de su aplicación indeterminada, preguntándonos, como hace un conocido tratadista, cuál pueda ser el dolor de un pirata al que se le priva de participar en las elecciones municipales.

Nuestro propósito se reduce exclusivamente a investigar el alcance y contenido de las inhabilitaciones y suspensiones en nuestro ordenamiento positivo. Admitamos desde ahora de buen grado la

(2) *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*, Allgemeiner Teil, 2, verbesserte Auflage, Tübingen, 1969, págs. 13 y sigs.

(3) En España el Código de 1822 contenía 26 penas; el de 1848-50, 35; el de 1870, 30; el de 1928, 9; el de 1932, 20. El *Anteproyecto de Bases del Libro I del Código penal*, aparecido en "Cuadernos Informativos", núm. 11, diciembre 1972, del Ministerio de Justicia, recoge en su base 7.<sup>a</sup> sólo cuatro penas graves y dos leves. Desaparecen las penas de inhabilitación y suspensión, si bien se acogen como medidas de seguridad la inhabilitación para cargos públicos y la inhabilitación para el ejercicio de una profesión u oficio.

(4) Así, GROIZARD y SÁNCHEZ TEJERINA.

(5) Así, FENECH.



impugnabilidad de cuantas conclusiones creamos haber logrado. Por desgracia la regulación legal no ofrece siquiera terreno firme sobre el que argumentar. Faltan con frecuencia las propias premisas para intentar una correcta interpretación.

## 2. LA INHABILITACION ABSOLUTA

Si se prescinde de la pérdida de la nacionalidad española, aplicable únicamente a los extranjeros nacionalizados, según dispone el artículo 34 del Código penal vigente, y colocada por encima de las inhabilitaciones y suspensiones en la escala general de penas graves del artículo 27 —sin que aparezca en ninguna de las cuatro escalas graduales del artículo 73— es la inhabilitación absoluta la más grave de las penas privativas de derechos. Examinemos sus efectos a tenor del artículo 35.

De acuerdo con su número 1.º comprende: “La privación de todos los honores y de los empleos y cargos públicos que tuviere el penado, aunque fueren electivos.”

Ya con el vocablo “privación” surge el primer problema. Entender esta palabra en su significación vulgar de despojar a uno de algo que poseía no nos ayuda mucho. De lo que se trata es de saber si el citado precepto sustenta la idea de un despojo definitivo o sólo temporal. Ferrer Sama (6) se inclina a favor de los efectos perpetuos en consideración a que, a diferencia de lo establecido en los números 2.º y 3.º de ese mismo artículo, donde puede leerse “... durante el tiempo de la condena”, no contiene el párrafo 1.º indicación temporal alguna. En igual criterio abundan, más recientemente, otros autores con base en los términos literarios del repetido número 1.º (7).

No creemos, por nuestra parte, que esa sea la solución más exacta. La palabra “privación” no encierra necesariamente un efecto ilimitado en el tiempo, antes al contrario, la nueva pena de privación del permiso de conducción se nos presenta como temporal. La privación definitiva es una excepción restringida a casos muy particulares. Recuérdese, además, cómo el moderno legislador ha utilizado un vocablo distinto, el de “anulación”, cuando ha querido que la pena misma tuviera como nota esencial ese carácter perpetuo, así, por ejemplo, en la Ley de 24 de diciembre de 1952 sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor. Más aún, el empleo del término “privación” en los efectos del repetido párrafo 2.º, de indudable duración limitada, ratifica lo ya dicho.

Tampoco nos convence el argumento de que, precisamente al referirse los efectos de esos párrafos 2.º y 3.º sólo al tiempo de la

---

(6) FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, t. II, Madrid, 1947, página 210.

(7) CORDOBA RODA, *y otros. Comentarios al Código penal*, t. II, Barcelona, 1972, pág. 168.

condena, ha de interpretarse en sentido contrario que los del párrafo 1.º sean perpetuos. La defectuosa redacción del articulado sobre la materia no permite soluciones tan sencillas. Debe recordarse que en el Código penal de 1870 existían dos penas de inhabilitación absoluta, una perpetua, cuyos efectos se detallaban en su artículo 32, y otra temporal, de la que se ocupaba el artículo 33. Pues bien, el párrafo 1.º de ambos era idéntico —“la privación de todos los honores y de los cargos y empleos públicos que tuviere el penado, aunque fuere de elección popular”—, lo que no supuso obstáculo para que intérpretes de la categoría de Groizard (8) sostuvieran que la nota de perpetuidad correspondía a la inhabilitación absoluta perpetua, pero no a la inhabilitación absoluta temporal. Añadamos ahora que nuestro artículo 35 es heredero no del 32 del Código de 1870, sino del 33 —que también en sus párrafos 2.º y 3.º, acerca del derecho de sufragio y la incapacidad para obtener honores, empleos, cargos y derechos circunscribía los efectos al tiempo de la condena— y concluiremos que la privación del párrafo 1.º de nuestro artículo 35 es temporal, como la privación y la incapacidad de los párrafos 2.º y 3.º Así lo exigen la génesis del precepto, la discrepancia de la inhabilitación perpetua y, hasta cierto punto, la interpretación más favorable al reo. Carecería, además, de sentido privar definitivamente de algunos honores cuya nueva obtención al amparo del párrafo 3.º sería de hecho tan automática como la extinción de la privación misma por el transcurso del tiempo de la condena. Digamos por último que el propio tenor literal del párrafo 3.º del artículo 35 del vigente Código —“la incapacidad para obtener los honores, cargos y derechos mencionados en el número 1.º, *igualmente* por el tiempo de la condena”— nos deja en la duda de si el adverbio alude al párrafo 2.º, donde se emplea también la fórmula de “... durante el tiempo de la condena”, o se refiere más bien a que la privación de los honores, cargos y derechos mencionados en el número 1.º tiene idéntica duración temporal.

Semejante interpretación coincide con la del número 3 del artículo 66 del Reglamento de Funcionarios de la Administración Local, al establecer que, tras extinguirse la relación de empleo por la pena de inhabilitación absoluta o especial para cargo público, “se podrá rehabilitar al funcionario y reintegrarlo en el escalafón”, sin que quepa alegar contra este argumento otros preceptos administrativos más severos, ya que la Administración no puede pronunciarse contra el alcance legal de la pena, pero es muy libre de determinar internamente a su arbitrio las consecuencias de una condena penal, bien privativa de derecho, bien de otra clase.

En cuanto a cuáles sean los honores afectados por la privación, obligado resulta coincidir con la generalidad de los exégetas que incluyen entre aquéllos cualquier título o distinción honorífica del condenado, tanto civil como militar. Ferrer Sama (9) extiende el

(8) GROIZARD, *El Código penal de 1870*, t. II, Burgos, 1872, pág. 215.

(9) FERRER SAMA, *Op. cit.*, t. II, pág. 210.

concepto a la pertenencia a entidades o corporaciones públicas de carácter patriótico, cultural o análogas, pero en este punto nos atrevemos a distinguir entre las hipótesis en que la posición del penado dentro de la entidad pudiera llevarnos a estimar que ostentaba un verdadero empleo o cargo público, en cuyo caso, desde este ángulo y no desde el de los honores, le alcanzaría el precepto, y aquellos otros en los que su actividad tiene un matiz de pura adhesión, abierta a todos los ciudadanos y por ello difícil de configurar como honor en sentido propio. Oportuno parece resaltar que, aunque la inadecuada redacción del artículo hace recaer el adjetivo "público" únicamente sobre los cargos y empleos, el concepto mismo de lo que sean "honores", exige, a nuestro entender, la presencia de aquella nota especial.

Los títulos académicos, como meros testimonios de suficiencia adquirida y probada —en palabras del citado autor—, no pueden verse afectados por una pena que gravita sobre el honor. La aptitud acreditada no desaparece por la comisión del delito. El derecho punitivo, decimos también nosotros, ha de conformarse con interferir en el terreno profesional, o sea el del ejercicio o proyección de aquellos conocimientos. Ello nos conduce a otras penas de inhabilitación o suspensión distintas de la aquí estudiada. No deja de ser curioso, sin embargo, que la más grave de las penas aflictivas en la escala número 4 del artículo 73 del Código penal no afecte al ejercicio ni de las profesiones liberales amparadas por títulos académicos, ni de ninguna otra dedicación, siendo así que no escapan de los efectos de la inhabilitación especial o de la suspensión. Ello sería lógico si con estas dos últimas penas se castigaran sólo las infracciones que manifestaren incapacidad profesional, pero no cuando, como sucede en nuestro ordenamiento, dichas penas acompañan como accesorias a otras privativas de libertad. En otro lugar examinaremos los problemas que esta circunstancia plantea en los casos de la discutible aplicación simultánea de la inhabilitación absoluta como pena principal y de la suspensión como accesoría.

Unanimidad reina acerca de lo que haya de entenderse por empleo o cargo público. Son tales todos aquéllos que de una u otra forma se encuadran en la función pública, bien en la esfera de la Administración del Estado, bien en las de la Provincia, Cabildo Insular, Municipio u organismos de mayor o menor autonomía administrativa. Resulta indiferente que el cargo sea electivo o de designación, gratuito o retribuido, temporal o permanente. Se nos oculta, eso sí, en qué consiste la diferencia entre empleo y cargo. Adviértase cómo el propio legislador en el párrafo 3.º de este artículo usa sólo el segundo de estos vocablos, con lo que parece identificarlos plenamente, aunque nos ofrezca de paso una muestra más de la negligente redacción ya lamentada. Nos preguntamos, por último, hasta qué punto los cargos públicos no se corresponden con la condición de autoridad o funcionario en su titular, dando a dichos conceptos la interpretación auténtica del artículo 119 del Código penal.

El texto del repetido párrafo 1.º es claro en cuanto a que la privación alcanzará a “todos” los honores, empleos y cargos públicos que “tuviere el penado”. La tenencia previa por el condenado constituye así, literalmente, un requisito indispensable para que sean afectados por el párrafo en cuestión. No faltan autores (10) que profundizan en el Derecho administrativo para determinar cuándo se tiene realmente el empleo o cargo, según las diversas situaciones del funcionario. En nuestra opinión, este problema —que concierne igualmente a las autoridades— no merece especial determinamiento, ya que, afirmando como afirmamos que los efectos del párrafo 1.º son tan temporales como los de los otros dos, la consecuencia obvia es que en poco se diferencia la “privación” de un empleo o cargo que se “tiene” con la incapacidad para “obtenerlo” por el mismo período de tiempo. En esa zona oscura nos encontramos con que, de cualquier modo, el penado no desempeñará el empleo o cargo en tanto dure la condena. Podría objetarse que esto no sería así si se interpretara que la incapacidad para obtener honores, cargos y derechos, prevista en el párrafo 3.º, se refiere sólo a aquellos de que ya ha sido privado en concreto el reo, pero pensamos que tal opinión —centrada en el tenor literal del precepto: “incapacidad para obtener los honores, cargos y derechos, mencionados en el número 1.º, igualmente por el tiempo de la condena”— ni es la única gramaticalmente defendible, ni tampoco la más correcta desde un punto de vista lógico. Por un lado, el texto no aclara si se remite a los mencionados en el párrafo 1.º en general o a los tenidos en cuenta en particular al dictarse la sentencia. Por otro, las interpretaciones a favor del segundo término de la alternativa conducirían al absurdo de hacer depender la entidad de la pena de algo tan aleatorio como la posesión de más o menos empleos o cargos en un momento determinado. Creemos que lo que quiso el legislador fue apartar al reo de todos los honores, empleos y cargos públicos durante el tiempo de la condena. Después, al expresar este deseo, hubo de tener en cuenta las dos formas en que cabía ejecutarlo, a saber: privando de los derechos que ya se disfrutaban e impidiendo la adquisición posterior de estos mismos o de cualesquiera otros.

Aceptada nuestra postura, la pluralidad de situaciones administrativas —la antinomia “tener” o “no tener” el cargo o empleo— se agota en el terreno menudo de la técnica. Por el contrario, en el caso de que se rechazase nuestro criterio, es claro que, si el Tribunal no “priva” de un cargo, por considerar que no se tiene, y errara en ese punto, podría el condenado eludir la responsabilidad por quebrantamiento de la sanción, aduciendo que ni había sido privado del cargo pese a haberlo tenido, ni era correcto afirmar que se hubiera obtenido posteriormente.

El párrafo 2.º del comentado artículo 35 incluye entre los efectos de la inhabilitación absoluta “la privación del derecho de elegir

---

(10) CORDOBA RODA y otros, *Op. cit.*, t. II, pág. 168.

y ser elegido para cargos públicos, durante el tiempo de la condena”.

Lo primero que llama la atención es que, como complemento del párrafo 1.º, resulta superfluo en cuanto al derecho de ser elegido, ya que, incluidos en éste todos los honores, empleos y cargos públicos que tuviere el penado, “aunque fueren electivos”, bastaría la incapacidad para obtenerlos recogida en el párrafo 3.º Claro que el mismo defecto se observa ya en los artículos 32 y 33 del Código de 1870, donde la única diferencia apreciable con el texto actual —aparte la desaparición del párrafo 4.º de este último, relativo a la pérdida de los derechos de jubilación, cesantía y pensiones, marginado ya en el Código penal de 1932— consiste en añadir siempre al sustantivo “elección” el adjetivo “popular”. En consecuencia, el contenido real del vigente párrafo 2.º del artículo 35 se reduce a privar del derecho a elegir para cargos públicos.

Obsérvese que, aun admitiendo la equivalencia de cargo público y empleo público, el sufragio activo del párrafo 2.º no se corresponde con todo aquello de lo que priva el párrafo 1.º El tenor literal del párrafo 2.º no impide se participe en elección relativa a un honor. Concedemos que la hipótesis no se dará con frecuencia, pero indudablemente existe. Sobre todo, al perder la elección su calificativo de popular. Este cambio ensancha considerablemente el campo de lo electivo. La elección popular pugnaba, en cierto modo, con los comicios graduales o indirectos. Aparte de eso, la elección como manifestación procedente siempre del derecho de sufragio activo, indiscutible cuando se trata de elección popular, deviene dudosa cuando sólo se habla de “elegir y ser elegido para cargos públicos”. Se puede escoger o preferir a una persona para algo sin necesidad de votación, con lo que desembocaríamos en la designación. No nos parece, sin embargo, que la mente del legislador haya deseado ir tan lejos. A nuestro entender, se ha buscado ampliar el concepto de elección, pero sin comprender en ella la designación pura y simple.

Las censuras de Groizard (11) en el sentido de que el legislador debía haber incluido en el párrafo 2.º la incapacidad para deponer como testigo o perito en juicios civiles y penales, ejercer la tutela o curaduría, intervenir en el consejo de familia y otras actividades, no pertenecen en realidad al marco de este párrafo. Al comentario del párrafo 1.º, como principal en la materia, atañe fundamentalmente cuanto se refiera a qué derechos deban verse afectados por la inhabilitación absoluta. De lo que ahí se resuelva dependerá luego el alcance del párrafo 3.º Pasamos por alto, como tema desprovisto de actualidad, la problemática del jurado. Groizard y Viada (12), entre otros, la tratan ampliamente en sus comentarios al Código de 1870.

El párrafo 3.º del artículo 35 no ofrece especial importancia. Conformémonos con reproducir su texto, según el cual comprende:

(11) GROIZARD, *Op. cit.*, t. II, pág. 209.

(12) VIADA, *Código penal de 1870*, t. I, Madrid, 1890, pág. 421.

“la incapacidad para obtener los honores, cargos y derechos mencionados en el número 1.º, igualmente por el tiempo de la condena”. Más arriba se advirtió cómo, pese a descansar en el primero, guarda silencio sobre los “empleos” y añade el vago concepto de “derechos”.

Una última dificultad se nos presenta respecto a si procede que el fallo de la sentencia se ocupe de concretar los efectos de la inhabilitación absoluta. Algunos autores opinan que los Tribunales no han de limitarse a disponer la privación en abstracto de todos los honores, empleos y cargos públicos que el penado tuviere, sino que deben hacer referencia explícita a cada uno de ellos. Alegan, en apoyo de su criterio, que la jurisprudencia se ha pronunciado frecuentemente a favor de que en las condenas a pena de inhabilitación especial de cargo público se concrete el mismo.

Nosotros no participamos de tal apreciación. En principio los efectos de las penas —cuestión distinta a la de su duración— no tienen por qué detallarse en la sentencia. El Juez o Tribunal las impone, las identifica por su nombre y determina su alcance temporal. El resto pertenece a la esfera de ejecución. Nadie exigirá que se reflejen en la parte dispositiva de la sentencia extremos que son consecuencia automática de la imposición de una pena determinada. Sin embargo, de esa falta de automatismo —o si se prefiere, de la existencia dentro de alguna pena de un abanico de posibilidades— nace a nuestro entender la única causa capaz de motivar excepciones al principio anterior. Si, según el párrafo 1.º del artículo 36 del Código penal, la inhabilitación especial para cargo público produce la “privación del cargo o empleo sobre el que recayere y de los honores anejos a él”, evidente resulta que la sentencia habrá de precisar cuál sea ese cargo. Más que de una pena perfecta ya en el texto legal, cabe hablar aquí de un marco punitivo que el Código pone a disposición del Tribunal para que éste lo complete en cada caso concreto, de acuerdo con la personalidad del reo y las circunstancias del delito.

En nuestra opinión, el error de los aludidos autores radica precisamente en colocar en un mismo plano la inhabilitación especial y la absoluta, olvidando que en la última nada hay que decidir, porque afecta necesariamente a “todos” los honores, empleos y cargos públicos. La detallada relación de los que en realidad se posean, servirá para evitar —como se advirtió en otra ocasión— problemas sobre si un quebramiento de condena fue o no malicioso, pero el cargo público tendrá tal carácter con independencia de que se le reconozca en el fallo o en una resolución posterior. No se replique que una sentencia no puede dejar sin resolver este punto, so pena de dejar al condenado sin conocer con exactitud el contenido de la sanción impuesta, pues la duda sobre si un cargo es o no público tiene igual cabida en el párrafo 2.º, cuando se recoge la privación del derecho de elegir y ser elegido para ellos, lo que, que nosotros sepamos, no ha movido a ningún tratadista a sostener en

este caso la necesidad de enumerar qué cargos electivos merezcan el calificativo de públicos.

Resumiendo nuestra posición sobre el particular diremos: 1.º) Que no es necesario detallar en la sentencia en qué consista la inhabilitación absoluta. 2.º) Que, pese a ello, cabe incluir en el fallo nominalmente los honores, empleos y cargos públicos cuya tenencia en aquel momento conste al Tribunal, facilitando así los trámites de ejecución para adecuar la situación administrativa a la penal 3.º) Que esa identificación no excluye la que pueda hacerse más tarde, cuando llegue a conocimiento del Tribunal, ya en la ejecutoria, la existencia de alguno de aquellos honores, cargos o derechos. Y 4.º), que el disfrute de los honores o el ejercicio del cargo público, una vez firme la sentencia, integrará el delito de quebrantamiento de condena (13), aunque no se recogieran expresamente en ninguna resolución judicial, a salvo siempre los supuestos en que las especiales características del honor o cargo público abonen la tesis de inexistencia de dolo.

### 3. LA INHABILITACION ESPECIAL PARA CARGOS PUBLICOS

Superfluo parece subrayar que esta pena coincide en naturaleza con la inhabilitación absoluta. El habernos ocupado de ella más de una vez en el apartado anterior nos permite una relativa brevedad. Comenzaremos recordando el texto del artículo 36 del Código penal vigente:

“La inhabilitación especial para cargo público producirá los efectos siguientes:

1.º La privación del cargo o empleo sobre que recayere y de los honores anejos a él.

2.º La incapacidad de obtener otros análogos durante el tiempo de la condena.”

Sus dos párrafos ofrecen marcado paralelismo con los párrafos 1.º y 3.º del artículo 35. La principal diferencia radica, sin embargo, en que la inhabilitación especial no abarca todos los cargos públicos del reo —como nosotros mantenemos para el caso de la inhabilitación absoluta, con independencia de que haya que incapacitarle para obtener cualquiera de ellos, pero sólo se le haya de “privar” de los que tiene en el momento de la sentencia—, ni siquiera la totalidad de los que se detentan en aquel instante —como opinan otros—, sino únicamente los que el Tribunal escoja, bien sea al margen de que se posean o no por el penado al pronunciarse el fallo, bien se seleccionen entre los realmente ostentados. La privación de

---

(13) Según el párrafo 1.º del artículo 334 del vigente Código penal, “los sentenciados o presos que quebrantaren su condena, prisión, conducción o custodia serán castigados con la pena de arresto mayor”.

honoros se circunscribe a los que dicho cargo o cargos lleven consigo.

Sencillo resulta reproducir aquí el argumento que nos sirvió en el examen de la inhabilitación absoluta para defender el carácter temporal de la privación. También los antecedentes de la vigente regulación se hallan en el Código de 1870. De igual modo encontramos allí dos inhabilitaciones especiales para cargos públicos, una perpetua y otra temporal. En esta segunda la redacción es idéntica a la de nuestro artículo 36, mientras que el párrafo 2.º de la desaparecida inhabilitación especial perpetua (14) recogía simplemente “la incapacidad de obtener otros análogos”, omitiendo, con toda lógica, la limitación al tiempo de la condena. No hay duda de que históricamente la inhabilitación que ha llegado a nuestros días es la temporal y, en consecuencia, constituyendo su esencia la privación del derecho y no la incapacidad para obtenerlo —puro complemento de la privación—, repugna la idea de una pérdida definitiva. Por otro lado, tal evolución se extiende por todo el sistema punitivo, reacio al mantenimiento de penas globales o ilimitadas en el tiempo. La muerte civil, mantenida aún en el Código español de 1822, se extinguió con la reforma de 1848. La confiscación, salvo reapariciones amparadas por especiales razones políticas, se bate en retirada. La privación perpetua de libertad o ha abandonado los textos legales o ha desaparecido en la práctica común de los países civilizados.

Entre nuestros autores, Groizard (15), comentando el Código de 1870, cree que la temporalidad de todos los efectos de esta inhabilitación ha tenido que estar forzosamente en el pensamiento del legislador, pues de otra manera el efecto principal, el del párrafo 1.º, se confundiría con el correspondiente a la inhabilitación perpetua. Reconoce, eso sí, que, al haberse añadido la frase “durante el tiempo de condena” sólo en el segundo párrafo, las palabras de la Ley incitan a la duda. Quintano Ripollés (16) afirma que la reforma de 1932 estableció la temporalidad de todas las penas susceptibles de cómputo cronológico e insiste en que en el Código de 1932 se abolió el carácter de perpetuidad de la inhabilitación. Ferrer Sama se abstiene de toda exégesis sobre este extremo del presente artículo 36, pero su razonamiento en cuanto al artículo 35 es de aplicación también para el artículo ahora estudiado (17). Así lo confirma su examen de la pena de suspensión del artículo 38, en el que señala la diferencia entre la perpetuidad de la privación en la inhabilitación y la temporalidad en la suspensión. La postura de Córdoba y sus colegas en los *Comentarios al Código actual* fue ya expuesta suficientemente. No son pocos los autores y tratadistas que

(14) Véase el art. 34 del Código penal de 1870.

(15) GROIZARD, *Op. cit.*, t. II, pág. 219.

(16) QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1966, página 370.

(17) A favor de la perpetuidad. Ver *op. cit.*



pasan junto a las penas privativas de derechos sin intentar siquiera la menor labor interpretativa.

Faltan en nuestro Código, como en los anteriores, indicaciones o directrices para determinar sobre qué cargo o empleo ha de recaer la privación. Afirmemos de partida que el texto legal no limita expresamente la discrecionalidad del Juez sobre este punto. Sólo por vía indirecta se logra alcanzar una defendible orientación, ayudados, paradójicamente, por la defectuosa regulación legal de este tipo de penas.

Aunque ignoremos las razones que tuviera el legislador para proceder de la guisa que se dirá, es lo cierto que la Sección 3.<sup>a</sup> del Capítulo II del Título III del Libro I del Código se ocupa de las penas accesorias de inhabilitación absoluta y de la suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, pero guarda absoluto silencio sobre la inhabilitación especial. Desaparece así la dificultad mayor para conseguir algo tan deseado por la Ciencia penal como es que la privación de un cargo o derecho se corresponda de alguna manera con la conducta reflejada en la infracción delictiva que se persigue. Un mínimo de lógica exige que, tratándose no de inhabilitaciones absolutas, sino especiales, limitadas a ciertos cargos, sólo se vean afectados aquellos que facilitaron la comisión del delito, sirviendo de plataforma para la actividad criminal, o que, por su proximidad o parecido con los anteriores, justifican se les comprenda en una sanción cuya naturaleza no se aleja mucho de la de una medida de seguridad (18).

Basta leer los artículos de la Sección 2.<sup>a</sup> del Capítulo II del Título II del Libro II del Código penal, dedicado a los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de las personas reconocidos por las leyes, o los del Título VII del Libro II, reservado a los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, para constatar que la imposición de estas inhabilitaciones especiales descansa precisamente en el mal uso que se ha hecho de la cualidad de autoridad o funcionario. En la misma línea se encuentra el artículo 403, a cuyo tenor “el funcionario público que, abusando de su cargo, cometiera alguno de los delitos expresados en el Capítulo IV, Secciones 2.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup>, Título XIII de este Libro, incurrirá en las penas allí señaladas y, además, en la inhabilitación especial”.

Una nueva dificultad surge por la que hace a la posible necesi-

---

(18) Si la inhabilitación especial hubiera sido accesoria de determinadas penas privativas o restrictivas de libertad, independientemente de la clase de delito, sería indudable que el legislador habría prescindido de toda relación entre el hecho delictivo y la privación concreta de derechos que su autor mereciera. No vale argüir que la accesoria de la suspensión conduce a la misma conclusión, pues, como se verá más adelante, sentada desde ahora la “especialización” de esta clase de inhabilitación, es posible defender luego, con base en la identidad de naturaleza de ambas penas, la “especialización” también de la suspensión, sea o no accesoria.

dad de que el cargo o empleo de que se prive sea detentado ya por el reo. Más arriba razonamos cómo ni siquiera respecto al párrafo 1.º del artículo 35, concerniente a la inhabilitación absoluta —donde incluso se lee la frase “que tuviere el penado”— aceptábamos esa interpretación tan literal como absurda en sus consecuencias. Para la inhabilitación especial, cuya redacción prescinde de la repetida frase, sostenemos el mismo criterio.

Existe además un argumento válido solamente para inhabilitación especial y que arranca del párrafo 2.º del artículo 36. Si se incapacita para obtener cargos o empleos análogos a aquellos sometidos a privación, se está admitiendo que los efectos de la condena pueden recaer sobre cargos que no se tenían y por ende escapaban —en la interpretación que combatimos— a la privación del párrafo 1.º Así las cosas, no parece correcto otorgar al párrafo 2.º mayor amplitud que al primero, so pena de llegar a la inadmisibile conclusión de que el Tribunal, deseoso de evitar que el reo desempeñara determinado cargo, se hallara facultado para impedir que lo obtuviera durante el tiempo de la condena, pero careciera de apoyo legal para apartarlo del mismo en la hipótesis más justificada de que el empleo en cuestión se poseyera en el momento de dictar sentencia. Ello equivaldría a espantar el fantasma de una posibilidad a cambio de avenirse al pacífico reconocimiento de una realidad fáctica donde el peligro de mal uso, que estas penas tratan de prevenir, sería mucho más relevante.

Respecto a la procedencia de una exégesis que dejara al arbitrio del Tribunal incluir en la inhabilitación especial todo cargo público, juzgamos que se iría contra la esencia misma de esta pena. Si se procediera de esa forma tanto respecto a los cargos públicos como en relación con el sufragio, habríamos transformado las inhabilitaciones especiales —aparte de que no afectarían a los honores ajenos a todo cargo —en una nueva inhabilitación absoluta, distinta sólo por su duración de la del artículo 35. Veremos, sin embargo, cómo nuestro Tribunal Supremo acepta aquella posibilidad en Sentencia de 9 de mayo de 1972 (19).

Pasamos así al estudio de este párrafo 2.º del artículo 36 del vigente Código penal. Efecto de la inhabilitación especial para cargo público es, a su tenor, “la incapacidad de obtener otros análogos durante el tiempo de la condena”.

Introduce este precepto un elemento perturbador en el campo del Derecho penal. La analogía, nunca deseable, repugna cuando se dirige contra el reo. La defensa de las circunstancias atenuantes por analogía, recogidas en el número 10 del artículo 9.º y desarrolladas por la jurisprudencia, no resulta oportuna en este caso. Viada (20) celebraba que se hubiera modificado el texto de 1850, que escribía, en vez de “otros análogos”, “otros en la misma carrera”. Nosotros

(19) Repertorio Aranzadi, 2083.

(20) VIADA, *Op. cit.*, t. I, pág. 422.

creemos que técnicamente era preferible aquella redacción a la actual, mucho más vaga.

En ambos casos, sin embargo, seguimos tropezando con escollos. Por un lado, no se incapacita para obtener el propio cargo de que ha sido privado. En nuestra opinión el problema se resuelve con la ya expuesta concepción unitaria de la inhabilitación. Se inhabilita para todos los cargos —en la absoluta— o para alguno de ellos —en la especial—, pero la ejecución se traduce después en privar de los que se tengan e impedir se adquieran los demás. En este contexto la solución obligada es achacar la aparente laguna a un defecto más de una redacción defectuosa, originada tal vez por no haber surgido este obtáculo en la regulación de la inhabilitación absoluta, y estimar que tampoco estará facultado el reo para obtener de nuevo el cargo o empleo de que fuera privado. Por otro, al descansar el párrafo 2.º en el 1.º y añadir al cargo sobre el que recayere la privación efectos concernientes a “otros análogos”, diríase que los empleos afectados por el párrafo 2.º serán siempre más numerosos que los del 1.º, ya que por cada uno de éstos habrá una corona de situaciones análogas. Ello significaría que el reo conservará los cargos análogos que ya tuviere, pero quedará imposibilitado para obtener otros de analogía posiblemente menor. Confesamos carecer de solución que salga al paso de este palpable absurdo. Absurdo por lo dicho y absurdo porque, concedida la libertad al Juez para incluir o no en la privación, como faceta fundamental de la inhabilitación, un cargo público, se le coloca en la alternativa de o marginarlo o acogerlo con el acompañamiento legal, sin opción para una solución intermedia. Sólo nos resta ocuparnos de cómo deba procederse en la sentencia que imponga tales penas.

La doctrina viene sosteniendo desde Pacheco y Groizard la incorrección de los fallos que se limitan a consignar las palabras de la Ley, condenando a la inhabilitación del cargo de la causa y de otros análogos. El Juzgador debe particularizar —según el segundo comentarista citado— cuáles sean esos casos, de modo tal que no presida la arbitrariedad la aplicación y ejecución de esta clase de castigos (21). Córdoba (22) y sus colegas de *Comentarios del Código penal*, sostienen que “el tenor literal exige una concreción obvia: el funcionario queda incapacitado para obtener, durante el tiempo de la condena, el cargo o empleo del que fue privado, así como otros análogos”. (Nótese cómo este grupo de autores incluye entre la incapacidad de obtención de cargos la relativa al propio que fue objeto de privación.) Nosotros creemos que, aunque la noción de cargos públicos análogos a otro supera en imprecisión a la cuestión de qué deba de entenderse por cargo público, no es ineludible, aunque sí muy conveniente, que la sentencia determine los destinos a que haya de extenderse. Hemos de saludar cuanto represente claridad y, en consecuencia, borre o disminuya las zonas en penumbra.

(21) GROIZARD, *Op. cit.*, t. II, pág. 217.

(22) CÓRDOBA, y otros. *Op. cit.*, t. II, pág. 171.

De ahí que, pese a que en rigor siempre cabría, en la ejecución de la sentencia, dilucidar si un cargo concreto estaba comprendido o no en la analogía, resulte preferible la concreción en el fallo.

La Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo insiste en la necesidad de determinar en los fallos cuáles sean esos cargos públicos afectados por la inhabilitación. A las Sentencias de 9 de enero de 1942 y 26 de enero de 1953, poco menos que clásicas en la materia, se unen otras más recientes que analizaremos por separado.

La de 23 de enero de 1958 (23) sobre infidelidad en la custodia de presos, porque sólo se impuso inhabilitación especial. El Tribunal Supremo concreta que debe referirse sólo al ejercicio del cargo público de Encargado del Depósito Municipal de arrestados y detenidos.

La Sentencia de 25 de noviembre de 1957 (24), sobre un caso de aborto, en el que se condenó a inhabilitación especial sin más detalles, señala el Tribunal Supremo que hay que concretar el cargo, y, como la procesada carece de "profesión determinada", indispensable resulta subsanar el defecto. Condena a continuación a inhabilitación especial para el desempeño de cargos públicos y para prestar cualquier clase de servicio en clínicas, establecimientos sanitarios o consultorios ginecológicos, públicos o privados, guardando silencio sobre el sufragio.

La Sentencia de 27 de abril de 1961 (25) se ocupa nuevamente de un caso de aborto sin concreción del cargo. Se dice en ella que "no constando el cargo público que ostentare la condenada a inhabilitación especial, no se podía hacer pronunciamiento sobre él, y la sentencia tiene que limitarse a mencionar la inhabilitación específica para los servicios sanitarios a que se refiere el artículo 417 del Código". En ninguna ocasión se había llevado hasta este extremo la necesidad de que el cargo afectado hubiera servido de plataforma para la comisión del hecho delictivo.

La Sentencia de 3 de enero de 1962 (26), en la que la Audiencia condenó por escándalo, además de a arresto y multa, "a nueve años de inhabilitación especial para todo cargo público" —sin referencia alguna al derecho de sufragio o a la profesión u oficio— da lugar al recurso que interpone el procesado alegando infracción del artículo 36. Se lee en ella que "al no constar que el procesado desempeñara cargo público determinado y sí sólo que es de profesión dependiente de comercio, la pena impuesta de inhabilitación especial debió concretar los cargos sobre los que recayere, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 36 del Código penal, porque, de otro modo, la pena queda indeterminada". Se acoge el recurso "en el sentido de que la inhabilitación se refiere al desempeño de cargos que le confieran autoridad sobre menores de edad o impongan

---

(23) Rep. Aranzadi, 61.

(24) Rep. Aranzadi, 3201.

(25) Rep. Aranzadi, 1712.

(26) Rep. Aranzadi, 18.

a éstos subordinación al procesado. De su lectura se desprende, a nuestro entender: 1.º) El imperativo de concretar el cargo. 2.º) Que éste no tiene forzosamente que haber estado ocupado por el reo al cometerse el hecho. 3.º) Que debe guardar relación con el delito. 4.º) Que, caso de ostentar alguno el reo al ocurrir el hecho y no detallarse nada en la sentencia, la inhabilitación ha de entenderse que recae sobre aquél. Y 5.º) Que no es indispensable detallar los cargos análogos. Al haberse limitado la inhabilitación por el Tribunal de Instancia a "todo cargo público", es lícito preguntarse si los cargos a que alude el Tribunal Supremo han de ser precisamente públicos o comprenden también aquellos dentro de la enseñanza que, sin llegar al carácter público y por tanto calificables como simple profesión, implican una cierta autoridad sobre menores. De todas formas, fácil es comprender que los extremos antes enumerados no son perfectamente compatibles entre sí y que, en realidad, lo que el Tribunal Supremo pretende es poner un mínimo de orden en esta materia, cesando sólo cuando no existe otra posibilidad.

La Sentencia de 18 de mayo de 1963 (27) se refiere a un funcionario del Instituto Español de Moneda Extranjera condenado por falsedad y fraude, entre otras penas, a ocho años de inhabilitación especial, sin más especificaciones. Se recurre también por infracción del artículo 36, acogiendo el Tribunal Supremo el recurso, porque "al imponerle como autor de un delito de fraude la pena de ocho años de inhabilitación especial, conjuntamente con otra de privación de libertad, omite el cargo o empleo y sus honores sobre el que recae, y por haber establecido esta Sala la precisión de marcar los efectos que produce la inhabilitación de dicha clase, procede declarar que es sólo el de funcionario del Instituto Español de Moneda Extranjera del que se le priva, así como de los honores anejos a él, y se le incapacita para obtener otros cargos o empleos análogos al referido durante la condena". Se observa en ella: 1.º) El imperativo de precisar el cargo público. 2.º) Que éste debe guardar relación con la conducta criminal. 3.º) Que no es necesario detallar los análogos. Y 4.º) Que si el cargo que se ostentaba sirvió para cometer el delito, ese será el objeto expreso de la inhabilitación.

Idéntico criterio sigue la Sentencia de 29 de diciembre de 1962 (28), que, aunque referida a la pena de suspensión, no deja de ser aplicable a la inhabilitación especial. En aquélla se condena a un Alcalde, por detención ilegal, a suspensión de "todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio". El Tribunal Supremo estima el recurso porque, según el artículo 38, "debe restringirse su alcance, por el principio a favor del reo, al cargo público ejercido al realizar la detención arbitraria y a la obtención de otro de funciones análogas".

La interesantísima Sentencia de 23 de noviembre de 1970 (29),

---

(27) Rep. Aranzadi, 2429.

(28) Rep. Aranzadi, 5035.

(29) Rep. Aranzadi, 4945.

recaída en un delito relativo a la prostitución, será examinada a propósito de la inhabilitación para profesión u oficio, pero sus razonamientos se mantienen en la doctrina expuesta. A su lectura nos remitimos.

La Sentencia de 9 de mayo de 1972 (30) inicia una orientación nueva. En un caso de aborto la Audiencia impone, entre otras penas, la de "inhabilitación especial con los efectos señalados en el artículo 417". Entiende el Tribunal Supremo que no hay indeterminación, pues cuando el Tribunal no limita los efectos de la inhabilitación especial que impone a alguno o algunos de los que expresan los artículos 36, 37 y 41 del Código penal, es que quiso abarcarlos a todos en previsión de no constar en autos los que ejerciere, tuviere u ostentare el condenado y que, al no especificarlos el fallo, se estimaren no comprendidos en el mismo. Resaltamos cómo, de pasada, se defiende la posible individualización de las tres clases de efectos de esta pena.

La Sentencia de 4 de octubre de 1972 (31) representa también una quiebra de los principios de determinación expresa. Se ha impuesto "inhabilitación especial para el delito de escándalo público", y se castiga simultáneamente otro de abusos deshonestos. El Tribunal Supremo estima no haber imprecisión, pues la pena debe referirse o entenderse referida "al desempeño de cargos que le conferían autoridad sobre menores de edad o impongan a éstos subordinación al procesado, privándole de los mismos si los tuviera o estimándole incapacitado para desempeñarlos si los obtuviere o fuere designado para los mismos durante el tiempo de la condena". Esto significa acentuar la relación entre el delito cometido y el cargo objeto de la inhabilitación, con independencia de que se ostentara o no al ocurrir los hechos, y, si en esa dirección merece elogios, nos parece peligroso no exigir, como se venía haciendo antes, la identificación en el fallo del cargo o cargos que, a juicio del Tribunal, reúnen tales características. El condenado no tiene por qué conocer las interpretaciones jurisprudenciales en caso distintos al suyo.

La exposición de la doctrina jurisprudencial habrá resultado premiosa, pero nos interesaba dejar testimonio vivo de las dificultades que en la práctica forense ofrecen estas penas, así como de las diversas formas en que el Tribunal Supremo ha tenido que salir al paso de errores y corrupciones.

#### 4. LA INHABILITACION ESPECIAL PARA EL DERECHO DE SUFRAGIO

Según el artículo 37 del vigente Código penal: "La inhabilitación especial para el derecho de sufragio privará al penado del derecho de elegir y ser elegido durante el tiempo de la condena para el cargo electivo sobre que recayere."

(30) Rep. Aranzadi, 2083.

(31) Rep. Aranzadi, 3859.

El carácter temporal de la pena no admite polémica. Únicamente por continuar la comparación con el articulado del Código de 1870 diremos que el mismo contenía dos inhabilitaciones especiales para el derecho de sufragio: una perpetua, de cuyos efectos se ocupaba el artículo 35, y otra temporal, desarrollada en el artículo 37. De este último descende el de igual número del texto actual, con sólo una variante: la de referirse a “cargo electivo”, mientras aquél lo hacía a “cargo público de elección popular”. Nos remitimos a lo expuesto en el estudio de la inhabilitación absoluta en cuanto a la mayor amplitud de la nueva fórmula.

También hay, como en aquel artículo, una parte de la regulación que peca de reiterativa, al menos siempre que se afirme la existencia de una sola pena de inhabilitación especial, cuyos efectos detalla luego separadamente el legislador en los artículos 36, 37, 40 y 41. Si en virtud del artículo 36 se priva de un cargo público y de la capacidad de obtenerlo, huelga la insistencia del artículo 37 acerca de la imposibilidad de ser elegido para ese mismo cargo. Teóricamente —y dada la defectuosísima normativa legal— cabría defender la tesis de que, de manos del artículo 36, se podría hacer recaer la pena sobre un cargo y, al amparo del artículo 37, sobre otro distinto, pero tal argumentación, muy artificiosa, no sería óbice para que al Tribunal le bastara el primero de ambos preceptos para conseguir la marginación conjunta de ambos empleos. Es cierto que el párrafo 1.º del artículo 36 no señala, a diferencia del párrafo 1.º del artículo 35, que la privación se extiende o puede extenderse a cualquier cargo, aunque sea electivo, pero sabido es que donde la Ley no distingue, el intérprete no debe distinguir tampoco.

Mayor atención merece lo relativo a si, desde el ángulo del sufragio activo, se le priva o no al reo del derecho de participar en elecciones para toda clase de cargos. Ferrer Sama (32) entiende que la expresión legal admite dos interpretaciones, una en el sentido de que el condenado queda excluido de cualquier cargo electivo, y otra en el de que solamente se le inhabilita para las elecciones dirigidas al cargo concreto que se señale. Añade, sin embargo, que, aunque el mismo carácter “especial” de la inhabilitación apoye esta segunda interpretación, se opone a ella el obstáculo —para él insalvable— de que la pena de suspensión del derecho de sufragio, recogida en el artículo 39 y menos grave en la escala general del artículo 27 que la inhabilitación, contendría entonces efectos más graves, ya que opina que esta segunda pena, si bien no se refiere al sufragio pasivo, abarca al activo de forma general. Córdoba (33) y sus compañeros de *Comentarios al Código penal* no participan de tal criterio. Para ellos tanto el derecho de sufragio pasivo como el activo vienen circunscritos a un determinado cargo electivo. Rechazan el argumento basado en el artículo 39 por opinar que “la privación del sufragio pasivo que la pena del artículo 37, a diferencia de la del artículo 39,

(32) FERRER SAMA, *Op. cit.*, t. II, pág. 214.

(33) CÓRDOBA, y otros, *Op. cit.*, t. II, pág. 175.

impone, representa un plus de gravedad en el castigo que puede no ser compensado por la mayor extensión del sufragio activo, del que, en virtud del artículo 39, es privado el reo”, y estiman que su postura viene, además, amparada por el sentido histórico correspondiente a dicha expresión legal y por el criterio restrictivo que debe imperar en la hermenéutica de las penas privativas de derechos.

Por nuestra parte, hacemos nuestros los razonamientos de estos últimos comentaristas. Creemos que el carácter especial de la inhabilitación y la mayor importancia que encierra el ser elegido, el ostentar por sí el cargo, en comparación con el simple participar en la elección de otro, son razones decisivas. Y en cuanto a extraer de la existencia de una pena inferior la necesidad de que la superior la abarque en todos sus aspectos, diremos que no sólo no cabe afirmar que en la escala general del artículo 27 o en la especial número 3 del artículo 73 los efectos de las penas más graves superen siempre por separado a los que las inferiores, sino que ni siquiera ocurre esto en la propia escala número 4, donde ya se vio cómo la inhabilitación absoluta incide en los cargos públicos, pero no en las profesiones u oficios propiamente dichos. Lo que no excluye, como se razonará más adelante, que aquel argumento sea utilizado a la inversa para, en los extremos dudosos —y sólo en éstos— impedir que los efectos de las penas inferiores superen los de las superiores.

La identificación en la sentencia del cargo electivo sobre el que recayere resulta imprescindible. En consideración al lector nos abstenemos de repetir los argumentos por los que, al igual que en la inhabilitación especial para cargos públicos, nos oponemos a una imposición global como suma de todas las elecciones sobre las que individualmente hubiera sido factible aplicar la pena.

Nuestra jurisprudencia no trata, que nosotros sepamos, los efectos de la inhabilitación especial para el derecho de sufragio, al menos de manera directa. Sin duda, porque los propios condenados se preocupan más de las consecuencias que para ellos se derivan de la inhabilitación para cargo público, profesión u oficio. Incluso las sentencias recurridas suelen abstenerse de tocar este punto. Fue una sentencia de instancia en la que sólo se condenaba a inhabilitación especial para actividades relacionadas con bares, confiterías, pensiones y similares, sin mencionar siquiera el derecho de sufragio, la que dio lugar a la ya mencionada del Tribunal Supremo, de 23 de noviembre de 1970, que, si bien se ocupa especialmente de las consecuencias de la inhabilitación en las profesiones y oficios, sienta una doctrina general, en cuyo desarrollo cita la tripartición de efectos de los artículos 36, 37 y 41, para terminar sosteniendo la necesidad de concretar éstos a la índole del delito cometido, sin incurrir en interpretaciones indiscriminadas.



## 5. LA INHABILITACION ESPECIAL PARA PROFESION U OFICIO

Nuestro vigente Código contiene el siguiente artículo 41: “La inhabilitación para profesión u oficio privará al penado de la facultad de ejercerlos por el tiempo de la condena. Esta pena comprende las ocupaciones manuales, las profesiones liberales y las de cualquier otra clase.”

La segunda parte fue obra del legislador de 1944.

No es arriesgado afirmar que ningún artículo regulador de las penas privativas de derechos ha originado censuras tan numerosas y comentarios tan opuestos como este artículo 41, auténtica piedra de escándalo para muchos.

Digamos para empezar que en nuestra opinión gran parte del confusionismo creado a su alrededor nace de que la mayoría de los intérpretes se ha entregado en exceso a una labor de exégesis gramatical, perdiendo la visión del conjunto. Tal defecto nos ha salido al paso en anteriores comentarios a otros artículos. Dos puntos de partida encierran, a nuestro entender, la clave de una interpretación acertada. Por un lado, que nos movemos en el marco de una inhabilitación especial y no absoluta. Por otro, que el escaso cuidado puesto por el legislador en esta materia le ha movido a ir prescindiendo de algunas frases o palabras según se iba adentrando en la redacción de los preceptos, por entenderlas añadidas tácitamente. Pruebas de estas tendencias no faltan. Al igual que en el párrafo 1.º del artículo 35 se priva de todos los honores, empleos y cargos públicos, “que tuviere el penado, aunque fueran electivos”, pero la parte entrecomillada desaparece del párrafo 1.º del artículo 36, o que en el artículo 39, sobre suspensión del derecho de sufragio, se prescinde de la frase “para el cargo electivo sobre el que recayere”, utilizada en el artículo 37 a propósito de la inhabilitación especial, así creemos sucede cuando en el artículo 41 se omite la limitación a la profesión u oficio “sobre que recayere”. Si el legislador ha establecido expresamente que la inhabilitación especial para el derecho de sufragio y la especial para cargo público —que en realidad integra una inhabilitación profesional cuando incide sobre un funcionario, como apunta Quintano Ripollés—, exigen la concreción de su objeto, no puede sorprender que deje de insistir sobre el particular cuando redacta el artículo 41 líneas más abajo. Esta conducta será más o menos vituperable, pero no sorprende dentro del abandono que se observa en toda regulación examinada.

Los autores que se han esforzado en desentrañar el contenido del artículo coinciden en sus críticas, pero mientras unos acaban conformándose con los efectos sobre toda profesión u oficio, otros intentan recortar aquella generalidad. Córdoba y compañeros comentaristas, tras destacar que la aclaración del nuevo párrafo 2.º es innecesaria, dado el amplio significado del vocablo “profesión”, en

el que hasta el propio oficio se encuentra incluido, estiman que las únicas profesiones afectadas por esta pena son las que requieren permiso, licencia o autorización de la Administración Pública. Entienden que las razones de esta interpretación restrictiva radican tanto en “lo inicuo de privar a una persona del derecho a vivir de su trabajo profesional”, como en “la difícil efectividad de dicha sanción, a menos que la misma se constriña a las profesiones cuyo ejercicio requiere una habilitación o permiso oficial”, de conformidad con el pensamiento de Groizard (35) y Quintano Ripollés (36), y añaden que la tipificación del intrusismo profesional, circunscrito en los artículos 331 y 572 del Código penal vigente a profesiones que exigen título oficial, o habilitación o capacitación oficial, apoya la repetida exégesis. Precursores en la misma línea fueron Castejón (37) y, más anteriormente, Vizmanos y Álvarez Martínez (38), quienes sostienen que esta inhabilitación se refiere únicamente a aquellas profesiones u oficios “para cuyo ejercicio se necesita licencia de la autoridad pública a causa de las relaciones que tienen con la Administración de Justicia, con la salud pública, o con otros intereses generales, por ejemplo, la profesión de abogado, médico, farmacéutico, arquitecto y otras que no pueden ejercerse por los que no se hallen sujetos al régimen de estudios de cada facultad, y sobre todo a los exámenes o ejercicios prevenidos por las leyes vigentes, como son en cuanto a los oficios los de corredor de comercio, perito, revisor de letras, agrimensor, etc.”. Groizard (39) y Viada (40) recogen en sus obras el comentario transcrito, para terminar afirmando que, al no distinguir la Ley entre profesiones y oficios, tampoco cabe hacer distinciones interpretativas, por lo que no tienen duda de que esta pena, igual que la de suspensión, es aplicable a cualquier actividad profesional.

Del enfoque con que, en nuestra opinión, ha de ser contemplado el problema, se ha hablado al comienzo de este comentario. La cuestión presenta en realidad dos facetas perfectamente diferenciadas. Una, la de si cualquier profesión u oficio es apto para que sobre él recaiga la inhabilitación. La otra se refiere a la posibilidad o aún obligatoriedad de que la pena comprenda todas las profesiones y todos los oficios. En el primer extremo coincidimos con Groizard y Viada. Además de no convencernos en el terreno del derecho positivo los argumentos limitativos ya expuestos, creemos que la función preventiva de esta sanción privativa de derechos puede ser tan importante respecto a un oficio concreto cuyas características hayan favorecido y amenacen seguir favoreciendo la comisión de delitos,

(35) GROIZARD, *Op. cit.*, t. II, pág. 232.

(36) QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios...*, pág. 333.

(37) CASTEJÓN, *Génesis y breve comentario del Código penal de 23 de diciembre de 1944, 1945*, pág. 461.

(38) VIZMANOS y ALVÁREZ MARTÍNEZ, *Comentarios al Código penal*, t. I, Madrid, 1848, pág. 250.

(39) GROIZARD, *Op. cit.*, t. II, págs. 231-232.

(40) VIADA, *Op. cit.*, t. II, pág. 424.

como en relación con un cargo público en cuyo ejercicio se ha delinquido.

En la segunda parte del problema estamos sin reservas a favor de la necesidad de individualizar el cargo o profesión objeto de la inhabilitación. A las demás razones alegadas a favor de nuestra tesis se une otra que estimamos decisiva, a saber que, si el artículo 417 del Código penal dispone que “los culpables de aborto, se hallen o no en posesión de título facultativo o sanitario, serán condenados a las penas señaladas en los artículos anteriores y, además, a la inhabilitación especial, que comprende, aparte de los efectos propios de ella, el de prestar cualquier género de servicios en clínicas, establecimientos sanitarios o consultorios ginecológicos, públicos o privados”, ello significa que nuestro propio ordenamiento reconoce que las condenas por inhabilitación especial no alcanzan indiscriminadamente a todas las profesiones u oficios. Así, pudiendo el reo dedicarse a otra ocupación, la pena pierde bastante de su, en otro caso inexplicable, severidad. No habrá que preguntarse por la suerte del aspirante a libertocondicional que, sin reservas económicas personales e imposibilitado para mejorar de fortuna por su esfuerzo, difícilmente ofrecerá las garantías de hacer vida honrada exigidas en el artículo 94 del Código penal, como requisito esencial para el disfrute de dicho beneficio. Ni surgirá la duda acerca de si la redención de penas por el trabajo no será igualmente incompatible con la inhabilitación.

El grupo de comentaristas del Código actual que encabeza Córdoba, afirma también, siguiendo a Castejón, que la profesión u oficio ha de ser individualizado en la condena por análogas razones a las que motivaron la concreción de los cargos públicos.

Nuestro Tribunal Supremo ha tocado recientemente el tema en la Sentencia de 23 de noviembre de 1970, ya mencionada. Sostiene en ella que la pena debe estar establecida previamente al hecho, sin arbitrariedades, por lo que donde el Código penal no acate con rotundidad esa norma habrá que colmar la dicción a la vista de aquellos principios y de los que inspiran esta clase de penas. La inhabilitación ofrece una tripartición de efectos (artículos 36, 37 y 41) —se añade— y “habrá que conectar los efectos a la índole del delito cometido, de modo que el tenor del artículo 41 no quiere decir que la privación de la facultad de ejercer se extienda a toda actividad laboral o profesional, como podría hacer creer una interpretación indiscriminada y literalista, sino que tan sólo alcanza al oficio o profesión ejercidos por el condenado en relación con el delito sancionado, acepción relativa y congruente que no tolera una nebulosa indefinición de sus efectos categóricos y precisos”. Se indica, por último, que, “aunque es lícito acudir a la similitud ante la imposibilidad de agotar casuísticamente los locales..., no es menos cierto que la analogía debe limitarse en cuanto sea posible y que, en el punto concreto de que se trata, debe operar dentro de un mismo ramo de la actividad laboral, como el de hostelería”.

## 6. LA SUSPENSION DE CARGO PUBLICO

Según el vigente artículo 38 del Código penal: "La suspensión de un cargo público privará de su ejercicio al penado, así como de obtener otro de funciones análogas por el tiempo de la condena."

La redacción coincide sustancialmente con la del artículo 38 del Código penal de 1870, si bien ahora se privará del ejercicio y de la obtención de otro de funciones análogas, mientras que antes se inhabilitaba para ello.

Destacan los autores que en esta pena no se priva del cargo, como sucede en las inhabilitaciones, sino solamente del ejercicio del mismo, lo que con frecuencia no les impide coincidir en que, de hecho, la única diferencia radica en la duración (41). Groizard (42) afirma que se da identidad de materia y que la discrepancia no es de cualidad, sino de cantidad, por no provenir de condición que se refiera al género del castigo, sino solamente a su duración, de manera que "la suspensión de cargo acaba donde la inhabilitación especial empieza". Quintano Ripollés (43) asegura que "ambas penas son una misma cosa, en la que no cabe otra distinción que la cuantitativa del cómputo temporal", por lo que, añade, "la doble denominación no es más que un alarde de casuismo y de léxico, que a nada positivo conduce".

Compartimos por completo dicho criterio. Es difícil encontrar una verdadera diferencia en cuanto a que la inhabilitación prive temporalmente del cargo y la suspensión sólo de su ejercicio. Nos parece que tampoco cabe hallarla en que, literalmente, el artículo 38 prescinda de extender sus efectos a los honores anexos al empleo, sobre todo si recordamos lo dicho más arriba acerca de la tendencia del legislador a prescindir en algunos artículos de extremos que pueden sobreentenderse a la vista de lo dispuesto en preceptos anteriores de los que en cierta manera dimanán, tal y como ocurre con los repetidos honores, cuya inclusión en la pena de suspensión es defendible considerándolos integrados en el cargo mismo. Obsérvese por otro lado que, si gramaticalmente la primera parte del precepto afecta sólo al ejercicio del cargo, la segunda continúa la línea de la inhabilitación especial privando de la obtención de otros de funciones análogas y no de su mero ejercicio. La desaparición de la inhabilitación especial entre las accesorias privativas de derechos se explica también, a nuestro parecer, porque, al ceñirse la duración de las accesorias a las de las principales y ser idénticos los efectos de la inhabilitación especial y de la suspensión, bastaba con recoger el nombre de una de ambas penas, como hace el artículo 147. Comprendemos, sin embargo, que en este caso concreto la desidia del legislador no deba autorizar, en opinión de algunos, una interpreta-

(41) BERISTAIN, *La inhabilitación penal ayer, hoy y mañana*, "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", Sept. 1966.

(42) GROIZARD, *Op. cit.*, t. II, pág. 221.

(43) QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio de Derecho penal*, Madrid, 1958, tomo I, pág. 481, y *Comentarios...*, pág. 333.

ción perjudicial al reo. La postura de Ferrer Sama, partidario de la perpetuidad de la privación en la inhabilitación, implica, dada la temporalidad de la pena de suspensión, una cierta quiebra de la concepción expuesta, pues con aquélla se pasaría directamente de los seis años a la pérdida definitiva.

No hay duda de que las sentencias deberán determinar cuál sea el cargo o cargos afectados. Creemos sería motivo suficiente para la individualización el hecho de que tampoco en la inhabilitación especial quepan generalizaciones, pero por fortuna el propio texto del artículo 38 disipa cualquier duda al referirse a la suspensión “de un cargo público”.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 29 de diciembre de 1962 (44), recuerda que la concreción en el fallo es aquí tan precisa como en los casos de inhabilitación especial. En cuanto a la conveniencia —no obligatoriedad— de determinar las funciones análogas, nos remitimos a lo dicho al tratar de aquella pena de inhabilitación.

## 7. SUSPENSION DEL DERECHO DE SUFRAGIO

Según el artículo 38 del Código penal vigente: “La suspensión del derecho de sufragio privará al penado, igualmente, de su ejercicio durante el tiempo de la condena.”

Coincidimos con Córdoba (45) y el grupo de comentaristas que encabeza en que, aunque el texto legal no lo especifique, esta suspensión sólo puede recaer en cargos públicos. Dichos autores señalan, en apoyo de su tesis, la razón histórica de que los artículos 35 y 37 del Código de 1870, al regular la inhabilitación especial perpetua o temporal para el derecho de sufragio, se referían a “cargo público” de elección popular. Pese a la anteriormente indicada coincidencia en el resultado de la exégesis, no nos convence este argumento, por cuanto, si es cierto que ambos preceptos se autolimitan de esa forma, también lo es que el artículo 39, que es el dedicado a la suspensión y por tanto el correlativo al vigente de igual numeración en el Código de 1944, guardaba ya el mismo silencio que hoy reina sobre este extremo. Para ser más exacto, el viejo artículo 39 sólo se distingue del actual en utilizar la preposición “para” en lugar de la preposición “de”, sin por ello modificar su sentido en lo más mínimo. Véase su texto: “La suspensión del derecho de sufragio inhabilitará al penado igualmente para su ejercicio durante el tiempo de la condena.”

De mayor fuerza nos parece la interpretación lógica y comparativa con los preceptos inmediatamente anteriores. Nunca en la jerarquía de estas sanciones podrá atribuirse a una pena inferior efectos que superen en gravedad a los de las superiores, excepto cuando, como ocurre con las inhabilitaciones o suspensiones para profesiones

(44) Rep. Aranzadi, 5035.

(45) CORDOBA, y otros, *Op. cit.*, t. II, pág. 175.

u oficios, no se trate de un punto dudoso a interpretar, sino de una clara disposición que orienta en una dirección nueva, no contemplada por la inhabilitación absoluta. Si la inhabilitación dicha se concretaba a la elección para "cargos públicos", tanto la inhabilitación especial, cuya redacción habla de "cargo electivo", como la suspensión, que no menciona siquiera el sustantivo "cargo", llevarán impuestas tácitamente aquella limitación.

El segundo problema grave que plantea este precepto es el de si la privación del sufragio abarca al activo y al pasivo o se circunscribe a éste último. Ya Groizard (46), lamentándolo, estimaba que el efecto de esta pena sólo alcanzaba al voto activo, con el riesgo de que aquel juzgado sin integridad suficiente de honor civil para designar a las personas aptas para desempeñar puestos de confianza pública, acabe siendo designado para desempeñar uno de esos puestos. En idéntico criterio abunda Ferrer Sama (47), quien, tras citar a Groizard, añade que cuando la ley ha querido comprender tanto al sufragio activo como al pasivo, lo ha dicho sin ambages, así en los artículos 35 y 37, donde se emplea la fórmula de "derechos de elegir y ser elegido". El grupo encabezado por Córdoba llega a iguales conclusiones y subraya que el artículo 39 se refiere al "ejercicio" del derecho de sufragio, lo que encierra un inequívoco carácter activo.

Frente a una actitud tan unánime, quizá peque de temerario intentar siquiera defender la tesis opuesta, pero a fuer de ser sinceros no podemos silenciar nuestra discrepancia. Pese a que aquella interpretación es la más favorable al reo, nos resulta difícil cerrar los ojos al absurdo que sus propios valedores señalan y no olvidamos tampoco cómo se tiende más y más al laconismo y a la imprecisión según descienden de gravedad las penas privativas de derechos. Por otro lado, si los derechos de sufragio son dos, activo y pasivo, no puede negarse que ambos, como cualquier otro derecho, admiten se haga uso de ellos, o sea que se les "ejercite", aunque tal expresión parezca avenirse mejor con el sufragio activo. Creemos que quien se presenta a candidato en unas elecciones ejercita también un derecho. Además tenemos el artículo 27, en cuya escala la pena que nos ocupa es ni más ni menos que "suspensión de cargos públicos, derecho de sufragio, activo y pasivo, profesión u oficio". Los tratadistas citados resuelven la antinomia a favor de los que ellos creen ser el sentido del artículo 39, pero nosotros estimamos que precisamente ese sentido no puede ser captado si en la labor de exégesis se prescindió del artículo 27, oponiéndole luego, como algo indubitado, la interpretación del artículo 39 realizada en solitario y a sus espaldas. En nuestra opinión no se da incompatibilidad entre ambos preceptos, antes al contrario, la clara expresión del artículo 27 sirve para comprender el verdadero alcance del artículo 39, poniendo de relieve la identidad sustancial de ambos.

(46) GROIZARD, *Op. cit.*, t. II, pág. 222.

(47) FERRER SAMA, *Op. cit.*, t. II, pág. 216.

Rodríguez Devesa (48) reconoce también que, pese a no mencionarse expresamente para la suspensión el derecho de elegir y ser elegido, “el enunciado del artículo 27 no deja lugar a dudas acerca de que abarca tanto al derecho de sufragio activo como al pasivo”. Añadamos, por nuestra parte, que la polémica sobre el derecho de sufragio pasivo pierde mucho de su interés, si recordamos que ya el artículo 38 priva del disfrute del cargo público que se señale, durante el mismo tiempo que el artículo 39, con independencia de que aquél tenga o no carácter electivo.

Terminemos el comentario a este precepto indicando que, de acuerdo con las líneas orientadoras de toda nuestra exégesis, la individualización del cargo al que se dirige el sufragio objeto de la suspensión es ineludible y debe hacerse en la sentencia, al igual que en el caso de inhabilitación.

### 3. LA SUSPENSIÓN DE PROFESIÓN U OFICIO

Los dos primeros párrafos del artículo 42 del vigente Código penal —el tercero está dedicado a los efectos de la privación del permiso de conducir— rezan del siguiente modo:

“La suspensión de profesión u oficio producirá los mismos efectos que la inhabilitación durante el tiempo de la condena.

Es aplicable a esta pena lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 41.”

Su precedente se encuentra en el artículo de igual numeración del Código penal de 1850, reproducido por el de 1870, con la única diferencia en cuanto al actual de referir los efectos de la suspensión no a la inhabilitación simplemente, sino a la inhabilitación temporal, cosa lógica por cuanto, como se ha visto, ambos textos contenían, junto a la pena de inhabilitación temporal, la de inhabilitación perpetua.

La redacción legal es tan clara que resulta innecesaria toda interpretación. Los autores suelen limitarse a recalcar que la duración constituye el único rasgo diferencial entre inhabilitación especial y suspensión. Como penas principales, aquélla se extiende de seis años y un día a doce años (49), mientras que ésta abarca de un mes y un día a seis meses. Tampoco en este punto la tabla del vigente artículo 78 se aparta de los Códigos anteriores. Para Ferrer Sama (50) ello representa una nueva manifestación del sistema seguido por el Código en el sentido de variar los nombres de penas de idéntica naturaleza, pero de duración distinta.

Para nosotros, lo importante del comentario al artículo citado es subrayar cómo aquí, a diferencia de lo que ocurre en la regula-

---

(48) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte General*, Madrid, 1973, pág. 770.

(49) Según el art. 30 del Código penal.

(50) FERRER SAMA, *Op. cit.*, t. II, pág. 219.

ción de las suspensiones para cargos públicos o derechos de sufragio, no se arranca sencillamente de la respectiva inhabilitación especial, sino que hay remisión absoluta a los efectos de esas penas más graves. O sea que, admitida la necesidad de concretar los efectos de la inhabilitación especial, resulta insoslayable proceder de igual forma en la suspensión. La importancia de tal aserto se verá, mejor aún que en la inhabilitación como pena principal, en su función como accesoria, mucho más frecuente.

Una última advertencia. Nótese cómo la economía en la redacción lleva en este artículo a utilizar el sustantivo inhabilitación como término de referencia, sin añadirle explícitamente nada sobre si se trata de la absoluta o de la especial. No pretendemos insinuar la existencia de la menor duda, sino recordar el modo de proceder del legislador al articular los preceptos ahora examinados.

El párrafo 2.º del artículo 42 peca de superfluo. Encierra una remisión innecesaria a otro párrafo, el 2.º del artículo 41, también perfectamente suprimible.

## 9. LAS PENAS PRIVATIVAS DE DERECHO Y LOS ECLESIASTICOS

El tradicional catolicismo de gran parte del pueblo español y la especial consideración que la Iglesia Católica ha disfrutado de antiguo en nuestro ordenamiento jurídico explican la existencia del artículo 40 del vigente Código penal, a cuyo tenor las personas eclesiásticas gozan de una situación más o menos privilegiada. Veamos su texto:

“Cuando la pena de inhabilitación, en cualquiera de sus clases, y la de suspensión recayeran en personas eclesiásticas, se limitarán sus efectos a los cargos, derechos y honores que no tuvieran por la asignación que tuviesen derecho a percibir por razón de su cargo eclesiástico.”

Bien sostenía Groizard (51) en su comentario al artículo de igual numeración del Código de 1870 —idéntico al actual excepto en referirse a “la asignación que tuviere” en lugar de a “la asignación que tuviesen”— que el precepto encierra una declaración sin la que se pasan muy bien casi todos los países europeos, como hubiéramos podido pasarnos nosotros. Estima evidente que tales penas no deben de afectar en nada ni al carácter espiritual, ni al orden sagrado, ni a la jerarquía propia, pero no ve obstáculo en que, si en la forma exterior de la administración eclesiástica se cometen infracciones punibles de las leyes que determinan las relaciones de los ciudadanos entre sí o con el Estado, se aplique a los servidores de la Iglesia el Código penal, a salvo los particulares respetos que a aquéllos les sean debidos.

El Código de 1850, quizá por corresponder a un período de

(51) GROIZARD, *Op. cit.*, t. II, pág. 223.



pronunciada armonía entre Iglesia y Estado, como apunta el mismo autor, redactó su artículo 38 de forma más amplia, añadiendo que los eclesiásticos incurso en dichas penas quedarían impedidos en todo el tiempo de su duración para ejercer en el Reino la jurisdicción eclesiástica, la cura de almas y el ministerio de la predicación, así como para recibir las rentas eclesiásticas, exceptuada la cóngrua. Viada (52) celebra que en el Código de 1870 el legislador se contentara con señalar los efectos puramente civiles de las penas privativas de derechos cuando recaen sobre eclesiásticos, dejando a la autoridad eclesiástica cuanto corresponde a la esfera de su exclusiva competencia, o sea las regulaciones en su ámbito de las consecuencias que, a su criterio, se deduzcan de aquellas penas. En cuanto a la prohibición de percibir rentas eclesiásticas, salvo la cóngrua, anclada en el texto de 1850 y sustituida en el de 1870 y en el actual por la pérdida de la asignación que tuviesen derecho a percibir por razón del cargo eclesiástico, se trata de una adaptación del artículo a una situación nueva, caracterizada por la supresión de diezmos, la nacionalización de bienes o su desamortización y, correlativamente, por el paso al Estado de los gastos del culto, con el abono a cargo del presupuesto nacional de ciertas cantidades mutuamente convenientes. En este aspecto se explica y justifica la coincidencia entre el artículo 42 de 1870 y el 42 vigente. El Código de Derecho canónico y el Concordato de 27 de agosto de 1953 son complementos imprescindibles para la correcta aplicación del artículo comentado.

Llama la atención el lugar que tal precepto ocupa en la Sección dedicada a los efectos de las penas, según su naturaleza. El artículo 40 es posterior a la regulación de la inhabilitación (artículo 35), de la inhabilitación especial para cargos públicos (artículo 36), de la inhabilitación especial para el derecho de sufragio (artículo 37) de la suspensión de un cargo público (artículo 38) y de la suspensión del derecho de sufragio (artículo 39). Se sitúa, por el contrario, antes de la inhabilitación para profesión u oficio (artículo 41) y de la suspensión para las mismas actividades (artículo 42). Si a esto añadimos que, al menos expresamente, sólo se refiere a los efectos sobre "cargos, derechos y honores", o sea a lo que es objeto de la inhabilitación absoluta y de las inhabilitaciones especiales o suspensiones que le preceden, guardando silencio sobre las profesiones u oficios, no resulta arriesgado afirmar que estos últimos quedaron, en principio, al margen de la atención del legislador. La génesis del precepto ratifica ese criterio. Se piensa en el sacerdote de la Iglesia Católica, cuya profesión parece debiera agotarse en su cargo religioso. De todos modos, la frecuencia con que hoy las personas eclesiásticas tienden a compatibilizar las ocupaciones del culto con otras profesiones, generalmente en el ámbito de la enseñanza, y aun con verdaderos oficios, como en el movimiento de los sacerdotes obreros, exige profundizar en la cuestión de si tales personas pueden su-

(52) VIADA, *Op. cit.*, t. I, pág. 424.

frir o no los efectos de las inhabilitaciones y suspensiones de los artículos 41 y 42.

Córdoba (53) y sus colegas en los *Comentarios al Código penal* vigente entienden que el artículo 40 debe entrar en aplicación cualquiera que sea la especie de inhabilitación, ya sea absoluta o especial de cargo público, profesión u oficio, y que igual conclusión se alcanza en cuanto a la suspensión porque, pese a que la ley sólo utiliza el inciso “en cualquiera de sus clases” respecto a la inhabilitación, tampoco restringe el ámbito de aquélla. Añaden, en apoyo de sus conclusiones, la identidad de contenido entre la inhabilitación y la suspensión para profesión y oficio, así como la amplitud de los conceptos “cargos, derechos y honores” contenidos en el precepto.

Nosotros disentimos de esta opinión y creemos que el artículo 40 no ha querido abarcar las inhabilitaciones y suspensiones para profesión y oficio. Sustentamos tal criterio tanto por lo ya manifestado en cuanto a la sistemática de esta Sección, como por no aceptar ninguna de las tres razones que dichos comentaristas esgrimen. La referencia legal a “la pena de inhabilitación, en cualquiera de sus clases”, indica únicamente que hay dos inhabilitaciones, una absoluta y otra especial, aceptadas ambas por el repetido artículo. El uso, acto seguido, de la palabra “suspensión”, sin más aditamentos, corresponde al hecho de que sólo hay una pena de suspensión, aunque sus consecuencias admitan la misma tripartición que las de la inhabilitación especial.

Si de las penas pasamos a los efectos, entramos en un terreno mucho más concreto, firme y práctico, que permitirá incluso prescindir del anterior razonamiento, al igual que del examen acerca de si hay una sola pena de inhabilitación especial y otra de suspensión, o cabe dividir una y otra —no ya en sus efectos, sino en sí mismas— según afecten a cargo público, derecho de sufragio o actividades profesionales. Pues bien, como se indicó más arriba, el artículo 40 no alude siquiera a las profesiones u oficios, sino a cargos, derechos y honores, o sea a los efectos de la inhabilitación absoluta y de las inhabilitaciones y suspensiones para cargo público y derecho de sufragio. Entonces el argumento de que la suspensión es idéntica en naturaleza a la inhabilitación especial se muestra igualmente inoperante, dado que negamos a esta otra pena, dentro del artículo 40, toda proyección sobre las ocupaciones laborales.

No significa esto, sin embargo, que las personas eclesiásticas puedan desempeñar cualquier profesión u oficio sin temor alguno a que se les prive de él. Cuando el precepto comentado manifiesta que las penas de inhabilitación y suspensión, caso de recaer en personas eclesiásticas, “limitarán sus efectos a los cargos, derechos y honores que no tuvieren por la Iglesia y a la asignación que tuviesen derecho a percibir por razón de su cargo eclesiástico”, no sería razonable ver en el tiempo futuro del verbo “limitar” una especie

de orden única, eliminadora de cuanto allí no se recoge e imperativamente global respecto a los cargos, derechos y honores que cita sin concreción alguna. Una interpretación así recordaría la que pintorescamente deducía del texto del viejo artículo 42 del Código civil —el matrimonio “canónico, que deben contraer todos los que profesan la Religión Católica”— la necesidad de que todo católico se casara. Lo que el artículo 40 pretende es reducir los efectos sobre cargos, derechos y honores a los puramente civiles, dejando a salvo siempre lo que corresponde en exclusiva a la Iglesia como sociedad perfecta. Por eso el eclesiástico condenado a inhabilitación o suspensión tampoco ha de sufrir una privación indeterminada. En ese terreno temporal su situación jurídica no difiere de la de cualquier otro ciudadano. Lo mismo ocurre con las profesiones y oficios que no implican titularidad de cargo público. El artículo 41 no se ocupa de ellos precisamente por la dificultad de integrarlos en el *status* religioso de quienes los desempeñan.

Los antecedentes históricos del precepto, la referencia a la Iglesia con mayúscula y el extremo dedicado a la asignación que las personas eclesiásticas tuvieran derecho a percibir por razón de su cargo, no permiten abrigar dudas acerca de que el legislador contempla únicamente el caso de la Iglesia Católica Apostólica Romana. En la actualidad, la sociedad española, más pluralista y tolerante en el terreno religioso, ha recibido también el impacto de un turismo masivo, de la aparición de auténticas colonias extranjeras veraniegas o de descanso y, en definitiva, de un trato continuo con personas de religión muy diversa. Fruto de este ambiente es la Ley de Libertad Religiosa de 28 de junio de 1967, nacida al socaire de las nuevas brisas que, venidas del Concilio Vaticano II, habían llevado a la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967 a la modificación del artículo 6.º del Fuero de los Españoles. La nueva orientación fue tenida en cuenta para sustituir la vieja Sección 3.ª del Capítulo II del Título II del Libro II del Código Penal, dedicada a los “delitos contra la Religión Católica”, por otra comprensiva de los “delitos contra la libertad religiosa, la religión del Estado y las demás confesiones” (54), aunque el articulado de la misma ponga luego de relieve que las únicas confesiones protegidas por los nuevos tipos son, aparte la católica, aquellas reconocidas legalmente (arts. 207 y 209) o inscritas en el registro establecido al efecto (art. 210), por lo que sólo a las que se encuentran en ese caso parece referirse también el artículo 208 cuando castiga las ofensas a los sentimientos religiosos particularmente tutelados. Pese a todo, la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, que introduce tales reformas en el Código Penal de 1944, ignoró que su artículo 40 necesitaba la misma puesta al día o, si se prefiere, la marginación total de nuestro ordenamiento positivo (55).

(54) Ver, sobre el proceso evolutivo de la Sección, el artículo de GERARDO LANDROVE DÍAZ, *La libertad religiosa y la reforma de 1971*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, t. XXV, fasc. III, 1972.

(55) RODRÍGUEZ DEVESA en su Suplemento a la 4.ª edición de su *Dere-*

En realidad, el único valor positivo del tan citado artículo 40 es la privación de las asignaciones. En otro caso surgiría la duda de sí, mantenido el reo en su cargo eclesiástico, sería o no automático el percibo de la asignación correspondiente. Al no darse para los religiosos no católicos esta subvención o ayuda, ni siquiera a los registrados en el Ministerio de Justicia, carece de interés práctico ampliar la redacción del precepto para comprenderlas en él. De todos modos, razones técnicas exigen que el legislador se ocupe del artículo en un sentido u otro. El mantenimiento de la fórmula actual no es solución defendible.

Indiquemos, por último, que el mencionado grupo de comentaristas al Código penal vigente, encabezado por Córdoba, se pregunta incluso hasta qué punto la privación de aquellas asignaciones será viable en la actualidad a la vista de que el artículo XIX del Concordato establece la obligación de dotar al clero como beneficio consiguiente a la mera cualidad de persona eclesiástica, sin determinar excepción alguna, y de que, según el número 2.º del artículo XXXVI, se entienden derogadas las disposiciones contenidas en Leyes, Decretos, Ordenes y Reglamentos que, en cualquier forma, se opongan a la que en el Concordato se establece (56).

## 10. LAS PENAS PRIVATIVAS DE DERECHOS COMO ACCESORIAS

En la Sección 3.ª del Capítulo III del Título I del Libro I del Código penal, bajo la rúbrica de "Penas que llevan consigo otras accesorias", se encuentran, además de las dos penas exclusivamente accesorias, según la escala general del artículo 27 del vigente Código, o sea, la interdicción civil y la pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito, otras dos, la inhabilitación absoluta y la suspensión de cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio, recogidas como penas graves y principales en aquel precepto.

Si estas penas privativas de derechos son admisibles como principales de ciertos delitos, bien desde el ángulo de la teoría absoluta del castigo, o sea como expiación, retribución o venganza, bien desde la perspectiva de las teorías relativas y finalistas de la prevención general y especial —piénsese en el funcionario que delinque en el ejercicio de su cargo— no sucede lo mismo cuando actúan como accesorias de otras privativas de libertad o restrictivas de este derecho y, en consecuencia, no guardan relación alguna con una especie delictiva determinada.

No parece que, impuesta una pena principal de la gravedad de las privativas de libertad en la medida necesaria para dar satisfac-

*cho penal español, parte especial*, Madrid, 1972, se preocupa de los problemas que la nueva normativa ofrece en el texto de los arts.-320-2.º, 506-2.º, 516-1.º y 492 bis, que mantienen la redacción primitiva.

(56) CORDOBA, y otros, *Op. cit.*, t. II, pág. 178.

ción al *punitur, quia peccatum est*, y conseguida así la compensación entre la culpa del reo y el mal que la sociedad estimó equivalente, haya que recargar luego este segundo platillo de la balanza con una nueva pena que, en la práctica, nada añadirá al dolor del delincuente.

Esa falta de efecto intimidativo para quienes están dispuestos a arriesgar la propia libertad hace que ni la amenaza de la pena privativa de derechos, ni su imposición en la condena, ni su ejecución posterior, sirvan como fuerza paralizante de las inclinaciones criminales de los miembros de una comunidad. Igual ocurre con la prevención especial. Ni se logra intimidar al condenado, ni contribuye en nada a su mejora o resocialización —antes al contrario—, ni parece que la sociedad tenga que asegurarse frente a él hasta ese extremo, cuando el delincuente ya ha sido aislado en un establecimiento penitenciario (57).

Por otra parte, debemos recordar el principio de la “intervención mínima” en los derechos del particular. Tanto desde un punto de vista político, como en atención a la economía punitiva, en una doble vertiente que comprende al Estado y al ciudadano, procede abstenerse de imponer penas innecesarias.

Quintano Ripollés (58) y otros autores destacan el absurdo de que a veces la inhabilitación, la suspensión o la interdicción recaerán sobre personas que, aunque culpables de delito, son perfectamente aptas para la vida pública, profesional o civil, mientras que otras, un ladrón, un estuprador o un corruptor de menores conservarán, salvo casos excepcionales, derechos tan poco aconsejables para su ejercicio como la patria potestad o la autoridad marital. Ferrer Sama (59) señala cómo en estas penas, tan próximas a las medidas de seguridad, debería haberse concedido al juzgador un amplio arbitrio para, a discreción, aplicar o no junto a las penas privativas de libertad aquellas limitaciones de la capacidad de obrar que la índole del delito y la personalidad del delincuente aconsejaren. Más adelante veremos que nosotros llegamos a admitir esta posibilidad, hasta cierto punto al menos, cuando el Código vigente regula la suspensión como accesoria.

Modernamente, los autores del Proyecto Alternativo del Código penal para la República Federal Alemana, eliminaron las penas accesorias privativas de derechos por estimar que impiden o dificultan la resocialización del reo y que, caso de que las consecuencias que su imposición implica se juzguen necesarias, pueden ser reguladas, como de hecho ya lo están, en las Leyes de funcionarios, Re-

---

(57) Ver, por ejemplo, sobre la justificación finalista de la pena Reinhart Maurach, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4, Auflage. Karlsruhe, 1971, pág. 63.

(58) QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios...*, pág. 339.

(59) FERRER SAMA, *Op. cit.*, pág. 198.

(60) *Alternativ-Entwurf*, ya citado. Justificación a la marginación del artículo 45 del *Proyecto Oficial* de 1962 por parte de los autores del *Proyecto Alternativo*, pág. 77.

glamentos orgánicos o disposiciones disciplinarias, pero siempre al margen del Código penal. Sin embargo, la redacción aceptada por la Segunda Ley de Reforma del Código penal alemán, de 4 de julio de 1969, mantiene como accesorias (*Nebenstrafen*) en sus artículos 45, 46 y 47 tanto la pérdida del derecho a ostentar cargos públicos, como la del ejercicio del sufragio. Ni ahora, ni antes de la reforma acogió el Código penal alemán la privación del ejercicio de una profesión u oficio.

En nuestra Patria el Anteproyecto de Bases del Libro I del Código penal prescinde de las penas privativas de derechos, tanto principales como accesorias (61), si bien recoge como medidas de seguridad (62), entre otras, la inhabilitación para cargos públicos y la inhabilitación para el ejercicio de una profesión u oficio. La primera podrá imponerse “a los condenados a penas de reclusión y a los funcionarios que delinquen con motivo u ocasión del cargo que desempeñan” y la segunda “cuando el delito se ha cometido con abuso de oficio o profesión o con la violación de los deberes que le sean inherentes” (63). Creemos que ese es el camino a seguir.

De todos modos —y volviendo al Código penal vigente—, los artículos 45 y 46 no ofrecen demasiados problemas en su aplicación. Su texto es claro:

“Artículo 45.—Las penas de muerte, cuando no se ejecuten, y la de reclusión mayor, llevarán consigo interdicción civil del penado y la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.”

“Artículo 46.—Las penas de reclusión menor, presidio mayor, extrañamiento y confinamiento, llevarán consigo la de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.”

Nos guste o no la decisión legal, teóricamente todo se reduce en imponer la inhabilitación absoluta en la sentencia y acudir luego al artículo 35 para lo relativo a sus efectos.

Para Córdoba (64) y demás comentaristas de su grupo existe una cierta contradicción entre el texto del artículo 45 y la Ley de Indulto, pues aquél parece que hace de la inhabilitación absoluta, consecuencia inevitable de la no ejecución de la pena de muerte, lógicamente gracias al indulto, mientras que en la repetida Ley se prevé que la gracia pueda abarcar también las penas accesorias. Estiman que el defecto de redacción procede de que el Código actual ha conectado con los de 1848 y 1850, en lugar de con el artículo 53 del Código de 1870, donde, por tenerse ya en cuenta la Ley del Indulto, la aplicación de la pena de inhabilitación absoluta dependía de que “no se hubiere remitido especialmente en el indulto dicha pena”. Concluyen afirmando que, en su opinión, la cláusula derogativa del artículo 604 del vigente Código no alcanza a la citada Ley, por lo que la disposición del artículo 45 queda subordinada

(61) Punto 5 de la Base 7.<sup>a</sup>

(62) Punto 8 de la Base 7.<sup>a</sup>

(63) Punto 8 e) y f) de la Base 10.<sup>a</sup>

(64) CÓRDOBA, y otros, *Op. cit.*, pág. 193.

a que no se haya indultado junto a la pena de muerte esta accesoria.

Nosotros no creemos que éste sea un supuesto de indulto de pena principal que lleva otra accesoria (hipótesis contemplada en el artículo 6.º de la Ley de 18 de julio de 1870), ni tampoco de posibilidad de concesión del indulto de la pena accesoria con exclusión de la principal o viceversa (acogida en el artículo 7.º). Puesto que la condena a muerte carece de accesoria y la inhabilitación nace precisamente con el indulto de aquélla, es indudable que sólo por la concesión concreta de esa gracia a la pena privativa de derechos podrá evitarse que la sufra quien se hizo reo de ésta automáticamente a través del indulto de la de muerte. Visto así el problema, cabe distinguir dos momentos. En el primero la pena de muerte se sustituye por la inhabilitación absoluta (como pena única o conjuntamente con otra privativa de libertad). En el segundo, el Jefe del Estado indulta de la propia inhabilitación. No hay obstáculo tampoco para que se produzca simultáneamente el indulto de la pena de muerte, ya impuesta, y el de la pena privativa de derechos que surgirá como secuela de aquella. Para la inhabilitación absoluta se trataría de un verdadero indulto anticipado.

El mismo argumento de que la pena de inhabilitación no es accesoria de la de muerte y aparece tan sólo con el indulto de ésta, nos obliga a discrepar de los autores citados, cuando, en contra de la opinión de Hernández de la Rúa (65), sostienen que, de acuerdo con el artículo 72, la sentencia condenatoria ha de recoger expresamente que en caso de indulto se producirá aquel efecto. Para nosotros la inhabilitación nace *ex lege* en el período de ejecución.

Donde la problemática de las penas accesorias amenaza con burlar cualquier intento de exégesis correcta es en el artículo 47 del vigente Código. Veamos su texto:

“Las penas de prisión mayor, presidio y prisión menores y arresto mayor, llevarán consigo la suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio, durante el tiempo de la condena”.

Sorprende, para empezar, que mientras que el extrañamiento y el confinamiento llevan la accesoria de inhabilitación absoluta, la prisión mayor, el presidio menor, la prisión menor y el arresto mayor —más graves en la escala general del artículo 27— sólo vayan acompañadas por la accesoria de suspensión. Tanto más, cuanto que en el Código de 1870 el extrañamiento aparejaba inhabilitación absoluta temporal (art. 60) (66) como el confinamiento (art. 61), a diferencia de las penas de presidio correccional, de prisión mayor y correccional y de arresto mayor, cuya accesoria era, como ahora, la suspensión (arts. 59 y 62).

Se ha señalado también que las distintas accesorias constituyen

---

(65) HERNÁNDEZ DE LA RÚA, *Cuestiones selectas del Derecho penal vigente*, Madrid, 1853, págs. 98 y sigs.

(66) Lo mismo el art. 57 del Código penal de 1850.

hoy la única diferencia real entre el presidio y la prisión mayor, lo que se quiere justificar por la mayor repulsa que levantan tradicionalmente en el pueblo los delitos castigados con aquella pena más grave (67).

Pero pasemos a la cuestión fundamental. ¿Ha de imponerse la suspensión de todo cargo público, de todo derecho de sufragio y de toda profesión u oficio? La respuesta afectará a la inmensa mayoría de las sentencias dictadas por los Tribunales españoles. Esta, y no otra, es la pregunta más rica en contenido dentro de la regulación legal de las penas privativas de derechos. Junto a ella muchos de los problemas examinados quedan relegados a la categoría de elucubraciones de gabinete o seminario.

Nosotros nos inclinamos por una respuesta negativa, fundándola en las razones que expondremos a continuación, no sin subrayar desde ahora que tal negativa ha de ser especialmente rotunda en relación con las profesiones u oficios.

Las dificultades no son de ayer. Ya el Código de 1870, en su artículo 59, recoge para el presidio correccional “la suspensión de todo cargo público, profesión, oficio o derecho de sufragio”, mientras que su artículo 62 únicamente impone con las penas de prisión mayor y correccional y arresto mayor la accesoria de “suspensión de todo cargo público y del derecho de sufragio”, con lo que parece que se han querido incluir los efectos sobre profesión y oficio sólo en cuanto a la pena de presidio correccional, cosa inexplicable, ya que la prisión mayor, pese a ser más grave en la escala del artículo 26, no la lleva. Y como las penas de reclusión van acompañadas de la inhabilitación absoluta, que tampoco afecta a las actividades profesionales, el resultado es que éstas se tienen en cuenta exclusivamente para la figura solitaria del presidio correccional. Excusado es insistir en que no vemos motivo alguno que justifique tan sorprendente regulación (68).

Pero sigamos con la normativa vigente. Si las penas principales privativas de derechos pueden convertirse en accesorias, ello ocurrirá sin modificación de su naturaleza y efectos. En último extremo cabría restringir éstos, pero nunca ampliarlos. No vale aducir, por utilizar las palabras que el artículo 1.281 del Código civil dedica a la interpretación de los contratos, que los términos del precepto —en este caso el artículo 47 del Código penal— son claros y no dejan duda sobre la intención, pues en realidad más nítidos aún, por más explícitos y detallados, son los artículos 29, 36, 37, 38, 39, 41 y 42 acerca

(67) El ir a presidio se ha convertido en una frase que refleja la aversión general hacia los merecedores de tal pena. En Alemania Federal esa desconfianza hacia el “Zuchthäusler”, o sea el condenado a “Zuchthaus”, que corresponde a nuestra reclusión, ha hecho que parte de la doctrina se pronuncie por la unificación de las penas privativas de libertad bajo un nombre que carezca de aquellas desagradables resonancias.

(68) El Código de 1850 preveía para el presidio correccional, en su artículo 57, inhabilitación absoluta para cargos y derechos políticos, amén de vigilancia de la autoridad.



de que estas inhabilitaciones y suspensiones carecen de efectos globales y precisan de la concreción que el propio nombre de la inhabilitación especial apunta. Terminante es el artículo 23, a cuyo tenor "no será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle establecida por la Ley anterior a su perpetración", lo que equivale a una remisión a la escala del artículo 27, para concluir que no hay otras penas privativas de derechos que las allí enumeradas. El artículo 29 recoge con la mayor rotundidad la identidad de las penas principales y accesorias privativas de derechos. La conflictividad de preceptos sólo admite solución interpretando unos por otros, o sea buscando el sentido que resulta del conjunto de todos (69).

Creemos que basta el razonamiento anterior para desechar la idea de que las accesorias de suspensión hayan de comprender inexorablemente todos los cargos, todos los derechos de sufragio y todas las actividades profesionales. Sólo a mayor abundamiento conviene añadir que, acostumbrados a la defectuosa redacción del legislador en esta materia, bien puede entenderse que lo que el repetido artículo 47 ha querido decir es que la suspensión podrá recaer sobre cualquier cargo, derecho de sufragio o profesión. Recordemos una vez más que el Código civil, bastante superior en su expresión gramatical, incurriría en un defecto análogo antes de que su artículo 42 desapareciera con la reforma introducida por la Ley de 24 de abril de 1958 (70). Interpretada así la redacción del artículo 47, no habría antinomia alguna con los demás preceptos del Código penal antes enumerados. Y siempre, caso de ser imposible resolver las dudas y alcanzar una solución respetuosa con todos y cada uno de los artículos en juego, habría que pronunciarse a favor del reo en virtud del viejo principio inspirador de la exégesis en terreno tan "odioso" como es el punitivo (in dubio pro reo, in dubio mitius, favorabilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda, etc.). El Juez, obligado a fallar sea cual fuere la oscuridad o insuficiencia de las leyes, por mandato expreso del artículo 6 del Código civil, no puede resolver la incompatibilidad de preceptos con el alegre sacrificio de los derechos del ciudadano.

En rigor, hasta la normativa procesal civil sería suficiente para desembocar en idéntica conclusión. Al actor, en nuestro caso el acusador, corresponde probar las obligaciones, o sea, que su pretensión tiene el apoyo fáctico y jurídico precisos para ser estimada (71). A él le incumbe la carga o, si se prefiere, él deberá sufrir las

---

(69) Artículo 1.285 del Código civil.

(70) Dentro del Código penal tampoco faltan ejemplos similares. Pese a que el artículo 48 indica que "toda pena que se impusiere por un delito llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provinieren y de los instrumentos con que se hubiese ejecutado", tal pena sólo se aplicará cuando se den ciertas condiciones, como la identificación y aprehensión de aquéllos. Los reos de violación, estupro o raptos "serán también condenados... a reconocer la prole si la Ley civil no lo impidiere" y "en todo caso, a mantenerla", según el artículo 444, pero perogrullada sería explicar que el mandato de propieza con obstáculo insalvable si no hay descendencia.

(71) Artículo 1.214 del Código civil.

consecuencias de que aquellos fundamentos no hayan quedado acreditados indubitadamente. Es cierto que la prueba de las obligaciones viene siendo entendida como prueba de los hechos en que descansan, por el principio “iura novit curia”, pero, en definitiva, lo que nos interesa resaltar es que, si el Juzgador no logra superar la duda sobre los efectos jurídicos de determinados hechos, se encuentra en la misma situación que si la duda se refiriera a la base fáctica de la petición alegada. En ambos supuestos la sentencia deberá ser absolutoria (72).

Desgraciadamente suelen llegar en recurso de casación a nuestro Tribunal Supremo sentencias que ni siquiera detallan los efectos de las inhabilitaciones especiales y suspensiones cuando son penas principales. Por otro lado, los recurrentes raras veces se preocupan de otra cosa que de impugnar en esta materia los efectos relativos a los cargos públicos. Con todo, no falta jurisprudencia a favor de la identidad esencial de la inhabilitación especial como principal y la suspensión como accesoria. Así, la sentencia de 9 de diciembre de 1971 (73), sobre aborto, proclama que, “comparando la regulación que se efectúa en los artículos 27, 30 y 36 a 42 del Código penal, de las penas de inhabilitación y suspensión, se llega a la conclusión, dada la misma redacción legal y efectos que producen, que se trata por su entidad cualitativa de unas mismas sanciones principales o accesorias”, mientras que la sentencia de 9 de mayo de 1972 (74), también sobre aborto, señala que hay que imponer según el artículo 47 la suspensión de todo cargo público, derecho de sufragio, profesión y oficio, como accesorias de la prisión menor y, además, la inhabilitación especial del 417, “con los efectos propios de ella, coincidentes con los de suspensión”. Es curioso que mientras la primera resolución es partidaria de no imponer la accesoria, para evitar el *bis in idem*, dado que la suspensión queda absorbida en la inhabilitación especial, la segunda sentencia parece dejar para el período de ejecución las consecuencias de la identidad de efectos. En cualquier caso resulta evidente que tal absorción sólo puede tener lugar si en la concreción de los efectos de la suspensión se coincide plenamente con los de la inhabilitación o, al menos, no se superan éstos, de donde se deduce que un único criterio ha de presidir la determinación de unos y otros y que éste ha de ser forzosamente el de la relación o correspondencia entre la infracción criminal concreta y los cargos o actividades profesionales objeto de la sanción.

Permítasenos ahora pasar revista a la condena condicional, la redención de penas por el trabajo, la libertad condicional y el indulto en cuanto afectan a las penas accesorias privativas de derechos.

(72) Según las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1947, 12 de mayo y 10 de junio de 1948 —citadas por CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, Barcelona, pág. 201—, todas las dudas, tanto de hecho como de derecho han de resolverse a favor del reo.

(73) Rep. Aranzadi, 146.

(74) Rep. Aranzadi, 2083.

Veremos al mismo tiempo algunas de las consecuencias absurdas que en la práctica se producirían con la accesoria de suspensión para toda profesión u oficio. Menor es el dislate respecto a las suspensiones para todo cargo público y derecho de sufragio, porque, como dice Groizard (75), los que sufren penas privativas de libertad tienen imposibilidad o cuando menos incompatibilidad para desempeñar cargos públicos y para emitir sufragio. Viada (76) añade incluso que la Ley se ha limitado a establecer también de derecho unas privaciones sufridas en cualquier caso de hecho. La verdad es que, aunque no encontramos dificultad seria para que un preso ejercite el derecho de sufragio activo, es en el ámbito de las actividades profesionales donde se llega a las contradicciones mayores.

En cuanto a la condena condicional es básico el artículo 97 del Código, a cuyo tenor: "La condena condicional no será extensiva a las penas de suspensión de derecho de sufragio y de cargo o función de carácter público, si éstas figurasen como accesorias..." Quedan fuera del precepto las profesiones y oficios de carácter privado. Felicitationes merece, porque remitir la pena con la esperanza de que el delincuente se reforme e integre en la sociedad y al mismo tiempo impedirle que trabaje para subvenir a su subsistencia sería un contrasentido. Tal vez hubiera sido mejor extender también la remisión a la privación de cargos públicos y derechos de sufragios. De esa forma se facilitaría el buen éxito de ese período de prueba. Además, no surgirían dificultades en cuanto al abono —para nosotros inevitable— del tiempo que ya se estuvo privado de tales derechos, si es que se hiciera preciso ejecutar el fallo en suspenso, por haber surgido un motivo para ello al amparo del artículo 14 de la Ley de 17 de mayo de 1908.

Todo indica, sin embargo, que el legislador no llegó a plantearse el problema de si convenía autorizar la remisión de las accesorias de suspensión en cuanto a las actividades profesionales, aunque se rechazara el beneficio para la relativa a cargo público y derecho de sufragio. El artículo 97 del Código penal vigente coincide con el artículo 4 de la Ley de Condena condicional, promulgada a la sombra de un Código penal, el de 1870, que en su artículo 62 sólo recogía como accesorias de la prisión correccional y arresto mayor, o sea de las penas principales remitibles, las de privación de cargo público y derechos de sufragio. Luego se ampliaron los efectos de las accesorias de penas suspendibles privativas de libertad a las profesiones y oficios, pero sin que ello repercutiera en la normativa de la condena condicional.

Otra cuestión es la de si es automático que la remisión condicional de la pena principal alcance a la accesoria de suspensión de cargo u oficio. En el texto legal no se dice que será extensiva a ella, sino que no lo será al derecho de sufragio y cargo o función de carácter público, lo que, naturalmente, es cosa muy distinta. Cree-

(75) GROIZARD, *Op. cit.*, t. II, pág. 308.

(76) VIADA, *Op. cit.*, t. I, pág. 438.

mos que, pese a ser esa extensión la regla general, no es legalmente preceptiva. Con otras palabras, se podrá suspender la pena de prisión de quien ha delinquido aprovechando su dedicación a la enseñanza privada y mantenerle al mismo tiempo apartado de las actividades a que se contrajo la suspensión de profesión u oficio. No será el supuesto normal, pero el juzgador es libre, vista la redacción del precepto, para decidir en tal sentido. Precisamente por entender que existe dicha posibilidad y en aras de la claridad que debe presidir la actuación judicial, sobre todo en materia tan delicada, pensamos que la resolución que conceda este beneficio deberá hacer referencia expresa a la suspensión de profesión y oficio, tanto para extender a ella los efectos de la remisión como para excluirla.

En la redención de penas por el trabajo, introducida en nuestro ordenamiento, por Decreto de 28 de mayo de 1937, y regulada ahora sustancialmente por el artículo 100 del Código penal y los artículos 65 a 73 del Reglamento de Prisiones de 2. de febrero de 1956, con las modificaciones introducidas por el Decreto de 25 de enero de 1968, la cuestión de las suspensiones para toda profesión y oficio nos encierra en un círculo vicioso, cuya única salida es la no muy elegante de obrar como si nunca se hubiera impuesto tal condena.

Algunos autores (77) destacan que, al ser obligatorio el trabajo en las penas de reclusión, presidio y prisión, de acuerdo con el artículo 50 del Reglamento del Servicio de Prisiones que desarrolla las previsiones del artículo 84 del Código, según el cual el régimen de trabajo será establecido en la legislación penitenciaria, la privación de profesión u oficio, total o diferenciada, no afecta a los que cumplen penas privativas de libertad. Aducen también que la ausencia de libertad propia de la libre contratación no se da en este género de trabajos.

Nosotros no aceptamos este segundo argumento, porque lo mismo hay práctica de oficio en libertad que en un establecimiento carcelario, con independencia de los fines que se persigan, el lucro o el beneficio voluntario o impuesto. Con un ejemplo extremo, creemos que los internados en los campos de concentración hitlerianos desempeñaban realmente oficios diversos. En el sistema español, en el que los trabajadores privados de libertad disfrutaban hasta de las ventajas de la seguridad social, como se lee en el Decreto del Ministerio de Trabajo de 16 de marzo de 1967, parece que con mucha más razón debemos pronunciarnos en idéntico sentido. En cuanto a que el deber de trabajar arranque, en definitiva, de un precepto legal, ello sólo sirve para insistir en las contradicciones internas del Código. El artículo 84 se convierte en otro precepto de contenido contrario al artículo 47 o, si se prefiere, a la interpretación literal de éste.

Según Orden del Ministerio de Justicia de 6 de Febrero de 1956, la redención de penas por el trabajo reduce no solamente las priva-

(77) CÓRDOBA, y otros, *Op. cit.*, t. II, pág. 181.

tivas de libertad, sino también “las accesorias correspondientes a que se refieren los artículos 45, 46 y 47 del referido cuerpo legal”. Los autores antes citados salen al paso de las justificaciones oficiales de la orden. Para ellos, como para nosotros, no se trata de interpretar nada a favor del reo, sino de la obligada desaparición de unas accesorias cuya duración viene determinada por la pena principal.

De la libertad condicional, introducida en nuestra patria por Ley de 23 de julio de 1914, se ocupan en la actualidad los artículos 98 y 99 del Código penal y los artículos 53 a 64 del Reglamento de Prisiones (78). Constituye el obligado complemento del sistema progresivo, a que se refiere expresamente el repetido artículo 84 del Código penal. No hay duda de que forma parte de la ejecución de la pena. El artículo 53 aleja cualquier oscuridad, si la hubiere, al indicar que “el cuarto período penitenciario lo pasarán los penados en situación de libertad condicional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 98 del Código penal”.

Ahora bien, según ambos preceptos es requisito indispensable para su concesión ofrecer garantías de hacer vida honrada en libertad. De acuerdo con los artículos 58 y 59 del Reglamento habrá que invitar al penado a que justifique si tiene quien le proporcione trabajo y en el expediente que se abra deberá figurar el documento justificante de tal extremo. Ignoramos cómo puede compaginarse todo ello con la privación indiscriminada de profesión y oficio.

La única solución que vislumbramos, la de entender que los efectos de la pena accesoria privativa de derechos ha quedado en suspenso, no resulta muy convincente. Por un lado ya hemos indicado que aquí no se trata de una remisión condicional, sino de una forma de cumplimiento. Por otro, la suerte de estos efectos debe ser la misma que la concerniente a los cargos públicos y no nos parece aceptable que quien continúa siendo un condenado pueda ocupar cargos de este tipo, aunque sea sometido al riesgo de la misma revocación que amenaza en cuanto a la pena principal. Entendemos que, si se produjera ésta, el problema sería si abonar en la liquidación de la accesoria el tiempo que siguió surtiendo efectos durante la libertad condicional o darlo por perdido al igual que para la pena principal. A favor de la primera solución cuenta que el párrafo 2.º del artículo 99 del Código parece referirse, en una interpretación lógica y literal, a la pena privativa de libertad, que ha sido, además, la única afectada de hecho por el mencionado beneficio. En apoyo del segundo término del dilema juega la dependencia en la duración, pues en caso de revocación la accesoria se cumpliría antes que la principal. De nuevo nos inclinamos por la tesis del abono, que es, en definitiva, más favorable al reo.

Por lo que hace al indulto, su ley reguladora, de 18 de junio de junio de 1870, dispone en su artículo 6.º que “el indulto de la pena principal llevará consigo el de las accesorias que con ella se hubiesen impuesto al penado, a excepción de las de inhabilitación

---

(78) CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, Barcelona, 1951, t. I, pág. 750.

para cargos públicos y derechos políticos y sujeción a la vigilancia de la autoridad, las cuales no se tendrán por comprendidas si de ellas no se hubiese hecho mención especial en la concesión". Obsérvese que, pese a que pretende referirse a las penas accesorias, en realidad lo que hace el precepto es determinar los efectos no comprendidos automáticamente en el indulto de la principal. Por cierto que para mencionar los derechos de sufragio utiliza la terminología anterior al Código penal de 1870, denominándolos derechos políticos.

Bástenos decir que, sea por la edad de la regulación legal, sea porque su autor no haya querido incitar al indultado a cometer el delito de quebrantamiento de condena (79), lo cierto es que la normativa vigente parece clarísima en el sentido de que el indulto de la pena principal, privativa o restrictiva de libertad, implica la de la suspensión de profesión y oficio. Tal consecuencia es aquí obligatoria, mientras que en la condena condicional no pasaba de constituir una facultad.

De otros problemas relativos a las penas accesorias privativas de derechos nos ocuparemos en los epígrafes siguientes.

## 11. LA DURACION DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE DERECHOS

El artículo 30 del vigente Código establece para la inhabilitación absoluta y la inhabilitación especial una duración de seis años y un día a doce años, y para la suspensión la de un mes y un día a seis años (80). Esto en tanto sean principales. Caso de funcionar como accesorias tendrán, según el artículo 31, la duración de la principal de que derivan.

En cuanto al comienzo del cumplimiento nos referiremos primeramente a las principales. Se ocupa de ello el artículo 32, que bien merece una reproducción literal.

"Artículo 32.—Cuando el reo estuviere preso, la duración de las penas empezará a contarse desde el día en que la sentencia condenatoria hubiere quedado firme.

Quando el reo no estuviere preso, la duración de las penas que consistan en privación de libertad empezará a contarse desde que aquél se halle a disposición de la autoridad judicial para cumplir condena.

La duración de las penas de extrañamiento, confinamiento y destierro no empezará a contarse sino desde el día en que el reo hubiere empezado a cumplir condena."

Algunos autores (81) destacan que este artículo, como el 33, pertenece más a la esfera del Derecho procesal que a la del sustantivo,

(79) Según las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1897 quebranta la condena el que sufriendo pena de inhabilitación actúa en cargo que no puede ejercer.

(80) Según el artículo 76 del Código penal puede llegar excepcionalmente a los quince años.

(81) QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios...*, pág. 326.

pero otros (82) distinguen una doble vertiente, ya que, aparte su función adjetiva, afectan a la extensión temporal de las penas.

El artículo 32 es copia casi literal de los tres primeros párrafos del artículo 31 del Código de 1870. La única diferencia consiste en no determinar el párrafo 1.º la clase de pena a que se refiere, poniéndose así en línea con el Código de 1932, que suprimió el adjetivo “temporales” por estimar que lógicamente sólo a estas penas podrá alcanzar tal disposición. Ha desaparecido el curioso párrafo 4.º, a cuyo tenor, “cuando el reo entablare recurso de casación y fuere desechado, no se le abonará en la pena el tiempo transcurrido desde la sentencia de que recurrió hasta la sentencia que desechó el recurso”.

El actual artículo 32 parece que en su párrafo 1.º se refiere a todas las penas temporales cuando el reo estuviera preso, en el párrafo 2.º a las penas privativas de libertad cuando el reo se encontrara en libertad, y el párrafo 3.º a las penas de extradición, confinamiento y destierro, con independencia de la situación del condenado.

Es evidente que se ha prescindido de toda norma para las penas privativas de derechos en caso de hallarse el reo en libertad. Además, para la mayoría de los tratadistas resulta erróneo extender los efectos del párrafo 1.º a las inhabilitaciones y suspensiones. Groizard (83) y Viada (84) sostienen que el párrafo en cuestión se refiere sólo al caso de que el reo estuviese preso y que precisamente por ser tales penas inferiores a las de prisión mayor, según la escala general —lo mismo en el artículo 26 del Código de 1870 que en el artículo 27 del Código penal vigente—, en muy pocos de los delitos castigados can aquellas penas se habrá hecho uso de la prisión provisional (85). No creemos, por nuestro lado, que un argumento más o menos estadístico sea suficiente para llegar a dicha conclusión. Sin embargo, acabamos coincidiendo con los repetidos tratadistas por otro motivo, el de que no sería lógico que el legislador, al tiempo que deja de regular este sector de las penas privativas de derechos, buscara, poco menos que por una puerta trasera, la solución de los supuestos más improbables. Nótese por otro lado que, como se verá a continuación, hacer arrancar el cumplimiento de estas penas de la fecha de firmeza de la sentencia dista mucho de ser —pese a sus numerosos defensores— un fácil expediente.

Si concluimos entonces que los párrafos 1.º y 2.º se refieren sólo a las penas privativas de libertad, y el párrafo 3.º a las restrictivas del mencionado derecho, habremos de buscar ahora una fórmula válida para las inhabilitaciones y suspensiones.

Groizard (86) afirma que, dada la índole y naturaleza de estas penas, su ejecución debe empezar a correr desde la firmeza de la

(82) CORDOBA, y otros, *Op. cit.*, t. II, pág. 150.

(83) GROIZARD, *Op. cit.*, t. II, pág. 200.

(84) VIADA, *Op. cit.*, t. I, pág. 419.

(85) CORDOBA se pronuncia contra esta interpretación y a favor de incluir en el párrafo 1.º las penas privativas de derechos. *Op. cit.*, t. II, pág. 154.

(86) GROIZARD, *Op. cit.*, t. II, pág. 200.

sentencia, con lo que, en definitiva, volveríamos a coincidir con la regulación del párrafo 1.º Ni es necesaria —dice literalmente— la detención del reo, ni cabe eludir con la fuga los preceptos de la ley, ni son necesarios actos determinados y concretos para hacer al reo sufrir la pena. Basta la declaración judicial, basta la publicación, basta que llegue a noticia del reo, de las autoridades y del público. Viada (87) adopta una actitud más reservada. Sustenta, en líneas generales, el mismo criterio que Groizard, pero sin darle valor absoluto. El cumplimiento de las inhabilitaciones y suspensiones, escribe, deberá contarse desde el día en que el reo empieza a cumplir realmente la condena, “lo cual sucederá desde el día en que la sentencia quedó firme, si no hay que desposeerle de ningunos honores, empleos y cargos, etc., por no tenerlos, o desde en el que por la Autoridad competente se le prive de los honores, empleos, cargos o derechos que tal vez tuviese o se hallase ejerciendo aún al tiempo de dictarse la sentencia condenatoria firme”.

Un interesante precedente legal se halla en el Código de 1928, en el que el punto de partida para la duración de las inhabilitaciones era la firmeza. Cabe preguntarse si la desaparición posterior de esta norma no responderá a las dificultades de aplicación. Otro nos muestra el artículo 28 del Código de 1850, a cuyo tenor la duración de las penas temporales arranca del día en que la sentencia queda ejecutoriada (88).

Nuestra opinión enlaza con la de Viada en cuanto reconoce que la tesis de la firmeza no vale para todos los casos. Decir, como Groizard, que basta la declaración judicial y que llegue la noticia al reo, las autoridades y al público, es una verdad a medias. Al menos para el reo es necesario saber con seguridad —y no con ficciones legales— la fecha exacta en que comienza a cumplir la pena, y esto sólo puede hacerse procesalmente por medio de la notificación personal (89). Creemos, además, con Viada, que, si hubiera que desposeer de un cargo, quizá la mejor solución fuera retrasar aún más la fecha de comienzo del cumplimiento. La fijación por el Tribunal, tras la firmeza, de un día para iniciar la ejecución concreta, y su notificación al reo, a las Autoridades administrativas relacionadas con el cargo o derecho de sufragio de que se priva y a la persona física o jurídica para quien se prestaran las actividades profesionales objeto de la pena, nos parece el criterio más correcto. Ciertamente podrá haber cargos análogos no identificados o profesiones u oficios por cuenta propia y al margen de toda intervención administrativa, pero ello no es óbice para buscar el doble conocimiento de la existencia de la pena privativa de derecho, por un lado hacia el reo, por otro

(87) VIADA, *Op. cit.*, t. I, pág. 419.

(88) Artículo 28 del Código de 1850: “La duración de las penas temporales empezará a contarse desde el día en que la sentencia condenatoria quede ejecutoriada, lo cual en las penas personales se entenderá si el reo quedare, desde luego, en poder de la Autoridad, y si no, desde que se presentare o fuere aprehendido.” (Sigue un segundo párrafo.)

(89) Es el sistema seguido por el artículo 98 del Código de 1822.



hacia quienes deben cooperar con los Tribunales para su mejor ejecución o para denunciar, en su caso, el quebrantamiento de condena. Allí donde por una u otra causa la única notificación sobre el particular se haga al reo, ésta será suficiente para empezar el cómputo de la ejecución de la pena en la fecha señalada.

Siguiendo el criterio expuesto sería factible resolver algunos problemas derivados del abono de la prisión preventiva, de los que nos ocuparemos acto seguido.

Según el párrafo 1.º del vigente artículo 33: "El tiempo de prisión preventiva sufrida por el delincuente durante la tramitación de la causa se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la condena, cualquiera que sea la clase de pena impuesta." Su párrafo 2.º se ocupa del abono para la pena de privación del permiso para conducir vehículos de motor del tiempo de retención sufrida durante la tramitación de la causa.

Mientras que el párrafo 1.º se corresponde con el número 1.º del artículo 26 (no se reputarán penas la detención y la prisión preventiva de los procesados), el párrafo 2.º tiene su paralelo en el número 5.º del mismo artículo (no se reputará tampoco pena la privación del permiso para conducir vehículos de motor, acordada durante el proceso).

Es lógico que, pese a que ni la detención, ni la prisión provisional, ni la privación sumarial del permiso de conducir sean penas—no sólo porque así lo indica el Código, sino también porque ni son frutos de una sentencia, ni consecuencia de unos hechos probados— se decrete el abono *a posteriori* en beneficio del reo cuando la naturaleza de la pena impuesta lo permita. Lo que sorprende es que no suceda lo mismo con la suspensión de empleo o cargo público acordada durante el proceso o para instruirlo, como reza el número 2.º del repetido artículo 26. Como quiera que este precepto es—excepto en lo del permiso de conducir— copia literal del artículo 25 del Código 1870 y que tales abonos nacieron en Ley de 17 de junio de 1901, no cabe alegar olvido del legislador. Sobre todo cuando al abono de las privaciones provisionales de libertad se ha unido recientemente el de las del citado permiso para conducir vehículos de motor, a la vez que se mantenía silencio en cuanto a las suspensiones sumariales de empleo o cargo público (90).

Hoy, volviendo al párrafo 1.º del vigente artículo 33, la situación es doblemente absurda, pues lo que sí resulta viable es deducir de una pena privativa de derechos el tiempo de prisión provisional (91). La redacción del párrafo—"cualquiera que sea la clase de pena impuesta"—así lo autoriza. No vemos dificultad en el caso de que se sufriera prisión preventiva por causa que terminara con una sola pena de suspensión o inhabilitación. Los escollos se presentan cuando la sentencia, bien en la condena por una sola infracción criminal,

(90) Nótese que el artículo 26 no recoge la suspensión de profesión u oficio.

(91) O detención. Ver Sentencia de 30 de enero de 1906.

bien en el supuesto de delitos conexos, contiene diversas sanciones temporales. Creemos que, si según el artículo 70 del Código penal, en el cumplimiento de varias penas impuestas en un concurso real habrá de seguirse el orden de la gravedad respectiva, el abono no alcanzará a la pena privativa de derechos en tanto haya otra privativa o restrictiva de libertad. Es evidente que, aunque en la lista de la regla 1.<sup>a</sup> del artículo 70 no aparece el arresto menor, también éste disfrutará de preferencia sobre las inhabilitaciones o suspensiones. Se trata de una pena más leve que las dos últimas citadas, pero eso, que es válido en una comparación global, resulta insostenible cuando el enfrentamiento se produce entre un número determinado de días de inhabilitación o suspensión, por una parte, y la misma cifra de días de arresto menor, por otro. De ahí que no dudemos en dejar las penas privativas de derechos en el último escalón de las temporales a la hora de beneficiarse por el abono de la prisión preventiva.

Mayores son las complicaciones si hubiera pena conjunta de multa. Pese a no estar recogidas en la escala del artículo 70, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1886 (92) señala que la responsabilidad personal subsidiaria por impago deberá ser exigida en el orden que le corresponda según la sanción privativa de libertad que efectivamente represente. Eso equivale a decir que no habrá abono para la pena privativa de derechos si el reo hubiera de cumplir arresto sustitutorio. Por tanto, en tales supuestos de condena a multa e inhabilitación o suspensión la fecha de firmeza no será el más adecuado punto de partida para un cumplimiento de las penas privativas de derechos, cuando se ignora todavía si la multa resultará pagada o no. Piénsese también en la posibilidad de retrasar su abono o efectuarlo en plazos, al amparo de los artículos 90 y 91 del Código penal. Entonces sólo mucho después de la sentencia se sabrá si la pena pecuniaria acabará transformándose en arresto sustitutorio. De ahí que estimemos preferible retrasar el cumplimiento de la pena privativa de derechos hasta contar con los presupuestos necesarios para una liquidación correcta, libre ya de la incógnita de un posible abono. En las hipótesis en que los largos plazos concedidos para el pago de la multa así lo aconsejen, tal vez la solución más acertada para no dilatar el cumplimiento de las penas privativas de derechos fuera preguntar al propio reo si deseaba que éstas fueran las beneficiadas por el abono. Dicho criterio fue el propuesto por Dorado y Silvela y seguido tanto por el Código de 1928 como por el Decreto de 23 de diciembre de 1944 para resolver las dudas acerca de la Ley más favorable a efectos de retroactividad.

En el supuesto de que concurrieran como principales una pena privativa de derechos y otra privativa de libertad y se concediera indulto a la segunda, opinamos que una interpretación favorable al reo obliga a no abonar la prisión preventiva a la sanción que en

---

(92) En igual sentido se pronuncia, en la misma fecha, la Fiscalía del Tribunal Supremo.

definitiva será objeto de la gracia, reservándola por el contrario para disminuir la duración de la inhabilitación o suspensión impuesta.

Por lo que respecta a las penas privativas de derechos impuestas como accesorias es claro que su cumplimiento coincide generalmente con el de la pena principal. Más arriba observamos, sin embargo, que no siempre acabarán al mismo tiempo. Recuérdese el caso de la remisión condicional.

De acuerdo con las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1895 y 4 de julio de 1905 el tiempo ha de contarse siempre, a efectos de liquidación de condena, de la forma prescrita en el artículo 7.º del Código civil, o sea los meses de treinta días y los días de veinticuatro horas.

## 12. LA PRESCRIPCION

Si nos atenemos a una interpretación literal de nuestro derecho positivo, la prescripción de los delitos castigados con penas privativas de derechos no ofrecen especial complicación. Es de lamentar, sin embargo, que el vigente Código penal no siga más estrictamente para la fijación de términos la gravedad de las penas. El Código de 1870 escalonaba en su artículo 133 los plazos en cinco grupos, según se tratara de pena de muerte o cadena perpetua, cualquiera otra pena aflictiva, penas correccionales, calumnia e injuria, y faltas. Por el contrario, el artículo 113 del Código actual, tras establecer el plazo de quince años cuando la Ley señalare al delito la pena de reclusión menor, recoge el de diez "cuando señalare una pena que exceda de seis años", y el de cinco "cuando señalare cualquier otra pena", aparte de continuar con la especialidad de los delitos de calumnia e injuria que prescriben al año y a los seis meses, respectivamente. El resultado es que al criterio de la gravedad de la sanción prevista se une el de la duración en sí de la pena. Si el delito lleva aparejada inhabilitación absoluta o especial, cuya duración es de seis años y un día a doce años, el término será de diez años, o sea superior al de las penas de presidio y prisión y arresto mayor, colocadas por encima en la escala general del artículo 27. La suspensión de un mes y un día a seis meses, prescribía a los cinco años.

Córdoba (93) y demás comentaristas de su grupo mantienen que el plazo de diez años en el vigente artículo 113 se refiere sólo a penas privativas de libertad. Aun reconociendo que el Tribunal Supremo ha seguido la interpretación literal en sentencias de 18 de febrero de 1954, 4 de febrero de 1960 y 7 de abril del mismo año, creen que las Sentencias de 25 de marzo, 5 de octubre y 26 de diciembre de 1963, así como la de 28 de octubre de 1964, han fijado jurisprudencialmente el criterio que ellos defienden. Digamos, por nuestra parte, que los argumentos de estas últimas resoluciones, como los esgrimidos por los autores citados, tienen más fuerza en el

---

(93) CÓRDOBA, y otros, *Op. cit.*, pág. 681.

terreno de *lege ferenda* que en el de nuestro derecho positivo, al margen, naturalmente, de que supongan una ventaja para el reo.

El Tribunal Supremo viene insistiendo desde la conocida Sentencia de 8 de julio de 1882 en que la pena que interesa para la prescripción del delito es la señalada en el Código, con independencia de la que en concreto corresponda al reo por el juego de las circunstancias modificativas.

En cuanto a las accesorias privativas de derechos, es indudable carecen de entidad para determinar por sí mismas los plazos de prescripción.

Separadamente debe estudiarse la prescripción de las penas de inhabilitación y suspensión. Veamos la legislación vigente:

“Artículo 115.—Las penas impuestas por sentencia firme prescriben:

Las de muerte y reclusión mayor, a los treinta y cinco años.

Las de reclusión menor a los veinticinco.

Las demás penas cuya duración exceda de seis años, a los quince..

Las penas superiores a un año y que no excedan de seis, a los diez.

Las restantes penas, con excepción de las leyes, a los cinco años.

Las penas leves, al año.

Artículo 116.—El tiempo de la prescripción de la pena comenzará a correr desde la fecha de la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiera comenzado a cumplirse.

Se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el reo cometiere otro delito antes de completar el tiempo de la prescripción, sin perjuicio de que ésta pueda comenzar a correr de nuevo”.

Mientras que el artículo 134 del Código de 1870 atiende en exclusiva a la gravedad de las penas, no siempre coincidente con la duración, la regulación actual insiste en la mezcla de criterios. Literalmente la inhabilitación absoluta y la especial prescribirán a los quince años, y las suspensiones a los cinco años. Es natural, sin embargo, que también en este punto Córdoba y sus colegas (94) se inclinen por el término de cinco años para todas las penas privativas de derechos, entendiendo que los plazos de diez y quince años afectan sólo a las penas privativas de libertad con la duración especificada en el precepto citado. Aducen en esa labor un nuevo argumento nacido del paralelismo en la prescripción de los delitos y de las penas y consistente en que en el Código penal de 1870 el legislador asignó en uno y otro caso idénticos plazos. La verdad es que esta razón no nos convence, pues el problema no consiste en buscar que la igualdad de términos se de en una prescripción y otra. El mismo legislador ha pasado de no admitir la prescripción de penas, pese a admitir la de los delitos, así en el Código de 1822 (95), a la in-

(94) CÓRDOBA, y otros, *Op. cit.*, pág. 695.

(95) Artículo 178.

introducción de aquélla en el Código de 1848 (96), surgiendo de ese modo una correlación de cómputos que desapareció en 1932 (97), cuando se juzgó incorrecto dar el mismo trato a unas penas en abstracto que a otras impuestas ya en sentencias firmes, por lo que se elevaron los plazos de la prescripción de las sanciones a la vez que se disminuían los de la prescripción de las infracciones delictivas, regulación ésta que continúa siendo esencialmente la todavía vigente (98). Con otras palabras, pese a defender la exégesis gramatical —que en nuestra opinión es a la vez histórica y lógica, pues no parece acertado suponer que el legislador desconociera el alcance de la propia reforma—, reconocemos que el problema deberá tener la misma solución en el artículo 115 que en el 113, por ser en sustancia el mismo. Por eso no nos sorprende que el Tribunal Supremo, en Sentencias de 25 de marzo de 1963 y 28 de octubre de 1964, citadas por Quintano Ripollés y recogidas por nota en los *Comentarios* del grupo encabezado por Córdoba, se haya inclinado a favor de que las penas privativas de derechos prescriben a los cinco años, sea cual fuere su duración.

De acuerdo con el artículo 116 del Código penal vigente, el punto de partida para la prescripción de la pena, cuando ésta no hubiere empezado a cumplirse, es el de la firmeza de la sentencia. El artículo 123 del Código de 1850 se refería a la notificación, sin distinción de clase, mientras que el artículo 134 del Código de 1870 exigía la notificación personal, fórmula que, como indica Viada (99), impedía el comienzo del cómputo en caso de ausencia del reo. La notificación personal se mantuvo en el Código de 1944 hasta que la reforma de 1963 se pronunció por el instante de la firmeza. La mayoría de los autores celebran la nueva redacción. No debe confundirse, sin embargo, ese momento con el del comienzo del cumplimiento de la pena, que creemos ha de conocer realmente el reo, bien por su ingreso en prisión, bien, tratándose de pena principal privativa de derechos, porque se le notifique personalmente la fecha inicial de ejecución. Otra cosa privaría de sentido al delito de quebrantamiento de condena en un derecho subjetivista como el nuestro.

Empezada ya la ejecución, no hay duda de que el segundo punto de arranque para la prescripción según el artículo 116, el del quebrantamiento de condena, corresponde al del ejercicio del cargo, sufragio o actividad profesional afectados por la inhabilitación o suspensión. La dificultad se presenta en decidir si es suficiente para ello un acto más o menos momentáneo. En nuestra opinión no es necesario que la conducta del reo se oponga de manera absoluta a todo cumplimiento a partir de cierto instante, bastando el hecho aislado, siempre que sea inequívoco en sí mismo. El Tribunal Supremo señaló en una sentencia de 15 de junio de 1878 que “no delinque el

---

(96) Artículo 126.

(97) Artículos 116 y 118.

(98) QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios...*, pág. 450.

(99) VIADA, *Op. cit.*, t. I, pág. 592.

reo que sale a otorgar un poder y vuelve a la cárcel inmediata y espontáneamente”, pero en otro fallo de 22 de junio de 1888 siguió la postura contraria. En otro lugar citamos la Sentencia de 16 de marzo de 1897 por quebrantamiento de condena de un inhabilitado que actúa en el cargo que no podía ejercer.

Nada dice el Código penal vigente sobre la prescripción de las penas privativas de derechos cuando se imponen como accesorias. Goizard (100) interpreta igual silencio del Código de 1870 en el sentido de que concluyen y se extinguen con las principales a que van unidas. Esta es la opinión de Quintano Ripollés (101) y parece ser también la de Ferrer Sama (102) y Cuello Calón (103). Beristain (104) se sitúa en igual línea, no sin lamentar que las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1960 y 25 de marzo de 1973 no sigan una orientación definida.

Ahora bien, la problemática no se encuentra tanto en esos principios generales como en su aplicación práctica. Examinemos algunos puntos debatidos.

Parte al menos de los autores citados se inclinan —con mayor o menor claridad— por la imposibilidad de que comience aisladamente la prescripción de la pena accesoria. Dan incluso a entender que no cabe en ellas el quebrantamiento de condena. Groizard asegura que un reo condenado a cadena temporal y que ha logrado eludir el cumplimiento de la sentencia, sigue sufriendo la accesoria impuesta, de forma que carecen de fuerza y valor jurídico cuantos actos realice, contraviniéndola, antes de que prescriba la pena principal. Nuestra posición arranca de la consideración de que una pena privativa de derechos no modifica su naturaleza y contenido por pasar de principal a accesoria. De ahí que, aún admitiendo que comience a correr su cumplimiento en beneficio del delincuente desde que se inició la ejecución de la pena privativa o restrictiva de libertad y que le alcance igualmente el abono de la prisión preventiva a favor de la pena principal, negamos pueda llegarse a un delito de quebrantamiento de condena sin previa notificación personal al reo. Sólo de ese modo conocerá su contenido y tiempo durante el que deberá sufrirla. Cumplido ese requisito no vemos inconveniente en la tipificación en su caso del delito indicado. Coincidimos con Córdoba (105) y sus compañeros comentaristas en que la invalidación retroactiva de aquellas conductas opuestas a las accesorias de inhabilitación o suspensión resulta inaceptable. Más que al posible perjuicio a terceros desconocedores de la condena del reo atendemos a la realidad misma. Quien de hecho ha ostentado un cargo público, se coloca en idéntica situación que quien ha ejercido un oficio afectado por la accesoria. El Derecho penal debe reconocerlo así.

(100) GROIZARD, *Op. cit.*, t. II, pág. 613.

(101) QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios...*, pág. 451.

(102) FERRER SAMA, *Op. cit.*, t. II, pág. 419.

(103) CUELLO CALÓN, *Op. cit.*, t. I, pág. 694.

(104) BERISTAIN, *Op. cit.*

(105) CÓRDOBA, y otros, *Op. cit.*, t. II, pág. 696.

De esa manera no hace falta acudir tampoco al razonamiento de este grupo de autores en el sentido de que la convalidación respecto a la pena principal a consecuencia de la prescripción ha de afectar también a la accesoria, so pena de colocar a ésta en peor condición.

Obsérvese que el quebrantamiento de condena en el caso de la accesoria significa la privación de los beneficios de la remisión condicional y de la libertad condicional, de acuerdo con el artículo 14 de la Ley de 17 de marzo de 1908 y el artículo 99 del Código penal.

No hay duda, por último, de que la prescripción de las penas guarda relación, según el artículo 116, no con las penas previstas en abstracto en los diferentes tipos, sino con las efectivamente impuestas en cada caso particular. No se trata de la prescripción de delitos que se identifican o clasifican luego por la pena que les corresponda a nivel legislativo, sino de la prescripción de las penas impuestas ya en sentencia firme.

### 13. DEL CUMPLIMIENTO SIMULTANEO DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE DERECHOS ENTRE SI Y EN RELACION CON OTRAS DE DIFERENTE CLASE

Dejando a un lado las opiniones no muy claras de Groizard (106) y Viada (107) acerca de si las penas no comprendidas en la escala del artículo 89 del Código de 1870, sustancialmente igual a la del artículo 70 del Código penal vigente, son de cumplimiento compatible con cualquier otra o sólo con las allí enumeradas, creemos que la lista en cuestión nos indica únicamente que las penas en ella enumeradas no admiten ejecución simultánea. Por eso, siguiendo el criterio de comenzar la ejecución por la más grave, se repite el mismo orden en que figuran en la escala general del artículo 27. Quizá ese mimetismo sea la razón de que no aparezca en la escala del artículo 70 la pena de arresto menor, pese a que las normas del concurso real valgan tanto para los delitos como para las faltas, según se desprende de los artículos 68 y 69.

La no inclusión de la inhabilitación absoluta, la inhabilitación especial y la suspensión, se explica precisamente porque su ejecución es compatible con la de las penas privativas o restrictivas de libertad (108). Lo que no vale es aceptar la compatibilidad temporal de éstas entre sí.

Sostenemos la imposibilidad de cumplimiento conjunto de dos penas temporales privativas de los mismos derechos. Al igual que no es viable la ejecución simultánea de una reclusión y un arresto, o de un extrañamiento con otro, tampoco lo es en líneas generales —luego expondremos los motivos de la reserva— el de dos inhabili-

(106) GROIZARD, *Op. cit.*, t. II, pág. 424.

(107) VIADA, *Op. cit.*, t. I, pág. 477.

(108) Cosa, por lo demás, innegable desde el momento en que el propio Código les confiere a veces carácter de accesorias de éstas durante el tiempo de condena de la principal.

taciones o suspensiones. La cuestión desborda el campo del derecho, para entrar en el de la lógica. Incluso nos asalta el símil físico de la impenetrabilidad de la materia. Las penas privativas o restrictivas de libertad se compaginan con las privativas de derechos, porque entre éstos ya no se cuenta el de la libertad en sentido estricto. La una se incrusta en los huecos de la otra y ambas se completan sin choque alguno. Por el contrario, a una misma persona no se le puede privar a un mismo tiempo de un mismo derecho —libertad absoluta, libertad de residencia, libertad de trabajo— por diferentes condenas, so pena de que en realidad sólo cumpla una de ellas. Cosa distinta es que el legislador pueda acordar generosamente —eso sí está en el ámbito de sus atribuciones— que entonces se entenderán cumplidas las restantes (109).

Excusado parece subrayar que tal principio no se ve afectado por el carácter principal o accesorio de las penas en cuestión, en nuestro caso las inhabilitaciones o suspensiones.

Tampoco vemos razón alguna para suponer, como hacen determinados autores (110), que en caso de que en la hipótesis no de un concurso real, sino de un sólo tipo castigado con una pena privativa de libertad, con la consiguiente accesoría, y una privativa de derecho como principal, deba empezar a contarse ésta desde el día en que la sentencia condenatoria haya quedado firme y no a partir de la extinción de la pena privativa de libertad con su correspondiente accesoría. Los motivos de nuestra oposición son dos: uno, el que ya fue expuesto con carácter general, y otro, que si la Ley lo hubiera deseado así, lo habría indicado convenientemente.

No nos convence la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1971, citada en otro lugar, cuando llega al extremo de afirmar que si hay inhabilitación especial como principal, no procede imponer la accesoría, para evitar el *bis in idem*. Lo mismo decimos de la sentencia de 9 de mayo de 1972, que vuelve al criterio tradicional de que la imposición de la accesoría es ineludible, si bien parece aceptar una ejecución conjunta de la inhabilitación especial principal y la suspensión accesoría, dada la coincidencia de efectos.

Expliquemos ahora por qué cuando postulábamos el principio del cumplimiento de una pena privativa de derechos tras la otra de la misma clase, la hacíamos con algunas limitaciones. En realidad el problema de la ejecución no se refiere a las penas en sí, sino a sus efectos (111). Por eso cuando los de una inhabilitación o sus-

(109) El artículo 76 del Código de 1850 recogía el orden sucesivo para cuando no fuese posible el cumplimiento simultáneo o “de ello hubiera de resultar ilusoria alguna de las penas”.

(110) CÓRDOBA, y otros, *Op. cit.*, t. II, pág. 160.

(111) La verdad es que tampoco sería insostenible la tesis de la trilogía, no de los efectos, sino de las penas mismas. Véase, como botón de muestra, el artículo 6 de la Ley de Indulto de 1870. También el Anteproyecto de Bases para la parte General del Código penal enumera entre las medidas de seguridad la inhabilitación para cargos públicos y, separadamente, la inhabilitación para el ejercicio de una profesión u oficio.



pensión no coincidan objetivamente con los de otra pena de la misma clase, nada se opone al cumplimiento simultáneo. Si una pena fuera de inhabilitación absoluta y la otra de inhabilitación especial para el trabajo en salas de fiestas, se ejecutarán al mismo tiempo, precisamente porque sus efectos son distintos. No se nos oculta que las liquidaciones ofrecerán dificultades, pero estamos tratando de penas graves por delito y, en consecuencia, la alternativa que nos presentan es terminante, o las alejamos del Código o las imponemos y ejecutamos con el cuidado que el justiciable merece. Lo dicho sobre el particular, vale igualmente para las penas principales y para las accesorias.

Nuevas dificultades nacen de la posible aplicación de la regla 2.<sup>a</sup> del repetido artículo 70. Veamos su texto:

“2.º No obstante lo dispuesto en la regla anterior, el máximo de cumplimiento de la condena del culpable no podrá exceder del triplo del tiempo por que se le impusiere la más grave de las penas en que haya incurrido, dejando de extinguir las que procedan desde que las ya impuestas cubrieren el máximo de tiempo predicho, que no podrá exceder de treinta años.

La limitación se aplicará aunque las penas se hubieran impuesto en distintos procesos, si los hechos, por su conexión, pudieren haberse enjuiciado en uno solo.”

Dos son las interpretaciones extremas. O estimar que tales limitaciones se circunscriben a las penas de la escala anterior, o admitir que afectan a todas las del artículo 27 y que la más grave por su orden será —aparte de su contenido intrínseco— la que marcará la pauta para calcular el triplo fijado por el legislador.

Nos inclinamos por la primera solución, ya que hay, aunque vaga, una referencia a la escala de la regla 1.<sup>a</sup>, existe algún viejo apoyo jurisprudencial y, sobre todo, la opinión contraria nos lleva a inaceptables conclusiones, en pugna además con el espíritu de ciertas penas privativas de derechos.

La primera razón no precisa de mayor comentario. La segunda viene representada por una sentencia de la que nos hicimos eco anteriormente, la de 3 de febrero de 1886. Se aplica en ella la regla 2.<sup>a</sup> del artículo 87 del Código para Cuba y Puerto Rico, concordante con igual regla del artículo 89 del de la Península, que coincide a su vez, en lo sustancial, con la regla 2.<sup>a</sup> del vigente artículo 70. Pues bien, se rechazó el límite construido sobre el triplo de una de las once multas impuestas por otras tantas estafas, por entender, entre otras cosas, “no hallarse comprendida la multa en la escala a que dicha disposición legal se refiere” (112). Es la misma resolución que luego, por analogía, aplica aquel límite al arresto sustitutorio.

La conclusión absurda se manifiesta en el ejemplo de un médico condenado a inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión en tres penas, cada una de ocho o diez años. Bastaría que fuera

---

(112) “Gaceta” del 11 de agosto.

condenado además a seis meses y un día de destierro, para que a los dieciocho meses y tres días, se encontrara en condiciones de ejercer nuevamente.

Repárese, por último, en que el temor del legislador a las penas perpetuas, bien lo sean nominalmente, bien en la práctica y debido a su larga duración, parece concentrarse en las que inciden sobre la libertad. La pérdida de la nacionalidad española carece de límite temporal (art. 34). La privación del permiso de conducir pueda transformarse en retirada definitiva (art. 565). Y algunos de los efectos de la inhabilitación absoluta tienen para muchos autores carácter perpetuo.

Por todo ello, creemos que a lo más a que puede llegarse —por analogía favorable al reo— es a mantener aquél límite separadamente para cada grupo de penas que inciden sobre unos mismos bienes. Es decir, aceptamos el límite del tripló de la pena más grave dentro de las privativas de derecho, como el Código lo recoge para las que afectan a la libertad, pero con independencia absoluta respecto al que pudiera corresponder al cumplimiento de éstas.

Para el tope de los treinta años recogido en la misma regla 2.<sup>a</sup> del artículo 70 valen también los razonamientos anteriores. La solución que se admita para el problema del tripló de la pena máxima será igualmente correcta para este segundo. En conclusión, o se prescindiese en las inhabilitaciones y suspensiones de este segundo límite o se determina sólo para la suma de las penas privativas de derechos. Y no olvidemos que nuevamente nos saldrá al encuentro la problemática derivada de los distintos efectos que unas y otras pueden tener.

#### 14. EL FANTASMA DE LAS PENAS SIN CONTENIDO

No se piense que el tema responde a una disgresión gratuita. La pregunta no carece de interés práctico. Si las inhabilitaciones especiales y las suspensiones deben detallar el cargo público, el derecho de sufragio y la profesión u oficio sobre los que recaen, y si dicha concreción ha de corresponderse de alguna manera con el delito perseguido, ¿qué ocurrirá cuando el juzgado no encuentre cargo, sufragio o actividad profesional que reúna tal condición? ¿Tendrá que acudir al contrasentido de comprenderlos todos precisamente porque resulta imposible individualizar alguno? Tal conducta equivaldría al sacrificio de las directrices legales de estas penas en aras de un fallo sólo aparentemente correcto.

Comprendemos que en el campo de las penas privativas de derechos como principales será fácil —sin forzar la esencia de las inhabilitaciones especiales y suspensiones —encontrar, al menos para el cargo público, la necesaria relación con el delito. Muchos de los tipos describen conductas de funcionarios públicos en el ejercicio

de un empleo determinado. Sin embargo, ello no implica automatismo en la privación, pues, si el legislador hubiera deseado tal solución, lo habría establecido así disipando dudas y evitando confusiones. Además, en un caso como los del artículo 228, ¿qué sentido tiene, puesto que la pena es inhabilitación especial y no absoluta, hacer recaer la sanción sobre el cargo que se ostentaba, pero permitir al reo el desempeño de otro distinto y quizá más elevado? Lo mismo puede decirse de los supuestos del artículo 398 del Código penal. De nuevo surge el peligro de la identificación forzada como medio imprescindible para que el fallo sea condenatorio y se produzca la inscripción en el Registro Central de Penados y Rebeldes. ¿No sería preferible utilizar entonces la fórmula de imponer la inhabilitación especial o la suspensión sin la referencia a sus efectos particulares? (114).

En las penas privativas de derechos impuestas como accesorias, el problema es poco menos que inverso. Gracias a la pena principal la sentencia condenatoria ofrecerá inequívocamente tal carácter, pero la individualización de la accesoria girará con frecuencia en el vacío y, de hacerse, pecará generalmente de arbitraria.

## 15. CONCLUSIONES

Creemos haber puesto de relieve la deficiente regulación legal. Ni el legislador, ni los jueces, ni siquiera la doctrina se han ocupado demasiado de estas sanciones. Es indudable que su normativa no se encuentra hoy a la altura que corresponde a un país que alcanzó su mayoría de edad jurídico-penal hace mucho tiempo. Si se nos permite una última cita, diremos con Rodríguez Devesa (115) que “toda esta zona de la Ley denuncia un abandono y descuido inconcebibles a través de las diversas reformas”. Compartimos su demanda de que se unifiquen, si tienen el mismo contenido, o se haga un esfuerzo de imaginación para establecer las diferencias, y sobre todo, que se aclare si se ha de imponer siempre todo el repertorio de pérdidas o suspensiones de derechos, cargas y actividades profesionales. Por desgracia la imposición indiscriminada no sólo pro-

---

(114) La hipótesis se asemeja bastante al supuesto de que las diligencias previas del Título III del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal termine con indicios de criminalidad contra alguien, pero sin que contra él —en palabras del artículo 790— “se hubiera adoptado alguna medida”. Es cierto que el Juez podrá haber acordado, a tenor de la regla 8.ª del artículo 785, la prisión del encartado, el aseguramiento de las responsabilidades pecunarias, la intervención del vehículo o la del permiso de conducir, pero no parece que esté obligado a proceder así. Más aún, la abstención sería aconsejable cuando, por un lado, nada indique que el interesado ocultará su fortuna y, por otro, existan dudas sobre si habrá o no acusación. Pues bien, no faltan partidarios de que el Juez dicte en tales casos un auto de inculpación, en abstracto, con la sola finalidad de poder seguir luego los trámites recogidos en el repetido artículo 790.

(115) RODRÍGUEZ DEVESA, *Op. cit.*, pág. 762.

duce efectos risibles, sino también disparatados y aún contraproducentes en el aspecto político-criminal.

El moderno derecho comparado ofrece un rico muestrario de posibilidades, ya en anteproyecto, ya en textos en vigor. El varias veces citado Proyecto Alternativo alemán, obra de un grupo de jóvenes penalistas encabezados por Baumann, prescinde de las penas privativas de derechos, pero recoge como medida de seguridad no privativa de libertad la prohibición para el ejercicio de una determinada profesión u oficio cuando el delito se cometió en relación con éstos (116). La Segunda Ley Reformada del Código penal alemán, de 4 de julio de 1969, tampoco contiene penas principales de la referida clase, si bien acepta como accesorias (*Nebenfolgen*) (117) las inhabilitaciones para cargos públicos y derechos de sufragios (no las relativas a actividades profesionales) (118). Para el Código penal tipo hispanoamericano de 1971, las dos penas privativas de derechos que contempla, es decir, la inhabilitación absoluta y la inhabilitación especial, constituyen sólo accesorias y, más exactamente, las únicas accesorias previstas. Ninguna de ellas afecta tampoco a la profesión u oficio (119).

En nuestra Patria el Anteproyecto de Bases para el Libro I del Código penal prescinde de las inhabilitaciones y suspensiones de derechos como penas. Sin embargo, dentro de las medidas de seguridad enumera la inhabilitación para cargos públicos y la inhabilitación para el ejercicio de una profesión u oficio. La primera, reservada a los condenados a penas de reclusión y los funcionarios que delinquen con motivo u ocasión del cargo que desempeña. La segunda, para ser aplicada cuando el delito fuera cometido con abuso de oficio o profesión, o con la violación de algunos de los deberes que les sean inherentes (120).

Confíemos en que el legislador español no tarde en reformar la vigente normativa, incompleta, confusa, injusta y, como consecuencia de todo ello, indefendible.

---

(116) Artículos 78 y sigs.

(117) Traducción libre del término alemán, aunque la pena accesoria se corresponde mejor con la expresión "*Nebenstrafe*".

(118) Artículos 45 y sigs.

(119) Artículos 42 y 49.

(120) Ver punto 8 de la Base 7.<sup>a</sup> y letras *e*) y *f*) del punto 8 de la Base 10.<sup>a</sup>

# Relaciones entre el Derecho penal griego y el Derecho penal alemán \*

DR. IUR. ANNA BENAKIS, ATENAS

Alemania y Grecia están ligadas en el ámbito del Derecho penal por un estrecho parentesco de largos años, y que aún hoy existe. Este parentesco tiene su origen en el tiempo de la fundación del nuevo Estado griego, a principios del siglo XIX, cuando el jurista alemán Georg v. Maurer redactó el primer Código penal de Grecia. G. v. Maurer, consejero jurídico y miembro de la regencia trimembre para el primer rey, Otto de Grecia, entonces menor de edad, hijo del rey Luis I de Baviera, tomó como ejemplo para este Código penal, el bávaro de 1813, y los proyectos, también bávaros, de 1822, 1827 y 1831. Este primer Código penal griego estuvo en vigor más de un siglo, en la actualidad, ya derogado. De él ha quedado muy poco, ya que el 1 de enero de 1951 fue sustituido por un Código penal completamente nuevo y adaptado a las nuevas corrientes. Sin embargo, hay que agradecer al viejo Código algo muy importante: la orientación de la Ciencia jurídico-penal griega a la alemana. Puesto que todas las fuentes de interpretación del antiguo Código penal procedían de textos alemanes, las bases correctas para una exacta interpretación de los conceptos del Derecho penal sólo podían encontrarse en el ámbito de la Ciencia jurídico-penal alemana. De este modo se formó paulativamente una fuerte corriente de juristas que se formaron en Universidades alemanas y trajeron a Grecia la ideología alemana. Cuando comenzaron los trabajos de reforma para la nueva ley penal griega, hubo una gran cantidad de notables juristas griegos con una formación alemana fuertemente pronunciada. La consecuencia lógica de esta circunstancia, fue que también el nuevo Código penal griego ha tomado como base, fundamentalmente, modelos alemanes.

El actual Código penal griego, de 1 de enero de 1951, es el producto de largos trabajos de reforma a los que sirvieron de base los

---

(\*) Traducción por Lda. García de la Torre (Zaragoza) del artículo "Beziehungen zwischen dem deutschen und dem griechischen Strafrecht", publicado en Madlener-Papenfuss-Shöne: Strafrecht und Strafrechtsreform (Köln: Heymanns, 1974).

más importantes Códigos penales vigentes y proyectos de ley de Europa. Sin embargo, las fuentes principales fueron el Código penal alemán y los proyectos, igualmente alemanes, de 1909 y 1911, y más tarde los proyectos de los años veinte, de modo que hoy no puede llevarse a cabo una interpretación válida del Código penal griego vigente —por lo menos de su Parte General—, sin tomar en consideración estos textos. Para averiguar la voluntad del legislador histórico, es indispensable, en ciertas importantes cuestiones, recurrir a sus modelos alemanes y a sus correspondientes teorías.

Es, por supuesto, de todo punto imposible, presentar en el marco de este reducido artículo, la influencia de la ciencia alemana del Derecho penal, tanto en el Código, como en la Ciencia jurídico-penal griegos, ésta ya centenaria. Por lo tanto, intentaré sólo trazar un esbozo de las líneas fundamentales de la Parte General del Código penal griego, en tanto sometidas a la influencia alemana, y, al mismo tiempo, poner de manifiesto los elementos más importantes de la actual teoría del Derecho penal. Para una información más exacta de las relaciones entre el Derecho penal griego y el alemán desde la fundación del nuevo Estado griego hasta el presente, me remito a los artículos de Telémacos Philippidis, en ZStW 66, página 408 y siguientes; ídem 69, página 581 y siguientes; ídem 70, página 291 y siguientes y las reseñas bibliográficas de Alexander Katsantonis, ZStW 70, página 537 y siguientes, y Nikolaus Androulakis, ZStW 83, página 603 y siguientes.

El Código penal griego formula en el artículo 14 una definición legal del concepto de delito. Según el citado artículo, delito es la acción antijurídica y culpable amenazada por la ley con una pena. En esta definición aparecen los elementos de la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad como elementos independientes del delito, que en los siguientes capítulos se tratan separadamente. Así el capítulo II, con la rúbrica “La Antijuricidad”, contiene las causas de justificación en particular, y el capítulo III, con la rúbrica “La Culpabilidad”, los elementos de la culpabilidad. De esta división sistemática se derivan las siguientes consideraciones:

En lo que concierne a lo injusto, éste está fundamentado formalmente mediante la antijuricidad de la acción, en tanto que las causas de justificación en particular se aplican como normas permisivas independientes, que eliminan lo injusto típico. Prescindiendo de opiniones aisladas que intentan acomodar la teoría de los elementos negativos del tipo al Código penal griego, puede afirmarse, sin rodeos, que en este problema el Código Penal griego acepta la teoría de las causas de justificación como normas permisivas independientes. Se puede, por otra parte, comprobar claramente por la división sistemática de los elementos del delito, que el legislador griego, al incluir todos los elementos subjetivos del delito en el capítulo III, referente a la culpabilidad, entendía la fundamentación de lo injusto objetivamente. Lo mismo no es, sin embargo, absolutamente válido, en lo que concierne a la exclusión de lo injusto. En

las particulares causas de justificación, que no pueden ser operantes sin el elemento subjetivo, admite el Código penal griego el concurso de elementos subjetivos de justificación. Esto es válido, por ejemplo, en el estado de necesidad justificante, en la interrupción del embarazo por indicación médica, en la salvaguardia de intereses, etc.

De lo dicho acerca de lo injusto se deriva también la toma de posesión del Código penal griego en lo que respecta al problema de la culpabilidad. Dolo y culpa son inequívocos elementos de la culpabilidad. Incluso en los delitos de intención, la intención se trata como segundo inciso del párrafo sobre el dolo, lo que ya supone dificultades a la opinión, por lo menos en cuanto a este elemento, como un elemento subjetivo de lo injusto. Sin embargo, el Código penal griego está construido sobre la base de la concepción normativa de la culpabilidad, pues simultáneamente contempla la culpabilidad como desaprobación al autor por su imputable formación de la voluntad. Así se encuentran en el capítulo sobre la culpabilidad, como causas de exclusión de la misma, casos de *inimputabilidad*, exactamente, el estado de necesidad como causa de exclusión de la culpabilidad, y el exceso en la legítima defensa y en el estado de necesidad, previsto incluso en la Ley. Además, sigue el Código penal griego, en cuanto al problema del error sobre el tipo y el error de prohibición. No está resuelto en la ley si se representa la teoría de la culpabilidad restringida o la teoría de la culpabilidad pura.

Como consecuencia de lo anteriormente dicho se podría constatar lo siguiente: si se quiere caracterizar el concepto de delito del Código penal griego con una frase, se debe tomar, como base, la sistemática de Beling, y en ella añadir la relación regla-excepción, la concepción normativa de la culpabilidad, y la teoría de la culpabilidad. De esta manera se tendría una imagen de la construcción del delito en el Código penal griego bastante clara, pero al mismo tiempo, también, un esbozo de la teoría del delito del profesor griego de Derecho penal, Nikolaus Chorafas, que prácticamente ha sido el autor de la Parte General del Código penal. Como discípulo de Beling, Frank, Kohlrausch y Goldschmidt, ha trasplantado a Grecia desde el ámbito alemán aquellos conocimientos jurídicos-penales que, a pesar de la evolución de los puntos de vista y de las corrientes doctrinales, tienen un valor perdurable.

Para mantener la imagen completa de la teoría del delito de Chorafas, se debería mencionar, quizá, junto a los característicos elementos recién nombrados, la no admisión de los elementos subjetivos de lo injusto y su construcción propia, así como mencionar también la adopción de la teoría del consentimiento en la definición del dolo eventual y la teoría de la culpabilidad restringida en el tratamiento del problema del error. La teoría del delito de Chorafas ha sido tratada ampliamente, además, en la ZStW, de modo que aquí basta la indicación del correspondiente artículo, ya citado, de Katsantonis, y mi propia contribución en la ZStW 74, página 149 y siguientes; 82, página 523 y siguientes.

Los discípulos de Chorafas, entre los que se pueden destacar Mangakis, Katsantonis y Androulakis, en Atenas, y Philippidis en Tesalónica, han seguido sus teorías, aunque parcialmente han seguido su propio camino. Todos, sin embargo, fieles a la tradición secular, han recibido su formación jurídico-penal en Alemania, y todos, sin excepción, como becarios de la Fundación Alexander von Humboldt. Por tanto, sus trabajos se basan en los principios que enraízan en la teoría alemana. Los profesores alemanes de Derecho penal que les iniciaron en la Ciencia alemana del Derecho penal, Mezger, Engisch, Welzel y Jescheck, revelan ya las direcciones de las que parte cada uno de ellos.

La regulación de la tentativa y de la participación en el Código penal griego, está influida, asimismo, por las teorías correspondientes en Alemania. Así, el legislador griego, penando la tentativa imposible, se sitúa en el punto de partida subjetivo, que está suavizado, sin embargo, por una serie de limitaciones objetivas. Del mismo modo, la regulación de la participación del Código penal griego es un producto de la influencia alemana. Es de destacar también que el legislador griego abandonó el concepto de autor (“Urheber”) del antiguo Código penal y acepta la moderna diferencia de las formas de participación sobre la base de la accesoriedad limitada.

Este artículo quedaría incompleto si no se tomara en consideración el fin de la pena y el sistema de las mismas en el Código penal griego. En este campo ha seguido el legislador griego, en contraposición al alemán, un camino propio, hasta el punto que incluso en la medición de la pena prevé la peligrosidad del autor. Con ésto se quiere decir que el Código penal griego contempla la prevención general y la prevención especial como fines de la pena con el mismo rango.

Es la disposición fundamental, la del artículo 79 sobre la determinación de la pena, el cual prescribe que en la medición de la pena, dentro del marco establecido por la ley, el tribunal ha de tomar en consideración, por una parte, la gravedad del hecho —y con ello se refiere tanto al injusto como a la culpabilidad—, y por otra la personalidad del autor, con lo que se refiere a la peligrosidad. La consideración de la gravedad del hecho garantiza la salvaguardia del principio de culpabilidad y cumple al mismo tiempo la exigencia de la prevención general. Esta medida, sin embargo, puede y debe —cuando así se considera necesario— modificarse para satisfacer las exigencias de la prevención especial. Así puede sobrepasarse la medida de la pena correspondiente a la gravedad del hecho, cuando la peligrosidad del autor exige una pena más grave. Esta posibilidad se le da al juez no sólo dentro del marco previsto de la pena, sino también en un cierto número de preceptos que encarnan el mismo pensamiento. Así, por ejemplo, puede aplicarse a la tentativa o a la complicidad simple, en vez de la pena atenuada, la completa prevista para el delito perfecto, cuando la pena atenuada no basta para alejar al autor de posteriores acciones punibles. Por la misma causa



puede el juez, cuando está prevista alternativamente pena de multa y de privación de libertad, condenar a ambas.

Más importante, sin embargo, para la consideración de la peligrosidad del autor dentro del sistema de penas, son dos penas especialmente acuñadas para ello: éstas son, en primer lugar, la condena relativamente indeterminada, para delincuentes habituales o profesionales, en la que está determinada sólo la medida mínima de la privación de libertad, pero no la máxima, y, en segundo lugar, el internamiento en un establecimiento psiquiátrico del delincuente semiimputable, a causa de trastornos psíquicos o sordomudez, pero peligroso para la seguridad pública, y cuya duración está determinada, igualmente, sólo en su grado mínimo. Por el contrario, falta al catálogo de medidas de seguridad del Código penal griego la determinación preventiva y el internamiento en un establecimiento de curación y cuidado, precisamente porque la peligrosidad del autor se ha tenido ya en cuenta en forma suficiente mediante la aplicación del sistema de penas anteriormente indicado. El Código penal griego sigue aquí el principio de la vía única.

No faltan, sin embargo, completamente al Código penal griego, las medidas de seguridad y corrección complementarias de la pena, que consisten en una privación de libertad. Estas son, en primer término, el internamiento en un establecimiento de templanza o deshabitación, si el hecho delictivo tiene su origen en el abuso del alcohol o de estupefacientes, y en segundo término, el internamiento en una casa de trabajo, cuando el autor es desafecto al trabajo o lleva una vida desordenada. Estas medidas se ejecutan después del cumplimiento de la pena. En el tratamiento de los autores que son alcohólicos o remisos al trabajo, vuelve el Código penal griego al principio de la doble vía, ya que no considera la peligrosidad de estos autores como decisiva para sancionarla con una pena agravada, pero, por otra parte, tiene en cuenta la necesidad de mejora de estos delincuentes.

Este pequeño excursus en el Derecho penal griego y las doctrinas representadas en él deben mostrar hasta qué punto son análogos el Derecho penal griego y el alemán. Un antiguo profesor griego de Derecho penal, que excepcionalmente no conocía mucho el Derecho penal alemán, ha hablado del aplastante período "alemán" del Derecho penal griego, en relación al anterior Código penal vigente, del mismo modo que Binding escribió del período "francés" del Derecho penal alemán en la primera mitad del siglo XIX. El nuevo Código penal griego ha seguido cuidando esta inclinación, alemana, sí, pero no tan "aplastante". Todavía hoy se puede interpretar el Derecho penal griego con ayuda de la literatura jurídico-penal francesa o italiana, en aquellas determinadas materias que tienen su raíz en estos sistemas jurídicos. Sin embargo, en las cuestiones básicas, que fundamentalmente está relacionadas con la teoría del delito, no se puede llegar a una solución válida ni satisfactoria, si no se acude a las fuentes alemanas.



## SECCION LEGISLATIVA

### LEY 26/1975, DE 27 DE JUNIO, SOBRE MODIFICACION DEL ARTICULO 549 DEL CODIGO PENAL

(“B. O. E.”, núm. 155, de 30 de junio de 1975, pág. 14166)

De conformidad con la Ley aprobada por las Cortes Españolas, vengo en sancionar:

Artículo único.—El artículo quinientos cuarenta y nueve del Código penal queda redactado en la siguiente forma:

“Artículo quinientos cuarenta y nueve.—Se impondrá la pena de presidio mayor:

Primero, a los que incendiaren un edificio público si el valor del daño excediere de cincuenta mil pesetas;

Segundo, a los que incendiaren una casa habitada o cualquier edificio en que habitualmente se reúnan diversas personas, ignorando si había o no gente dentro, o un tren de mercancías en marcha si el daño causado excediere de cincuenta mil pesetas;

Tercero, a los que incendiaren un bosque con riesgo de que se propague a casa habitada o edificio en el que habitualmente se reúnan varias personas cuando el daño causado excediere de cincuenta mil pesetas.”

Dada en el Palacio de El Pardo a veintisiete de junio de mil novecientos setenta y cinco.

El Presidente de las Cortes Españolas,  
Alejandro Rodríguez de Valcárcel y Nebreda

FRANCISCO FRANCO



# Jurisprudencia penal 1975

(Segunda parte)

Por

PEDRO-LUIS YAÑEZ ROMAN

Doctor en Derecho

Profesor Adjunto en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid  
y Vicesecretario del ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

## § 1. Artículo 8:1.º, Trastorno mental transitorio.

El trastorno mental transitorio supone, según la S. 26 de diciembre de 1973, **una reacción vivencial anormal generada por causa directa, inmediata y evidenciable, que bruscamente se manifiesta durante un espacio corto de tiempo y que, sin huellas, se agota rápidamente por una curación completa sin secuelas ni posibilidades de repetición, y que haya surgido en el sujeto sobre una base constitucional morbosa o patológica y, más rara vez, sobre estímulos psíquicos intensos que la hagan actuar de forma irreprimible, incontrolada o delirantemente con tal intensidad que la respuesta reaccional al choque psíquico o físico que es la causa exógena que lo origine genere una perturbación mental pasajera que con la alteración profunda de la capacidad de conocer el alcance antijurídico de su conducta produzca total ausencia de voluntad e inteligencia y por tanto de libre albedrío y conciencia humana.** El trastorno mental transitorio exige una **absoluta perturbación de las facultades mentales**, con verdadera y total inconsciencia y abolición de la voluntad que prive al que la sufre de su libre albedrío. (S. 18 junio 1975.)

Con arreglo a las SS. de 26 diciembre 1973, 6 noviembre 1974, 15 marzo 1932; 26, 31 enero y 13 marzo 1934, 19 diciembre 1935 y 18 diciembre 1964, la exigente de trastorno mental transitorio exige los siguientes elementos:

1.º Aparición brusca y fulgurante repentina e inesperada, aunque desencadenada por algún estímulo, bien sea éste **patológico o de origen pasional o emocional exacerbado.**

2.º Fugacidad o brevedad de duración.

3.º De tal intensidad que, por virtud de la ofuscación sobrevinida, produzca pérdida, siquiera sea momentánea, de las facultades cognoscitivas o volitivas del agente.

4.º Curación sin secuela, es decir, desaparición rápida de la explosiva situación anímica, sin huella ni residuo, restableciéndose el equilibrio psíquico en toda su plenitud.

5.º Que el trastorno no haya sido provocado intencionadamente por el sujeto, pues en este caso, por virtud de la teoría de las “**acciones liberae in causa**”, el problema de la imputabilidad retrocedería o se desplazaría desde el momento de la perpetración hasta el de la ideación, y el sujeto sería plenamente responsable del delito cometido si lo era en el momento de la dicha ideación.

Difieren la doctrina y la jurisprudencia a la hora de exigir o no exigir un **fondo patológico en el agente**, aunque la **posición dominante**, representada por las SS. del Tribunal Supremo 13 marzo 1934, 19 diciembre 1935, 14 octubre 1944, 15 abril 1948, 27 enero 1954, 28 diciembre 1964, 4 abril y 30 mayo 1968 y 25 septiembre 1970, **prescinde de tal exigencia**, si bien alguna de dichas resoluciones, y ésta puede ser la posición más acertada, requiere si no un estado precedente y permanente morboso y patológico, **sí una reacción de situación que en sí misma sea anómala, desmesurada o anormal**. (S. 18 junio 1975.)

#### **Trastorno y arrebató u obcecación.**

El trastorno mental transitorio y la atenuante de arrebató u obcecación **son incompatibles** siempre que la perturbación psíquica proceda del mismo hecho, de los mismos estímulos o de idéntica causa desencadenante. (SS. 5 julio 1956 y 18 junio 1975.)

#### **§ 2. Artículo 8:4ª, Legítima defensa.**

La legítima defensa que con prosa ciceroniana se reputó “**non scripta sed nata lex**”, habiendo sido proclamada su legitimidad en el Derecho romano con la conocida frase “**vim vi repellere licet**”, a base de unos u otros fundamentos, se admite universalmente como causa de exención y como causa de exclusión del injusto por razón del interés preponderante. Unos la reputan acto ilícito, pero impune; otros encuentran su explicación en la perturbación psicológica producida en el que se defiende por la agresión ilegítima que alarma su instinto de conservación, mientras que doctrinas más modernas y convincentes la funden en una necesidad o delegación hipotética del Estado, el cual reconoce que la misión de mantener el orden jurídico y de restablecerlo cuando ya ha sido perturbado corresponde exclusivamente a él, pero que, dada su *no omnipresencia*, ha facultar al súbdito a hacer sus veces defendiéndose de ataques injustos, y, finalmente, otros hacen radicar la “**ratio**” de exoneración de la responsabilidad en la manifiesta temibilidad del agresor y en la no peligrosidad del defensor. (S. 18 junio 1975.)

Por **agresión ilegítima** ha de entenderse todo **acto de fuerza, con propósito lesivo**, que cree un riesgo actual y que sea contrario a Derecho, es decir, que se produzca sin causa, motivo o razón que le justifique; equivaliendo de ordinario a **acometimiento, consistiendo en la acción ofensiva, en el amago o empleo de fuerza material para causar un mal que comprometa o ponga en peligro la persona o derechos del agredido**, debiendo reunir las **notas de actual, inminente y directo**.

En lo que el primer requisito se refiere, es cierto que el T. S., en SS. 25 enero 1912, 7 marzo 1917, 27 enero 1963, 3 marzo 1964, 8 febrero 1968 y 29 abril 1970, ha declarado que, cuando ha mediado una situación anterior de **riña**,

**pendencia, reyerta o pelea, mutuamente aceptada, no puede reputarse concurrente el requisito de la agresión ilegítima, verdadera piedra angular o elemento capital de la legítima defensa, sin el cual no se puede estimar favorablemente esta circunstancia, ni como eximente ni siquiera como eximente incompleta.**

Sin embargo, una situación de **“incorrecciones verbales por ambas partes, entablándose también una acalorada discusión”, dista mucho de constituir la situación de riña mutuamente aceptada**, pues no se ha pasado del terreno de las palabras ni iniciado el de los hechos violentos que caracteriza a la riña, ni siquiera los futuros contendientes se habían puesto de expreso o tácito acuerdo para convertir la acalorada discusión en vías hecho, con lo cual el obstáculo que encontró el Tribunal **“a quo”** para la apreciación del primero y más fundamental requisito de la legítima defensa, se desvanece y no constituye obstáculo para la dicha apreciación. (S. 18 junio 1975.)

**Diferencias entre la “riña mutua y libremente aceptada” y la “riña impuesta u obligada”.**

Aprécia el T. S. legítima defensa incompleta—por faltar el requisito de la necesidad racional del medio empleado—, en un supuesto en que los sujetos intervinientes **“discutieron, dirigiéndose ambas malas palabras y pasando a las manos”**, considerando debe hacerse una clara distinción entre **“la riña mutua y libremente aceptada”** y **“la riña impuesta u obligada”**.

Declara, por tanto, que el requisito de la agresión ilegítima se ha venido estimando ausente por la doctrina de la Sala 2.<sup>a</sup>, en los supuestos de **riña mutua y libremente aceptada**, ya que **desconociéndose de quién partió la agresión**, si es por lo común de manifestación conjunta, cada uno de los contendientes resulta **agresor recíproco del otro; pero ésta posición no debe generalizarse, ni hacerse automática, sino que admite precisiones y excepciones**, debidas a la determinación y concreción de las situaciones prácticas, y muy esencialmente, **de la iniciación que generalmente desemboca en reyerta necesaria**. Por lo que, de un lado, **no pueden estimarse como riñas**, a efectos de eludir la legítima defensa, **las meras discusiones verbales, incluso con cambio de insultos o injurias entre los contendientes orales**, por no contener las indispensables situaciones de fuerza material o violencia agresiva, **aunque luego conduzcan a la material agresión, que se tomará como ilegítima** para quien la inicie y contra la que puede caber la defensa, y de otro, **los supuestos en que la riña no es causa de la agresión, sino efecto de la misma, e impuesta por la actitud de acometimiento del agresor**, a la que replica necesariamente el agredido, para defender su vida o integridad corporal.

Es preciso distinguir entre: **“la riña mutua y libremente aceptada”** y **“la riña impuesta u obligada”**, pues en aquélla existe voluntad de acometimiento y **recíproca agresión simultánea**, mientras que en esta última se decanta y manifiesta un **primer acto agresivo peligroso, al que se responde defensiva y obligadamente, surgiendo la riña en la réplica necesaria, pero como efecto de la prohibida agresión**, supuesto que no puede privarse de los beneficios efectos de la legítima defensa completa o incompleta, por hallarse amparados por la misma, en su mismo contenido, como ya entendieron las sentencias de la Sala 2.<sup>a</sup> de 28 mayo de 1969 y 14 octubre 1971. (S. 21 mayo 1975.)

§ 3. Artículo 9:9.<sup>a</sup>, **Arrepentimiento espontáneo.**

**Tratándose del arrepentimiento espontáneo**, como causa de atenuación de la responsabilidad penal, no desconoce la Sala 2.<sup>a</sup> que existe un cierto contraste entre la doctrina y exégesis científica y la praxis judicial, a la que se acusa de introducir una interpretación excesivamente ética o espiritualista del elemento subjetivo de la atenuante y de ampliar contra reo los elementos objetivos consignados en el número nueve del art. 9.<sup>o</sup> del Código Penal para dar vida a la misma; por lo que en tal trance interpretativo se hace preciso recordar que, por mucho que se postule la neta separación entre Ética y Derecho, ya es harto sabido que el ordenamiento punitivo trata de salvaguardar el mínimo ético subyacente en todos los tipos penales, al menos en los que definan delitos "mala in se", cuando no hace llamadas directas a "standards" morales, como ocurre en no pocos pasajes del Código, entre ellos, y ad exemplum, el artículo 432, la atenuante séptima del artículo 9.<sup>o</sup> y la propia del concepto de **arrepentimiento**, comporta un ineludible sentido moral o de pesar, por el mal realizado, ya se atienda al puro significado semántico del término, ya se entienda que basta el temor al castigo, en sentido paralelo a la simple **atrición** de los teólogos, sin perjuicio de que el Derecho utilice para sus propios fines de sano pragmatismo tan noble sentimiento; versión la que se defiende que ya está expresa en nuestro primer texto codificado cuando ponía el acento de la atenuante en la "**sinceridad**" del arrepentimiento o en la **confesión igualmente "sincera"**; concepto análogo, en definitiva, a la **espontaneidad** exigido en el texto vigente y que no es otra cosa que "**la voluntariedad del arrepentimiento**", en cuanto salido de la propia convicción y conciencia del que así se ve impulsado. Por tanto, **la confesión interesada y que trata de desfigurar los hechos en beneficio del reo o la hecha por sugerencia extraña o constreñido por las circunstancias** [SS. 21 noviembre y 11 diciembre 1947, 17 febrero 1950, 6 marzo 1962, 12 noviembre 1963, 10 marzo 1970] **no** es arrepentimiento espontáneo. Es una cuestión distinta, de índole procesal probatoria, la de que se presuma el arrepentimiento, a no ser que conste lo contrario, por analogía con la presunción **iuris tantum** de culpabilidad establecida en el párrafo segundo del artículo 1.<sup>o</sup> del Código Penal [SS. 16 enero, 20 junio y 10 octubre 1935].

Asimismo, es precisa la observancia de los **requisitos objetivos** a través de los cuales se manifiesta o canaliza el arrepentimiento: **reparación o disminución** de los efectos del delito; **satisfacción al ofendido** o **confesión** a las Autoridades y todo ello en **tiempo hábil** para que pueda surtir efectos la atenuación, esto es, antes de que el culpable conozca la apertura del procedimiento judicial; lo que no hace sino reforzar aquella sinceridad o espontaneidad del arrepentimiento y que explica que **la jurisprudencia haya denegado la atenuante si, descubierto y perseguido el autor, había dado comienzo el atestado policial con conocimiento del culpable** [S. 11 enero 1947], ya que aparte de que tales diligencias en cuanto incorporadas al proceso judicial forman parte del mismo, es lo cierto que ya no se cumple aquel requisito de espontaneidad, por haber obrado el reo presionado o cercado por las pruebas que evidencian su culpabilidad [SS. 10 marzo 1951, 6 marzo 1962, 21 mayo 1968]. Y si, en verdad, tales requisitos pueden parecer excesivos **de lege ferenda**, es inexcusable darles cumplimiento **de lege data**, bien entendido que **pueden ser mitigados por aplicación de la circunstancia**



análoga prevista en el número décimo del artículo 9 del Código Penal, analogía que por ser *in bonam partem* permite una mayor generosidad en su apreciación. (S. 28 mayo 1975).

§ 4. Artículo 10:1.<sup>a</sup>, **Alevosía.**

La alevosía se identificó en un principio con la **traición**, equivaliendo a actuar de modo solapado, encubierto, ocultando el ánimo hostil al sujeto pasivo del delito que aparece confiado, de tal modo que la violación del vínculo o deber de lealtad, si era para el rey constituía **traición**, y para los demás hombres, **alevosía**; por eso se llamó "**homicidium proditorum**" y también "**homicidio moral**", pues se simula la amistad y se disimula la enemistad, realizándose una ocultación sinuosa del ánimo hostil. Más tarde, la alevosía se consideró equivalente a **aseguramiento** del hecho, como es de ver en la Ley segunda, Título XXI, Libro XII de la Novísima Recopilación: "el que mate a otro a **traición o aleve** y del que hiciese **muerte segura**", en el Código de 1822, donde se habla de "**a traición y sobre seguro**" y donde, al poner ejemplos, se remite siempre a hechos constitutivos de **aseguranza**; y en el Código de 1848, donde también se formula la alevosía como "**traición y sobre seguro**". Finalmente, la alevosía se reputa término equivalente a **cobardía**, es decir, a falta de riesgo en el ejecutor. Discutiéndose modernamente sobre si dicha circunstancia constituye un plus de **culpabilidad** o algo atinente a la **antijuricidad**, hasta el punto de que ciertas sentencias del Tribunal Supremo como las del 27 de mayo y 23 de noviembre de 1949, 15 de junio de 1950, 15 de noviembre de 1956 y 11 de diciembre de 1957 y amplios sectores doctrinales se inclinaron por la teoría **subjetiva**, apoyándose en la palabra "**tiendan**", empleada por el legislador, y exigiendo que el agente realice una previa escogitación o selección de medios comisivos, eligiendo finalmente, de modo deliberado, aquel más idóneo para asegurar la ejecución sin riesgo para su persona que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido; mientras que otras muchas sentencias, como las de 4 de agosto de 1884, 17 de marzo de 1914, 7 de mayo, 10 de junio de 1953, 18 de marzo y 27 de diciembre de 1954, 7 de julio de 1955, 9 de noviembre del mismo año y **2 de marzo, 24 de abril y 29 de octubre de 1973**, la consideraran **circunstancia objetiva**, que no requiere una preordenación ideal sino un comportamiento momentáneo en el acto, agregando que no es necesario que la ocasión aleve sea buscada de propósito, bastando su consciente aprovechamiento y terminando por afirmar que la alevosía supone un plus de antijuricidad en cuanto se realiza su aspecto objetivo, fundado en el empleo de medios que **tienden** al aseguramiento del golpe con la consiguiente eliminación de la defensa de la víctima; aspecto éste de tendencia que actúa a modo de elemento subjetivo del injusto. (S. 16 junio 1975.)

§ 5. Artículos 231:2.º, 236 y 237, **Atentado, resistencia y desobediencia.**

El delito de atentado a los agentes de la Autoridad, que se tipifica en el artículo 231, número 2.º, en relación con el 236 del Código Penal, protege **la posición amparadora del orden público comunitario y paz ciudadana**, que aquéllas tutelan con su quehacer personal, y requiere **material y objetivamente** que se **actúe** por el agente contra ellos, por la **fuerza, acometimiento, intimi-**

**dación o resistencia grave**, cuando actuaran en su cometido oficial y como consecuencia del mismo, originando quebrantamiento de su condición particular o humana, y funcional legítima.

En el atentado, a ese requisito real y dinámico ha de agregarse un doble presupuesto de condición **ideal**: de un lado, el **conocimiento por el sujeto activo, del carácter de agente de la Autoridad del pasivo**, que haga surgir la indispensable culpabilidad, integrando el elemento **constitutivo del dolo**, al poseer la debida conciencia de la condición de la persona atacada, y de la **antijuricidad de su conducta**, pues no puede realizar el delito, por ausencia de un elemento subjetivo del injusto, quien desconozca tal carácter y condición, y de otro, el **deseo** de menospreciar u ofender el principio de Autoridad, que representan las personas ofendidas, y que exige un segundo móvil e intención que ha de entenderse existente, si conoce el carácter de la víctima y actúa, en la forma indicada, objetivamente, contra ella. (S. 19 junio 1975.)

Los conceptos de **resistencia** y **desobediencia**, empleados por el legislador con **diferente entidad cuantitativa** en los artículos 231-2.º, 237 y 570-5.º y 6.º del Código Penal, sirven para jerarquizar estas distintas especies delictivas y contravencionales, de suerte que la **resistencia grave** queda tipificada en el superior delito de atentado con las demás modalidades recogidas en el mismo. A su vez la **desobediencia grave** queda equiparada con el delito de resistencia, propiamente dicho, quedando la **desobediencia leve**, ya a la Autoridad, ya a su agente, como meras faltas contra el orden público.

Del distinto grado en la fuerza física del delito se deduce que la resistencia no puede considerarse en ningún caso como falta, a diferencia de la desobediencia que admite tal bifurcación; por lo que ya se comprende que, así como la distinción entre la **resistencia grave o simple** es eminentemente circunstancial y sólo puede sentarse a la vista del **casus datus** con la consiguiente estimación del artículo 231-2.º o del artículo 237, la diferencia entre el delito de resistencia y las aludidas faltas es mucho más radical y conceptual, persistiendo una diferencia apriorística que las separe, pues en la mente de todos está lo que es la **noción de resistencia, de índole eminentemente física**, teniendo como tal la dinámica del acto que no es otro que el de **oponente pasividad, resuelta y tenaz al cumplimiento de aquello que la Autoridad o sus agentes conceptúen necesario en cada caso para el buen desempeño de sus funciones**; en tanto que el concepto de desobediencia es más bien **omisión espiritual, pura inercia ante el mandato autoritario, pero sin llegar a oposición material o física, de contrafuerza**, que lo neutralice, siendo ya otra vez criterio-circunstancial el de distinguir el **quantum** grave o leve de la desobediencia, para lo que jugará de modo decisivo la **trascendencia de la orden y la perentoriedad de su cumplimiento en orden a salvaguardar la paz pública** más o menos alterada por la conducta levantisca del sujeto activo de la infracción. (SS. 12 febrero 1972, 29 abril 1974 y 23 mayo 1975.)

#### § 6. Artículo 337, **Realización arbitraria del propio derecho.**

**Afinidades y diferencias con el delito de coacciones (art. 496).**

La **realización arbitraria del propio derecho** (o de las **propias razones** que dijeron los clásicos) encuadra con mayor especificidad los hechos debatidos, y ello por la razón que ya adujera la reciente sentencia de la Sala 2.ª, de 1.

de febrero de 1971: de que si bien dicho último delito fue trasplantado por la reforma penal de 1944 al título IV del libro II del Código Penal, es decir, integrado entre los que **atacan la Administración de Justicia, tal traslado fue más nominal que real**, pues la redacción del tipo, idéntica a la que tenía antes de ser extraído del delito de coacciones, del que era figura especial, sigue acusando en primer término esa nota de **violencia o intimidación contra las personas** que es el alma de la coacción, por lo que bien puede decirse, con la citada sentencia, que **más que atacar la Administración de Justicia** (según exige la partícula adversativa **contra**) **se prescinde de ella**; razón de especialidad, invocada para deslindar dicho delito del de amenazas, que ahora vuelve a **funcionar para delimitarlo** del de coacciones **in genere**. Concurren, por lo demás, todos los requisitos exigidos por la doctrina de esta Sala para que se dé el tipo que se prefiere, a saber:

— un **elemento objetivo o material**, de **apoderamiento** que efectúa el acreedor de cosas —en dinero o especie— pertenecientes a su deudor, hecho con **violencia o intimidación**, esto es, con **vis física o compulsiva**, material o moral, anterior coetánea a la acción, no posterior, con lo que dicho se está que la violencia, a diferencia de la intimidación que sólo sobre las personas puede ejercitarse, puede recaer también sobre las cosas, paralela a la **vis in re** que caracteriza al robo;

— y un **elemento subjetivo** que decide lo injusto típico, como se ha dicho, integrado por el **ánimo de obtener el pago de su crédito el agente** [SS. 15 octubre 1947, 16 marzo 1962, 16 marzo 1964, 8 marzo 1968 y otras].

Y si aún cupiera duda de la prevalencia del específico artículo 337 sobre el genérico 496, por entenderse que con la retención (u ocultación) del dinero ajeno no se buscaba directamente para **hacerse pago**, tal como exige el primero de dichos tipos penales, sino para **obligar o compeler al deudor** a la extinción de la deuda, lo que parece más propio del segundo de tales tipos; entonces cabría argüir que ambas conductas se muestran equivalentes o unificadas por la **común finalidad** perseguida por el agente y que ya se ha visto sirve de fundamento a este tipo de **“coacción específica”**, encuadrada entre los delitos que atacan directa o indirectamente la Administración de Justicia, razonamiento que se comprueba con sólo comparar las respectivas penalidades que se imponen en dichos artículos. De suerte que sería paradójico que se castigara más severamente el mero compeler a pagar que el directo **apoderamiento de cosa del deudor para hacerse pago**.

Todo lo cual viene a descubrir la verdadera **ratio legis** del precepto especial, basado en la **interferencia de una relación crediticia con la consiguiente singularidad de sujetos activo y pasivo junto al ánimo de hacerse pago**, igualmente específico respecto del dolo general que comporta cualquier otro tipo de coacción, ingredientes adventicios que incrustados en la figura coactiva han merecido un trato de favor en forma de **lex specialis** que no cabe ignorar; como tampoco debe ser obstáculo que en el supuesto de autos no se hiciera pago el procesado **con la misma cosa**, puesto que teniendo el control o disposición del dinero sustraído siempre hubiera podido hacerse pago con él subsidiariamente, es decir, para el caso de que la empresa deudora de sus jornales no procediera a satisfacerlos, como se desprende claramente de su anunciado propósito de no restitución, si por acaso no se satis-

facía su deuda. Todo ello sin contar que la doctrina de la Sala 2.<sup>a</sup>, en lógica equiparación de conductas, ha entendido que el precepto no sólo engloba lo que cabría calificar de **autodación en pago**, sino también, siguiendo **pari passu** la nomenclatura y acepción civilistas, lo que podría llamarse **retención en prenda**, siempre que se cumpla la buscada finalidad de **lograr por su través el pago, verdadera alma del delito** [SS. 29 noviembre 1970 y 16 marzo 1962].

Tampoco puede ser obstáculo a la aplicación del tipo propugnado el hecho de que **la cantidad retenida excediera del importe de la deuda**, puesto que **no existiendo ánimo de lucro, sino el de hacerse pago**, ya se entiende que lo apetecido por la actuación violenta del acreedor se limita a la cuantía de su crédito, que es lo que justamente acontece en el caso **sub iudice** en que el procesado **tomó una cantidad de dinero que ni siquiera contó, condicionando su restitución al abono de los jornales impagados**, lo que pone bien de manifiesto que si la cantidad retenida alcanzó la suma de 25.350 pesetas, el procesado **sólo buscaba conseguir la satisfacción de su crédito laboral**, siendo por lo demás muy difícil que la cosa tomada —sobre todo si es en especie— alcance precisamente la cuantía del débito, como lo demuestra que **el valor de la misma funcione en el tipo tan sólo para señalar el importe de la pena pecuniaria**. (S. 12 junio 1975.)

Cualquiera que sea la concepción sustentada del **ánimo de lucro** —propósito de procurarse cualquier beneficio material o moral, provecho económico o **animus lucrí faciendí gratia**—, en el tipo de delito contemplado, pese a darse el **animus capiendí, no existe empero el de lucro**, desplazado totalmente por el **ánimo de procurarse el pago fuera de las vías legales**. (S. 12 junio 1975.)

§ 7. Artículo 344, **Delito contra la salud pública (tráfico de drogas).**  
**Agente provocador.**

En un supuesto en que “a fin de descubrir el tráfico ilegal de drogas..., unos funcionarios del Cuerpo General de Policía comenzaron a visitar un bar como **simples clientes**..., llegando por su asiduidad al establecimiento a ganarse su conocimiento con otros parroquianos”, entre ellos A., quien ofreció a uno de los funcionarios la venta de griffa, dando éste su conformidad, quedando citados en un lugar; yendo al cual los tres procesados, fueron detenidos por funcionarios policiales, el T. S. desestima la aplicación a este supuesto de la tesis del agente provocador, en base a considerar que: si bien la doctrina de esta Sala ha declarado la irresponsabilidad por hechos aparentemente punibles, pero en realidad causados por **agente provocador** de los mismos, sea este agente un particular (S. 22 junio 1950), sea la propia autoridad policial (S. 27 junio 1967), por entender, conforme a cánones ortodoxamente aceptados por la doctrina científica y aún explícitamente declarados por alguna legislación foránea, que la susodicha actividad provocadora, al inducir a error al sujeto activo de la supuesta infracción, menoscaba su libre **iniciativa y con ello la voluntariedad de la acción proclamada dogmáticamente en el artículo 1.º del Código Penal**, o bien por entender, con criterio acaso más técnico que la errónea actuación del sedicente culpable, constituiría un supuesto de **tentativa inidónea, de delito putativo**, entendido en amplio

sentido o, en fin, de delito aparente, pero en todo caso impune, dado que la imposibilidad de realización es inicial y preconstituida, estando descartado desde el principio al fin el peligro para el bien jurídico protegido, dado que tanto la actuación del provocador como la del procesado han de reputarse absolutamente ineficaces. No obstante todo ello, no es menos cierto que también de acuerdo con la mejor doctrina, la Sala 2.<sup>a</sup> ha extraído de la anterior consideración aquellos casos en que **no se trata de provocar la comisión de un delito, sino de descubrir el ya cometido** [SS. 18 abril 1972 y 20 febrero 1973], importante matización especialmente aplicable a los **delitos de tracto sucesivo**, cual acontece con los de tráfico de estupefacientes, cuya comisión implica **una vasta red**, de ámbito incluso internacional, con multitud de agentes o intermediarios, escogidos no pocas veces entre los propios adictos a la droga, cuando no iniciados en tan fatal consumo para así atraerlos con mayor eficacia y asociarlos al tráfico preconcebido y perfectamente planeado, ante cuya realidad criminógena, **la actividad policial**, consciente de la existencia de tan activa y plural conducta delictiva, al ponerse **en fingido contacto con conocidos o presuntos agentes**, aun los más externos y secundarios de la organización, **no busca propiamente provocar la comisión del delito correspondiente contra la salud pública, sino poner al descubierto los canales por los que ya venía fluyendo el tráfico con anterioridad a fin de cegarlos en lo posible**, única forma de luchar con alguna eficacia contra esta forma de delincuencia colectiva de nuestro tiempo; de cuya reflexión jurídica, en alianza con una pragmática consideración de política criminal, se deduce **la posibilidad y conveniencia de sancionar éstas últimas conductas**, aparte de que **deberán castigarse en todo caso si se obtiene la convicción de que el supuesto**—a semejanza de lo que puede ocurrir con el inducido—era un **omnimodo facturus**, es decir, **estaba ya resuelto a cometer el delito, manifestándose así la provocación como gratuita y evanescente**.

Se desestima, por tanto, el único motivo del recurso, según el cual el Derecho penal, como protector de bienes jurídicos, no podía entrar en juego en el caso **sub iudice**, ya que “dichos bienes no han sido lesionados ni puestos en peligro por haber existido un agente provocador del delito, **no habiéndose producido daño alguno, ni material ni formal para la causa pública**”. (S. 14 junio 1975.)

#### § 8. Artículo 346, **Delito contra la salud pública.**

Condena nuestro T. S. por delito contra la salud pública la venta para el consumo de ganado porcino afectado por la enfermedad denominada “mal rojo”.

El artículo 346 del Código penal tutela la **salud pública, la sanidad colectiva**, que puede quebrantarse por cualquiera de los modos de actuar que el precepto recoge.

Estas conductas son tres fundamentales:

- 1.º **Alterar bebidas o comestibles destinados al consumo público, con mezclas nocivas a la salud.**
- 2.º **Vender géneros corrompidos, esto es, podridos, estropeados, rancios o pasados.**

### 3.º Fabricar o vender objetos cuyo uso sea nocivo o dañoso para la salud.

Respecto de esta tercera conducta, que tiene su propia sustantividad, ha de estimarse cometido el delito, cuando **“conociendo el agente que lo que fabrica o lo que venda es nocivo para la salud, se le añade la voluntad de su fabricación o venta, aunque el daño para la salud no se produzca, ya que, al ser un delito de riesgo, se consuma con la mera actividad delictual, sin precisión absoluta del resultado dañoso (SS. 26 febrero 1973 y 17 junio 1975.)**

### § 9. Artículo 405, Parricidio.

Condena el T. S. por **parricidio**, en un supuesto en que una mujer soltera, **“de irregular conducta, que desde que tuvo edad para alternar con hombres, observó una vida bastante libre e inmoral”**, habiendo quedado de nuevo embarazada, **ocultó su estado** durante el período de su gestación a sus padres y compañeras de trabajo, **dando a luz clandestinamente** y matando después a la criatura, **“con vida por haber respirado y con constitución fisiológica normal para sobrevivir”**, rompiendo el cordón umbilical dejándolo sin anudar y golpeando la cabeza de la criatura contra el suelo, **ocultando posteriormente el cadáver en un cobertizo.**

Deniega la Sala 2.ª del T. S. la apreciación del artículo 410 —**infanticidio**—, por estimar que:

Si se examinan los hechos probados y su clara redacción, se advierte que se habla de **criatura hembra que tenía vida por haber respirado y con constitución fisiológica para vivir**, que fue lo que impulsó a la madre a actuar en términos concretos para suprimir la vida, por lo que se trata simplemente de una madre que, de estado soltera, **tenía un hijo natural** y que suprime voluntariamente la vida del nuevo ser acabado de nacer, de la manera más eficaz, cortando el cordón umbilical y quebrando la cabeza de la nacida, que ha respirado, a golpes que ocasionaron la fractura del cráneo, tratándose por tanto de un **parricidio**, que **no puede confundirse con un infanticidio a causa de ocultar la deshonra ante el padraastro de persona ya deshonrada con anterioridad y de muy mala conducta social, que justifica el rigor de la Ley para imposición de la pena adecuada de reclusión mayor**, impuesta aquí precisamente en el tope mínimo de la misma, por efecto de la apreciación por el Tribunal de Instancia, de una causa de atenuación como la del núm. 8.º del artículo 9.º del Código punitivo”. (S. 20 mayo 1975.)

### § 10. Artículo 407, Homicidio.

#### **Distinción entre homicidio frustrado y lesiones graves consumadas.**

Para dilucidar la alternativa homicidio frustrado y lesiones consumadas, ha de atenderse a la **intención** del sujeto agente, de modo que: **si hubo**, por su parte, **“animus necandi”** el hecho se reputará delito de **homicidio en grado de frustración**, y si sólo concurrió **“animus laedendi”** o **“vulnerandi”**, la calificación correcta será la de lesiones de mayor o menor gravedad, según puedan incardinarse en uno u otro de los preceptos contenidos en el Capítulo IV del Título VIII, del Libro II del Código penal.

Pero como la intención verdadera del agente se encuentra en lo más recóndito del intelecto humano, por más clarividencia que se pretenda tener, es.

imposible penetrar en ese arcano insondable, y por tanto el juzgador, de conformidad a una doctrina jurisprudencial constante, de la que son ejemplo las sentencias de 21 de marzo, 28 de junio y 15 de diciembre de 1974, 8 y 12 de abril de 1975, deberá atribuir al referido agente una u otra intención **induciéndola de los actos exteriorizativos del indicado propósito**, y muy especialmente:

a) De las circunstancias anteriores al hecho, coetáneas con el mismo o posteriores a él;

b) De las palabras proferidas por el sujeto agente durante el curso comisivo o en las épocas crepusculares del mismo;

c) De la conducta de dicho sujeto y de su personalidad, así como de su carácter pacífico e inofensivo o, por el contrario, agresivo o pendenciero;

d) De la índole y características del arma o instrumento empleado, así como de su eficacia vulnerante o de su normal letalidad;

e) De la región corporal atacada y de su carácter o condición más o menos vital;

f) De la índole, extensión, profundidad y descripción de las heridas causadas y del pronóstico de ellas;

g) Del vigor, saña o fuerza con que se administraron los golpes.

h) Del número y repetición de los golpes, disparos o actos agresivos:

i) De, en general, cualquier dato o pormenor que permita esclarecer el suceso en orden a ilustrar al Tribunal acerca de la verdadera intención que animaga al culpable. (S. 4 junio 1975.)

#### § 11. Artículo 452 bis b): 1.º, **Corrupción de menores.**

El delito de corrupción de menores venía castigado en el artículo 367 del Código penal de 1850, en el núm. 1.º del artículo 440 del Código penal de 1932 y en el artículo 438 del Código de 1944, hasta que la reforma 1961-1963, al unificar, con acierto, los delitos relativos a la prostitución en el Capítulo VII del Título IX del Libro II, donde reunió los atinentes a mayores y los que afectan a menores de veintitrés años, destinó a estos últimos el artículo 452 bis b), en cuyo número primero se alberga o puede albergarse la conducta castigada en esta causa. Se requiere para la concurrencia del citado delito la corrupción de menores, en la modalidad del núm. 1:

a) En cuanto al **sujeto activo**, puede ser hombre o mujer con tal de que sea imputable;

b) El **sujeto pasivo**, ha de ser también hombre o mujer, menor de veintitrés años, dato que debe ser abarcado por el dolo del agente, pero que, generalmente, este Tribunal, salvo casos excepcionales, presume era conocido por el agente;

c) En cuanto a la **acción**, consiste en **promover**, lo que vale tanto como **instigar, inducir, determinar, impulsar, lanzar o iniciar**, en **favorecer**: lo que significa, allanar obstáculos, tutelar, amparar, proteger, propiciar, estimular o fomentar; o en **facilitar**: lo que equivalía a auxiliar, ayudar, brindar oportunidades, hacerlo más asequible, proporcionar medios, local, ocasión o circunstancias favorables, o aunar voluntades, **debiendo dirigirse esas conductas a la prostitución —entrega carnal mediante precio o interés— o corrupción —cualquier clase de tráfico inmoral o de actos concupiscentes u obscenos, aberra-**

**ciones sexuales o vida deshonesta o infamante**— de los citados menores de veintitrés años;

d) **Voluntad delictual**, que se presume “*iuris tantum*” conforme al párrafo 2.º del artículo 1.º del Código penal. (S. 26 mayo 1975.)

#### **Problemática de los sujetos activos y pasivos.**

Ahondando sobre la problemática del **sujeto activo**, es sabido que mientras no se produjo la reforma 1961-1963, al subsistir en los textos anteriores la exigencia de la **habitualidad**, la doctrina unánimemente y la jurisprudencia, en sentencias, entre otras, de 29 de marzo de 1887, 26 de junio de 1889, 17 de febrero de 1917, 29 de octubre de 1926, 3 de febrero de 1928, 17 de mayo de 1929 y 10 de enero de 1951, estimaron que la figura debatida castigaba las **conductas de tercería, intermediación, proxenetismo o celestinaje de quienes, para satisfacer los deseos deshonestos de otros y la concupiscencia ajena, promovían, facilitaban o favorecían la prostitución o corrupción de menores de veintitrés años**, pero que dicha figura no se refería a los que realizaban con dichos menores **actos impúdicos con precio o sin él**; es decir, que se trataba de **conductas tendentes a satisfacer las apetencias sexuales ajenas y no las propias**. Pero, efectuada la aludida reforma 1961-1963 y **suprimida del texto legal la exigencia de la habitualidad**, la doctrina cambió de parecer, relativizando su monolítica posición anterior, entendiendo que **las acciones tanto pueden realizarse en provecho propio como en el de un tercero**, y análoga postura adoptó el T. S. en SS. 1 marzo 1958, 5 marzo y 20 noviembre 1971, 27 marzo, 2 mayo y 21 noviembre 1972, y 5 y 11 octubre 1973 y 18 enero 1974, en las cuales, y en otras varias, admitió: que **los actos de promoción, favorecimiento o facilitación, y especialmente los primeros podían perpetrarse en beneficio y provecho de terceros o en el del mismo corruptor**, es decir, en el de idéntica persona que sostenía relaciones sexuales con el menor.

Esta nueva postura crea dificultades de deslinde y diferenciación con otros delitos contra la honestidad, especialmente con los **abusos deshonestos no violentos o similares al estupro**, penados en el párrafo 4.º del artículo 436 del Código penal, siendo la línea distintiva sinuosa, no rectilínea y sometida a criterios de relatividad, casuismo y arbitrio judicial, que **no conforme con la drástica solución del artículo 68 del Código penal** (principio de la gravedad). Se propugna que, para diferenciar o distinguir ambas figuras, se debe acudir principalmente a la **continuidad** o persistencia de los actos impúdicos realizados con menores y a la **intensidad y trascendencia de los mismos**, pues, si se trata de un **hecho esporádico y fugaz y sin demasiada relevancia o recreo lascivo**, no cabe duda de que no dejará apenas huella, impronta o vestigio, ni de valor ético en el menor o la menor afectados cuya moralidad queda intacta o inviolada; pero si se trata de una **actitud perseverante e insistente y los actos realizados son gravemente inmorales y acompañados de circunstancias especiales**, como el **precio u otras análogas**, el impacto psíquico y físico depravante, vicioso o perverso sobre el menor será considerable y supondrá una iniciación anticipada, precoz y prematura de vida activa sexual que le pondrá, en temprana edad, en camino irreversible de corrupción y envilecimiento, del que difícilmente retrocederá, retornando a su vida moralmente, irreprochable anterior. (S. 26 mayo 1975.)



§ 12. Artículo 457-8, **Injurias.**

Los improprios de “cabrón” lanzados verbalmente contra el querellante y los de “puta” contra su mujer, proferidos reiteradamente y en público en diversas ocasiones, constituyen, no sólo por su gravedad, sino también por su reiteración dolosa que implica una continua, premeditada e intolerable ofensa, un ánimo constante de injuriar, buscando el desprestigio y deshonra de los ofendidos en el medio en que viven, uno o varios delitos de injurias graves, previsto en el artículo 458 del Código penal. (S. 17 mayo 1975.)

**Legitimación para el ejercicio de la acción penal.**

El delito de injurias, como privado que es, necesita efectivamente para su perfección y enjuiciamiento del ejercicio de la acción penal a medio de la indispensable querrela, ejercitada por el ofendido o sus representantes legales, en el caso de que aquél careciere de la necesaria capacidad legal para comparecer en juicio; incapacidad que ha de suplirse en el proceso penal de acuerdo con las mismas normas que rigen en el proceso civil, como reconoce la doctrina procesal más autorizada. Así, con respecto a la mujer casada, cuando ésta no comparezca con licencia marital, la representación de la misma corresponde al marido (art. 60 del Código civil), quien, incluso, puede hallarse legitimado por sí mismo y no solamente como representante de ella, en aquellos casos en los que la injuria proferida contra su mujer implica deshonra, descrédito o menosprecio para su persona o en cuanto con ello se le atribuye un vicio o falta de moralidad que le convierte en sujeto pasivo; correspondiéndole también ejercitar la acción penal en supuestos de injuria contra sus hijos menores de edad (art. 155 del Código civil). Por lo que en el caso enjuiciado hay que estimar la capacidad procesal del querellante para ejercitar la acción penal no sólo por las injurias a él dirigidas, sino por las inferidas a su mujer, aunque no se mencione expresamente en la querrela que ostenta la representación de ésta; sin que pueda serle atribuida sin embargo la de sus citadas hijas, también injuriadas, al no constar acreditado en autos que éstas fueran menores de edad, pero sin que ello implique de manera alguna la falta del requisito de procedibilidad más que en lo que se refiere a las injurias proferidas contra estos últimos, por las que no puede ser castigado, pero no a las vertidas contra el matrimonio, por lo que debe desestimarse el segundo de los motivos formulados. (S. 17 mayo 1975.)

§ 13. Artículo 487, **Abandono de familia.**

“Siendo el poder paterno, la tutela y la autoridad marital —conforme a la concepción moderna— funciones y no potestades, es claro que los derechos que les caracterizan van acompañados o correspondidos por correlativos deberes, establecidos, para el matrimonio, en los artículos 56, 57 y 58 del Código civil, para los padres, en el núm. 1.º del artículo 55 y para los tutores, en los artículos 264 y concordantes del mismo cuerpo legal; pero teniendo estos deberes más carácter ético o moral que naturaleza propiamente jurídica, el incumplimiento de los mismos, o carecía de sanción o, teniéndola, en la mayoría de las ocasiones, devenía insuficiente o inútil, pues en el terreno del

afecto y de los lazos familiares o se cumplen, complaciente y gustosamente, las obligaciones de esa índole y entonces la institución llega a cometido a la perfección, o no se cumplen en absoluto o sólo a regañadientes o coactivamente, en cuyos supuestos **el Derecho se revela insuficiente, cuando no ineficaz o impotente**, para lograr por la fuerza lo que no se otorga de grado, y el resultado suele ser un remedo o caricatura mezquinos y entecos del ideal ejemplarmente querido sin fruto perceptible ni utilidad práctica. Pero no pudiendo, de todos modos y sea cual sea su eficacia, permanecer el Derecho inactivo o inoperante frente a la flagrante vulneración de los deberes familiares causante de la desintegración y fallo de la institución familiar con todos los males consecutivos e inherentes y su repercusión en la sociedad y en el Estado, de los cuales es la familia célula primaria y piedra angular, ya la **Ley de 12 marzo de 1942** criminalizó las conductas de abandono de familia, castigando las transgresiones más patentes de los deberes familiares y, por tanto la abdicación, renuncia, abstención o dejación de las obligaciones que imponen el matrimonio, la paternidad y la tutela, incorporándose la figura al texto refundido del Código penal de 1944, el cual le dedicó el artículo 487, perfilándose definitivamente la referida figura delictiva mediante la reforma 1961-1963, la que agregó un párrafo al artículo 487, le atribuyó la condición y naturaleza de **delito semipúblico** exigiendo el requisito de procedibilidad o de perseguibilidad de la **previa denuncia del agraviado o del Ministerio Fiscal**, en su caso, y estableciendo la extinción de la responsabilidad criminal por **perdón expreso o presunto**.

Dicho delito exige para su constatación la concurrencia de los siguientes requisitos:

- a) **La previa existencia del matrimonio, filiación o constitución del organismo tutelar que generen los correspondientes deberes inherentes a la posición familiar de que se trate;**
- b) **Que cualquiera de los cónyuges, el padre, la madre o el tutor [es dudosa la posibilidad de extender el precepto al preceptor y a los integrantes del consejo de familia], dejen de cumplir los deberes legales de asistencia correspondientes y propios del matrimonio, de la patria potestad o de la tutela;** siendo destacable que, aunque ciertos sectores doctrinales entienden por deberes de asistencia sólo **los económicos o materiales**, tales como alimentos y entienden recusable lo que reputan interpretación analógica proscrita por el Derecho penal, la jurisprudencia, representada por numerosas SS., entre las cuales figuran las de 4 de junio de 1945, 25 de marzo de 1947, 9 de febrero y 12, 19 y 22 de abril de 1965, ha entendido que el mencionado incumplimiento puede referirse a **cualquier clase de deberes u obligaciones, sean materiales o económicos, o éticos, espirituales o morales, con tal de que estén declarados e impuestos por la Ley;** y que, por tanto, se comete el delito no sólo dejando de alimentar al cónyuge, a los hijos o al pupilo, sino **no teniéndoles en la propia compañía, no intruyéndoles o educándoles en su caso, no cumpliendo el deber de fidelidad incluso**, como sostuvo la sentencia de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1965, y **rompiendo**, en fin, de un modo u otro, **la convivencia e interdependencia familiar;**
- c) **Que el cumplimiento de los deberes asistenciales sea posible para el agente.** Habiendo declarado el Tribunal reiteradamente que se **presume dicha**

**posibilidad** en quien ha contraído matrimonio, procreado hijos o aceptado el cargo de tutor, mientras no conste lo contrario;

d) Que esa dejación, abdicación, renuncia o abstención de los deberes familiares tenga como motor generador, origen o causa [y con mayor motivo si operan conjuntamente], bien la **conducta desordenada**, bien el **abandono malicioso** del domicilio familiar; entendiendo por **aquella**, sucintamente hablando, “**el modo de conducirse que no se ajusta al orden social y moral, tal como se entienden en una sociedad cristiana y civilizada**”, y por éste, la **ruptura permanente de la convivencia familiar por ausencia, fuga o desaparición del hogar**, residencia habitual o sede de la familia, realizada con “**animus derelinquendi**”, es decir, de modo intencional o volitivo que tanto vale como injustificado o sin motivo conocido que pudiera servir de excusa, explicación o paliativo al elemento de la malicia, lo que sirve de apoyo al recurrente para, al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 487 del Código Penal, entender infringido el último precepto citado. Pero el recurso con esos sola base y sustentáculo no puede prosperar no sólo porque la palabra “**maliciosamente**” tiene una naturaleza subjetiva y valorativa poco idónea para figurar en la necesariamente objetiva declaración de hechos probados de una sentencia penal, sino porque dicha narración histórica ya emplea el vocablo “**deliberadamente**”, que evoca la idea de dolo, malicia, intención o propósito persistentes y permanentes de ausentarse del domicilio familiar y de incumplir los deberes matrimoniales y paternos, y porque, según ha declarado el T. S. en SS. 26 septiembre 1960, 27 mayo 1968, 8 octubre 1970, 28 enero y 3 abril 1971, 7 marzo, 18 mayo, 23 abril, 13 y 25 septiembre 1973 y 14 febrero 1974, obra en contra del reo la **presunción de voluntariedad** establecida en el párrafo segundo del artículo 1.º del Código Penal. En consecuencia, **todo abandono permanente y duradero del domicilio familiar se reputará malicioso, a menos que pudiera justificarse y motivarse de modo plausible y convincente** aportando una explicación legitimadora o exonerativa apoyada en **desavenencias o inarmonías familiares, altercados o reyertas constantes, mal trato, presencia de familiares de grado más lejano indeseables o incómodos**, u otras razones diferentes al mero deseo o intención de sustraerse, con la ausencia, al cumplimiento de los deberes legales ya mencionados; sin que, por lo demás, en el caso presente se constate, relate o demuestre, la concurrencia en el caso de ninguna de esas circunstancias justificativas o legitimadoras. (S. 9 mayo 1975).

El delito de abandono de familia puede cometerse ya sea abandonando el domicilio familiar o bien sin necesidad de ausentarse de éste, haciendo dejación de aquellos deberes a causa de la conducta desordenada del culpable. (S. 9 mayo 1975). En idéntico sentido: SS. 5 diciembre 1946, 30 marzo 1950, 6 octubre 1953 y 25 octubre 1960.

#### § 14. Artículo 496, **Coacciones**.

Casa el T. S. la sentencia de la Audiencia, condenatoria por delito de coacciones y castiga por falta de coacción leve (artículo 585:5.º), en base a considerar: que el delito de **coacción del artículo 496** del Código penal **protege la libertad de obrar y de autodeterminarse la persona humana, contra**

la ilícita compulsión, prevalimiento o constreñimiento ajeno, porque se oponen dos voluntades adversas e irreconciliables, en la que triunfa la del agente. Exigiéndose para que exista tal infracción criminal la concurrencia de tres indispensables requisitos:

a) Una acción antijurídica, concretada en el empleo de violencia, por el sujeto activo, de naturaleza material —“vis física”— o intimidatoria con presión moral —“vis compulsiva”— o incluso realizada por la “vis in rebus”, como imposición inmediata sobre las cosas que se refleje en el sujeto pasivo, que es equivalente a la violencia personal y que con la finalidad próxima siempre de que este último no haga lo que quiera, o efectúe lo que no desea, sea justo o injusto.

b) Un resultado consistente en que el compelido tenga que dejar de hacer lo que quiere realizar, o efectuar lo que no quisiera.

c) Una relación de causalidad entre la acción compulsiva ilícita y el resultado generado por la misma.

Requiere como requisito culpabilístico únicamente la presencia del dolo genérico, que es la malicia del agente, empleada para violar la ajena libertad, sin exigir la concurrencia de un dolo específico, no requerido típicamente, y, por consiguiente, tampoco albergar ulteriores tendencias, propósitos o finalidades el ánimo de aquél, que de darse resultan irrelevantes por lo general y a salvo su valoración para determinar la entidad cuantitativa de la infracción o de sus circunstancias modificativas de la responsabilidad.

No es una infracción de mera actividad, sino caracterizada por un resultado material, porque el sujeto-agente impone al sujeto-paciente un hacer o un omitir que no desea, constriñendo su voluntad y libertad que se doblega, por lo que la consumación delictiva se genera, cuando el último se inhiba de hacer lo que quisiera, o no pueda realizar lo que desea, sin necesidad además de que el culpable delincuente consiga la efectividad de las finalidades ulteriores, que con su mal comportamiento pretendiera alcanzar, pues ello supondría un agotamiento de la infracción, que rebasaría la estricta consumación, y que el tipo no toma en cuenta para que ésta se produzca, al no contener normativamente elementos subjetivos del injusto.

La diferencia entre el delito de coacción del artículo 496 y la falta del mismo carácter del artículo 585, número 5.º, del Código penal, no se halla en módulos cualitativos, finalistas, objetivos o subjetivos, ni siquiera en el uso dinámico de la violencia, común a las dos infracciones, sino en la gravedad o levedad de esta vis física o moral. (S. 23 mayo 1975.)

#### § 15. Artículo 500, Robo.

Si bien para que se dé el robo descrito en el artículo 500 del Código penal es menester que la fuerza genérica aludida en dicho precepto se concrete en alguno de los medios comisivos descritos en el artículo 504 del mismo Código para que surja la fuerza típica y cualificadora que, de otra suerte, y aun existiendo vis in re, daría lugar al simple delito de hurto, no es menos cierto que el concepto de fractura —sometido a examen en este recurso— y enunciado como segundo medio de comisión del robo, puede ser aludido de muy diversos modos, tantos como su amplio espectro semántico permite.

y del que vienen a ser núcleo central —del latín *frangere*— las acepciones de **romper, quebrantar, cortar**, en definitiva: **desbaratar las defensas** —puertas, ventanas, cerraduras, cierres— **puestas por el propietario o poseedor para proteger el acceso a las cosas** —muebles o inmuebles— **de que es titular** [S. 13 enero 1975], **careciendo de relevancia penal la contingente existencia o inexistencia de un daño patrimonial como secuencia del uso de la fuerza** [S. 1.º abril 1965], pues ya se comprende que del combinado empleo de fuerza y habilidad sobre aquellos obstáculos defensivos depende la mayor o menor entidad de los daños que se causen o incluso que los mismos sean irrelevantes, siempre que sea la fuerza la que prepondera y dé sentido de tal a la acción emprendida para lograr la apertura de la cosa o el ingreso en la misma. (S. 12 mayo 1975.)

#### § 16. Artículo 501:1.º, **Robo con homicidio.**

El delito de robo con homicidio es un **delito complejo** integrado por la infracción de bienes jurídicos diferentes: **la vida y la propiedad**, realizado **mediante hechos diversos** cada uno de los cuales podría constituir, sin la actividad aglutinadora del legislador, por sí un delito, pero que, pese a su **estructura compleja**, constituye una **figura indivisible**, en la que, como ya se ha dicho, existen dos gérmenes de criminalidad en relación simbiótica, mutua y complementaria. Tiene este delito sus remotos, aunque dudosos y no exactos, precedentes en la “rapina”, el “crimen intersicarios” y el latrocinio romanos, encontrándose manifestaciones del mismo, si bien siempre referidas al robo en caminos y reputándose delito contra las personas en la Ley 18 del título IV, del libro IV del Fuero Real y en la Ley 18 del título XIV de la séptima de las Partidas; mientras que el Código penal de 1822, en su artículo 611, disponía que “los salteadores y ladrones que de cualquier modo maten para robar y hurtar, o después para encubrirlo y salvarse, serán castigados como asesinos”. Se halla una fórmula muy semejante a la del actual número primero del artículo 501 del Código vigente en el número primero del artículo 415 del Código de 1848, que definía al robo con homicidio del siguiente modo, “cuando con motivo u ocasión del robo resultare homicidio”.

Desde ese mismo instante ha surgido una **polémica** que ha permanecido viva a través de las reformas penales posteriores, hasta los tiempos actuales, en torno a si con las palabras “**motivo**” y “**ocasión**” quiso y quiere significar el legislador **conductas idénticas** o, por el contrario, **diversas y diferentes**, es decir, si dichos términos tienen un sentido **homónimo o sinónimo**, equivaliendo a mero adorno del estilo del legislador, o si, a la inversa, lo tienen **heterónimo**, correspondiendo a ideas distintas y desigual valoración, **habiendo prevalecido** y predominado, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, **la segunda interpretación**, la que atribuye a las palabras citadas un sentido distinto, cobijando, en consecuencia, en el precepto, **tanto el robo planeado y concebido con el propósito de matar o, al menos, representándose el agente y aceptando la posibilidad de que se produzca tal desenlace**, como aquel en que **la muerte surge súbita e incidentalmente sin ser siquiera prevista por el ladrón, pudiéndose dar la hipótesis como incidencia surgida en la dinámica conativa de un robo que inicialmente se planeó como un delito contra la**

**propiedad con fuerza en las cosas o con violencia o intimidación en las personas o como incidencia surgida posteriormente a su perpetración, durante la fuga o la persecución, pudiendo recaer tanto en la persona del titular de los objetos aparecidos como en la de sus parientes o criados, en la de terceros que se hallasen casualmente en el lugar del suceso, en la de los integrantes de las fuerzas policiales de cualquier índole, como, finalmente, en la de quienes acudieren en auxilio de las víctimas o en el de la Autoridad o coadyuvaren con esta última en la persecución o intento de captura de los delinquentes.**

Siendo de destacar finalmente:

a) que es esencial que **la idea primaria o primitiva sea el atentado a lo patrimonial**, con lo que, si concebida únicamente la idea de matar, después de la ejecución surge el designio de robar o de hurtar, designio que se lleva a efecto, no es aplicable la figura debatida;

b) que en la realización de homicidio tiene que concurrir una **culpabilidad**, siquiera sea súbita o repentina, pues no cabe hiperbolizar tanto la objetividad de la figura, con lo que quedarían fuera del precepto las muertes fortuitas y posiblemente hasta las culposas;

c) que es indiferente que **la muerte preceda, acompañe o subsiga al robo, con tal de que el propósito inicial fuera el de robar** [SS. 3 junio 1898, 13 noviembre 1899, 17 diciembre 1902, 14 julio 1934, 12 junio 1950, 31 octubre 1952, 10 abril 1955 y 29 octubre 1959], pero es preciso que **no se produzca una disociación entre ambos**, un alejamiento, ruptura o solución de continuidad que distancie de tal modo al homicidio del robo que deje de constituir, por lo menos, un modo de impedir el descubrimiento de éste o de lograr la impunidad, pues en tal caso, ausente el **propósito de cobertura** y la temporalidad próxima y continuada, se rompería en nexo o lazo de unión que justifica la complejidad y el homicidio recobraría su independencia y sustantividad frente al robo que le precedió. (S. 16 junio 1975.)

En el caso de autos, el homicidio no ha surgido **con ocasión del robo** como un episodio no deseado inicialmente y hasta no previsto por el agente, sino **con motivo**, es decir, concibiendo el agente simultáneamente la idea de robar y, como medio de conseguirlo, la de matar al titular de los bienes muebles apetecidos. (S. 16 junio 1975.)

#### § 17. Artículo 516 bis, **Utilización indebida de vehículo de motor ajeno.**

##### **Consentimiento del ofendido.**

El **consentimiento del ofendido** juega de muy distinta manera, como causa de justificación, según se trate de delitos que atacan bienes personales indisponibles como la vida e integridad física (artículos 409 y 428 del Código Penal) en los que **no tiene ningún poderío**, o se trate de delitos patrimoniales, de los que son prototipo el hurto común (artículo 514-1.º) y el hurto de uso (artículo 516 bis), en los cuales **el consentimiento del titular de los bienes elimina la antijuricidad del hecho**; si bien es preciso partir —como es lo normal en la vida y en el Derecho— de la **presunción de la falta de autorización para el ataque al propio patrimonio** [S. 24 marzo 1962], mientras no conste aquel consenso de manera expresa o a través de hechos concluyentes (**facta concludentia**) que lo revelen [SS. 27 febrero 1963 y 17 febrero 1974]; de

manera que es preciso probar tanto el abandono o renuncia de la propiedad —o de alguna de sus facultades, entre ellas la **facultas utendi**— como el **ánimo de abdicar la misma** [SS. 3 febrero 1971, 22 mayo 1974]; del mismo modo que el orden normal de las cosas lleva a presumir el **ánimo de lucro** en todo apoderamiento de cosa ajena, según se refleja en la doctrina de la Sala 2.<sup>a</sup>, asimismo, y en sentido inverso, **quien se apodera de la cosa ajena o dispone de la misma como si fuera el dueño de ella, debe probar que contaba con el consentimiento de aquél, tanto más si todas las circunstancias del caso revelan que ni expresa ni tácitamente se otorgó la licencia necesaria para la disposición o uso de la res aliena.** (S. 11 junio 1975).

#### § 18. Artículo 519, Alzamiento de bienes.

El delito previsto en el artículo 519 del Código Penal gravita, en su descripción típica, sobre la locución finalista en **perjuicio de los acreedores**, lo que confiere a esta infracción punitiva un indubitado carácter de **delito de tendencia** o, mejor aún, de los que en dogmática se conocen como de **resultado cortado**, porque aquel **elemento subjetivo** inserto en el tipo, dotando a la conducta de inequívoca antijuricidad, anticipa el resultado, que ya no es tanto el **efectivo perjuicio a los acreedores como el peligro de causarlo**; de suerte que bien puede calificarse a este delito en examen como de **actividad o de riesgo**, que si bien encuadrado entre los patrimoniales, **no exige la lesión patrimonial que, de producirse, agotaría el delito que ya se había consumado jurídicamente con aquella puesta en peligro que la conducta del deudor representa para la efectividad de los créditos.** Dicho en otros términos, **bastará que se produzca la insolvencia del deudor, buscada con su peculiar acción de alzamiento, para que se perfeccione el delito;** insolvencia que, si puede conducir al **perjuicio** de los acreedores —en cuanto privados de la garantía universal que les concede el artículo 1.911 del Código Civil—, no se identifica ya con el mismo, por más que, de ordinario, una y otro se confundan, dada la conexión causal entre ambas situaciones [SS. 12 junio 1969, 18 febrero 1970, 5 octubre 1970, 8 febrero 1972, por lo que respecta al **elemento subjetivo del delito**, y 17 noviembre 1960, 31 mayo 1961 y 20 mayo 1964, respecto del **elemento objetivo de la insolvencia**, la cual puede ser **real o aparente**, como **tampoco es necesario que sea judicialmente declarada y constatada a tenor de las SS.** 18 mayo 1935, 18 noviembre 1950, 27 marzo 1954, 18 enero 1961, 5 noviembre 1963 y 31 mayo 1975].

#### § 19. Artículos 528 y 529, Estafa.

En una sentencia absolutoria de estafa nuestro Tribunal Supremo declara que:

“Según la doctrina científica y jurisprudencial en torno al **delito de estafa**, se exigen como elementos estructurales: el fundamental del **engaño antecedente** —ínsito en el ámbito de la culpabilidad— que, provocando en el sujeto receptor del mismo un error sobre la situación real, le induce a realizar un **acto dispositivo** sobre el propio patrimonio, consecuencia de lo cual se produce un **perjuicio** patrimonial en el propio sujeto pasivo o en un tercero, con correlativo lucro para el sujeto activo, lo que implica que éste se mueva

—con requisito atinente a la antijuricidad— por **ánimo de lucro**, de cuyo enunciado ya se desprende que es el engaño dirigido sobre la propia víctima de la defraudación o sobre otra persona que comunica su error a la primera, el motor del delito, el antecedente inexcusable del perjuicio con potencia causal para producirlo. Lo cual quiere decir que de este elemento característico del delito de estafa **se elimina**: de una parte, el **dolus subsequens** o sobrevenido y, de otra, la **simple promesa contractual luego incumplida**, bien carente de dolo **in contrahendo**, bien **sin la suficiente eficacia causal** para, por sí sola, determinar a contratar a la otra parte, de suerte que los estipulantes de la convención buscaron en el trato recíprocas y mayores ventajas, ponderando el valor de sus respectivas prestaciones, incluso llegando en la propuesta meta contractual a un cierto engaño que al no ser decisivo, conforme a lo antes dicho, integraría tan sólo un **dolo civil**". (S. 20 mayo 1975).

#### § 20. Artículo 535, **Apropiación indebida.**

El delito de apropiación indebida descrito en el artículo 535, que tradicionalmente ha venido figurando en el ordenamiento jurídico-penal español desde el Código de 1822, como una modalidad de la estafa, **a la que pertenece por su naturaleza genérica**, pero de la que el legislador del texto refundido del Código penal de 1944 lo segregó, configurándolo como delito autónomo e independiente en razón a su propia naturaleza específica, viene a delimitar con perfiles más ostensibles, la línea separatoria existente entre lo ilícito civil y lo antijurídico penal, constituyendo su **dolo peculiar o cualificativo el abuso de confianza en que el culpable incide y del que se prevale para hacer suyas las cosas muebles o efectos que recibe de ajena pertenencia a título de depósito, comisión, administración o cualquier otro, no traslativo de dominio, que consiguientemente obliga a devolver, entregar o destinar lo recibido a un fin preordenado, pero de las que aquél se apropia, distrae o niega haberlas recibido, disponiendo de ellas o reteniéndolas con "animus rem sibi habendi"**, en beneficio propio o ajeno; transformando la simple tenencia o posesión, ciertamente lícita, pero precaria y accidental de los bienes muebles recibidos, en propiedad ilegítima, con correlativo y cierto perjuicio patrimonial del auténtico dueño, cuyo interés y derecho constituye el bien jurídico penalmente protegido por este delito.

El delito de apropiación indebida es, por tanto, **de resultado y enriquecimiento**, cuya **consumación se logra con el simultáneo perjuicio material ajeno**, o sea, acrecentando el patrimonio del sujeto activo en detrimento y a costa del sujeto pasivo. (S. 23 junio 1975.)

#### § 21. Artículo 540-541, **Maquinaciones para alterar el precio de las cosas.**

Castiga nuestro T. S. el cobro de **primas ilegales en concepto de alquileres de viviendas**, por estimar que:

Del tenor literal del artículo 540 del Código penal se desprende que el delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas se integra por los siguientes elementos esenciales:

1.º **Un intento de alterar los precios**, con lo que el Código considera consumado el delito, y como delito denominado de **resultado cortado**, esto es,



que la mera tentativa integra el delito, con independencia de que el sujeto consiga los fines propuestos por su acción.

2.º Tales alteraciones de precios se refieren a los que de modo normal y natural habrían de resultar de la "libre concurrencia" de la oferta y la demanda.

3.º Puede recaer tal intento sobre **productos, mercancías, monedas, títulos o valores, o cualesquiera otras cosas tanto muebles como inmuebles.**

4.º El medio de exteriorizar la intención puede ser variadísimo, tanto **difundiendo noticias falsas o tendenciosas, como amenazas o engaño o cualquiera otra maquinación,** con lo que tales **medios son ilimitados,** la numeración del Código es a **título de ejemplo** y abarca todos aquellos medios físicos, morales o engañosos y de presión mediante creación de ambientes enrarecidos por noticias insidiosas y ardidés que conduzcan adecuadamente al intento de alterar los precios, que es la esencia del delito.

5.º Todos los **objetos, mercancías y bienes han de ser objeto de contratación, estar dentro del comercio de los hombres, y tal intento tiene su correspondiente reflejo en el contrato,** a virtud del cual aquéllos se trafican o son objeto de la relación jurídica.

6.º El artículo 541 **agrava las penas,** cuando las conductas del artículo anterior recaen en **objetos de primera necesidad,** entre los que cita de manera expresa las **viviendas,** por más que aquí haya **precios políticos.**

A este respecto, la doctrina de esta Sala ha establecido que los mismos preceptos amparan la **ley natural de la oferta y de la demanda,** determinante del libre cambio económico; destacando en el delito; **un elemento subjetivo o ideal,** que es esparcir falsos rumores, noticias o cualquier otro artificio, actuación falaz y engañosa, con la finalidad de realizar **el elemento objetivo,** que es intentar alterar los precios naturales de los productos, mercancías o bienes mediante la aceptación contractual del sujeto pasivo que determina el abono de un precio indebido superior al de la libre concurrencia. En tal sentido, puede hablarse de una especie de **estafa contractual** que, al desbordar los límites privados, altera los precios, con proyección, pues, netamente social. De otra parte, también se ha recogido expresamente en tal figura delictiva las **primas obtenidas por arriendos de viviendas a que se refería la Ley de 27 de abril de 1946, en cuanto implica una superposición a los alquileres que alteran la libertad contractual,** que supone, **no un precio abusivo en aquéllos, sino un añadido al alquiler,** debiendo entenderse por tales **toda cantidad de dinero o de otra clase de bienes recibida por el arrendador, con independencia y al margen de la renta legal contractual propia del alquiler de viviendas.** (SS. 11 junio 1970, 7 mayo 1971 y 14 mayo 1975.)

#### § 22. Artículo 546 bis a) **Encubrimiento autónomo.**

Para este peculiar injusto penal se ha requerido en su construcción legislativa: de una parte, **el conocimiento de una adquisición delictual y patrimonial;** y de otra, **el propósito por el injusto adquirente de lucrarse de los efectos depredados.** Ahora bien, racional y lógicamente, este conocimiento no exige y requiere que el torticero comprador sepa y le conste con absoluta precisión de las características del delito origen de la ilícita adquisición de la que obtiene

para su personal lucro y beneficio. En este sentido, son reiterativas las decisiones jurisprudenciales de la Sala 2.<sup>a</sup> que, en glosa e interpretación judicial del precepto base de la condena impugnada, han declarado:

a) Es doctrina reiterada que **bastaba con el conocimiento de la existencia de un delito, aunque no se conociera su figura**, habida cuenta de la finalidad que inspiró la Ley de 9 de mayo de 1950, tendente a extinguir, o cuando menos a menguar esta plaga social dificultando la salida, en los delitos contra la propiedad de los efectos sustraídos. (S. 4 abril 1962.)

b) **Basta conocer su ilícita procedencia.** (S. 27 septiembre 1963.)

c) Basta que **el comprador o adquirente sepan que la cosa es de origen ilícito.** (S. 18 junio 1963.)

d) Tiene como **dolo específico** conocer la ilícita procedencia y aprovecharse. (S. 7 marzo 1964.)

e) No es preciso que el conocimiento del previo delito sea perfecto, de modo que haga ilusoria la aplicación de la Ley, bastando el conocimiento de una actividad dolosa contra la propiedad. (S. 26 abril 1965.)

f) La "praxis viene expresando tal exigencia subjetiva al acuñar expresiones del "conocimiento de la procedencia delictiva ajena" o simplemente ilícita de los efectos receptados. (S. 27 abril 1972.)

g) Es suficiente que el encubridor lucrativo posea un estado anímico de certeza de la realidad anterior de un delito patrimonial (S. 9 febrero 1973.)

h) Se refiere a conocer que su origen inmediato fue un quehacer delictual. (SS. 3 mayo 1973 y 27 mayo 1975.)

## REVISTA DE LIBROS

GARCÍA VALDÉS: *No a la pena de muerte*. Divulgación universitaria, serie: temas jurídicos, número setenta y siete de la colección. Prólogo de Gimbernat Ordeig. Edicusa, Madrid. 1975, 321 págs.

Dentro del elenco de sanciones punitivas: la de muerte, en los países en que pervive, brinda de continuo la posibilidad de esgrimir argumentos no siempre racionales ni novedosos en contra de este supremo y secular castigo que, a modo de Guadiana penal, aparece y desaparece de algunas legislaciones. sin que en manera alguna haya sido erradicado del corazón de todos los hombres. En un mundo en el que “el mantenimiento del oficio de matar —como dijera Rodríguez Devesa— es un fenómeno más amplio que el de la profesión de verdugo”, resultaría paradójico e incluso hipócrita, según los casos, rechazar la pena de muerte sin abominar de cualquier otro procedimiento que aboque a los mismos resultados. No es éste el caso del presente libro, que se inscribe en una línea de radical “oposición a toda violencia, estatal o privada” (pág. 9).

La temática no era ajena a las preocupaciones del monografista, que ya anteriormente se había ocupado de ella en otras publicaciones. Concretamente, en el *Suplemento* número 36 de “Cuadernos para el Diálogo”, aparecido en 1973; y del que esta obra, como advierte en el prólogo el profesor Gimbernat, “supone una reelaboración considerablemente ampliada y enriquecida”. Su finalidad es revitalizar el pensamiento de Tolstoi, cuando comprendió “no con la razón, sino con todo su ser, que ninguna teoría podía justificar tal acto”, pero sin renunciar a toda la “apasionada lucidez” de que es capaz ni olvidar que lo importante, como le indicara el profesor Muñoz Conde —al que dedica un recuerdo—, es adoptar “una postura abolicionista lógica e irrenunciable” (págs. 9 y 11). Consecuente con ello, pretende demostrar “la injusticia, inutilidad penal, inintimidación e ineficacia preventiva” de este castigo, adoptando, al efecto, básicamente, la vía de recopilar “cuantas opiniones coinciden en desterrar del Derecho punitivo” la pena de muerte (págs. 10 y 11).

Tras esta introducción que perfila su pensamiento de fondo y su actitud metódica, pasa a ocuparse de la evolución histórica de este castigo, así como de la supervivencia y abandono de ciertas prácticas consuetudinarias relacionadas con la ejecución del mismo, constatando “que se obstina en permanecer en el Derecho penal mundial” (pág. 32). Al estudio de esta problemática dedica el capítulo II (“Derecho comparado”), en el que ofrece una relación alfabetizada y puesta al día —lo que explicaría la discrepancia con la información que suministran otras publicaciones e incluso con la que él proporciona en el *Suplemento*— de aquellos países y territorios que repudian o acogen esta sanción. Mas no dice si son absolutamente abolicionistas o admiten excepciones. Los delitos que acarrear pena de muerte y su forma

de ejecución son también objeto de este capítulo, que concluye de nuevo con la aseveración de que “el antiabolicionismo gana la partida, en cuanto al número de países que mantienen la pena de muerte en sus textos legislativos”; si bien en las naciones de mayor adelanto penológico y político-criminal sea “un mero recuerdo, aciago, desde luego, del pasado” (págs. 51 y 52).

Entre las varias cuestiones del capítulo III (“La pena de muerte en España”) cabe destacar la relativa a su supresión en el Código penal de 1932 y la del número de delitos castigados actualmente con esta pena —agrupados en función del bien jurídico protegido, por ejemplo, de naturaleza político-religiosa en el delito de genocidio—, tanto en el Código penal como en el Código de Justicia Militar (procedimiento ejecutivo y últimas condenas y ejecuciones efectuadas conforme a éste). Pero acaso la más sobresaliente, desde una perspectiva estrictamente jurídica, sea la atañedora o si es o no legalmente ejecutable en España la pena de muerte impuesta conforme al Derecho penal común. Menciona a este respecto la tesis de Alamillo, Del Toro, Fiscalía del Tribunal Supremo y Ferrer Sama a favor de la existencia de una laguna legal, así como la contraria del profesor Agregado de Santiago, Landrove Díez (coincidente con la sostenida por Bueno Arús en *REP*, 1972, pág. 262), que juzga “importante, trabajada y, desde luego, inteligente y aguda”, pero no comparte al asumir los argumentos habituales y añadir otro de nuevo cuño en pro de la primera (págs. 85 y 86). Sin embargo omítese —tal vez porque se estime innecesaria— toda referencia expresa a la costumbre, pese a ocupar un lugar inequívoco, aunque secundario, en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico español: la costumbre regirá, en ausencia de ley aplicable, cuando no sea contraria a la moral o al orden público y resulte probada. Su incidencia en la esfera penal es obvia, desde el momento en que se previene que las disposiciones del Código civil “se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes” y no se hace excepción a favor de las penales (vid. tit. prel., arts. 1.º, 3.º y 4.º, 3, después de la modificación llevada a cabo por Decreto 1.836/1974, de 31 de mayo). Parece, pues, que —si se admite la tesis de la laguna legal— sería obligado plantearse, al menos, el juego específico que en este caso pudiera desempeñar la costumbre. Sólo un examen dogmático, no meramente teórico y apriorístico, permitiría determinar aquél, sin prejuzgar, en absoluto, la solución que haya de dársele al problema de fondo.

La primera parte del capítulo IV reduce esencialmente a espigar de aquí y de allá, sin limitarse a ningún sector, los nombres más señeros de entre quienes “han sido y son anti o abolicionistas” (págs. 104 y 105); aunque, en puridad, sea en la segunda donde recoja las posturas de los contemporáneos, o como él mismo dice: “las más recientes opiniones mundiales sobre el tema” (pág. 113). Finaliza con un esquema de los argumentos a favor y en contra de la pena de muerte. En la segunda parte, concretándose ya casi exclusivamente al campo de lo jurídico, examina somera y fragmentariamente —no podía ser de otro modo— la doctrina alemana e italiana, la de lengua portuguesa, la norteamericana, la de lengua francesa, la doctrina latinoamericana, la de los países socialistas y finalmente la doctrina turca y árabe. La del Reino Unido no se menciona. El monografista resalta el acierto de las Naciones Unidas al haber proclamado el sentir mayoritariamente

abolicionista de los doctrinarios, así como el contraste entre la teoría y la práctica de los países socialistas —que él contempla— y la peculiaridad del aplazamiento que, con fines de reforma, experimenta su ejecución en la China de Mao. La persistencia de esta sanción en algunos países socialistas —todos o casi todos los de estirpe revolucionaria— trae a nuestra mente, entre otras cuestiones, las palabras de Rodríguez Devesa de que no ha habido “ningún movimiento revolucionario que se haya privado de ella aunque contase con idealistas que propugnaran su abolición”. No obstante, creemos que las nuevas vías hacia el socialismo no han de corroborar forzosamente este aserto. El capítulo V conságrase al estudio de las estadísticas, encuestas, recomendaciones y declaraciones que, a juicio del autor, coinciden en su “inmensa mayoría” en afirmar “la genérica repulsa que el castigo capital despierta hoy en el mundo civilizado” (pág. 151), aun cuando haya de admitir con desencanto que “la teoría no coincide, una vez más, con la práctica” (página 198). Al socaire de la lectura de estas páginas se nos ocurre pensar si el legislador debe o no estar vinculado por la decisión de unos ciudadanos que optaran mayoritaria y democráticamente por la pena de muerte. La respuesta a esta hipótesis poco probable pero no baladí —que exigiría una mayor precisión, imposible de hacer en este momento— implicaría, entre otros extremos, la opción por la alternativa del carácter programático o no del Derecho; que no siempre ha reconocido las normas de cultura existentes, sino que muchas veces las combate y marca pautas de actuación que con el tiempo se estiman más adecuadas. Como sustitutivo de la pena de muerte parece preconizar una pena privativa de libertad, cuyo límite máximo sitúa “muy debajo” de los diez años (pág. 165, nota 301).

“La doctrinal penal española ante la pena de muerte” es objeto del capítulo VI, páginas 203 a 229. A lo largo de las mismas van desfilando aquellos —no indefectiblemente penalistas ni españoles— que se han ocupado del tema y que habrían de incluirse según él, aunque no siempre resulte así, en una de estas dos posturas: la absoluta, anti o abolicionista, y la relativa, «ambigua y 'practicista'»; la abstencionista “no es postura, sino posición de compromiso” (pág. 209). Antiabolicionistas serían, entre otros, Cuello y Quintano, y relativistas Rodríguez Devesa y Cerezo Mir—si bien respecto a este último no extraiga esta consecuencia, que estimamos acorde con sus premisas, y lo considere claramente abolicionista— (págs. 214 y sigs.). Córdoba Roda, Rodríguez Mourullo, Del Toro y Casabó —autores de unos importantes y renombrados *Comentarios al Código penal*, dos tomos, Ariel, Barcelona, 1972, aunque sólo Casabó (lo mismo que Del Toro respecto de la supuesta laguna legal) sea quien ha redactado el comentario que da pie a este juicio—, al igual que Vecilla y Landecho, serían abolicionistas. Mayor atención le merecen las opiniones netamente contrarias a la pena de muerte de Del Rosal, Barbero Santos, que “pulveriza bajo su inteligente pluma uno tras otro los argumentos antiabolicionistas referentes a la intimidación del castigo y el clásico tomista” (pág. 218), y, desde luego, la de Gimbernat —a quien dedica emotivas palabras de afecto y reconocimiento—, que publicó en el semanario *Triunfo*, año XXV, número 451, extra, 23 de enero de 1971, páginas 32 a 34, un enjundioso artículo *Contra la pena de muerte*. A la doctrina española en el exilio le dedica un epígrafe “más corto que sus

merecimientos". Es decididamente abolicionista y de entre todos ellos "destaca ahora la recia figura humana, intelectual y científica del actual catedrático de Valparaíso, Manuel de Rivacoba y Rivacoba" (págs. 224 y 226).

En los capítulos VII y VIII abórdanse cuestiones heterogéneas atinentes a la postura de quienes sin ser penalistas —cosa que ya ocurría en el capítulo VI— se han pronunciado en España sobre la pena de muerte; a la filosofía actual de esta sanción, a su retroceso progresivo, a la posición de la fiscalía y de la abogacía, etc. El libro finaliza con una relación de los argumentos que abonan su diáfano pensar abolicionista y un "adiós a la pena de muerte".

Al cabo de ciento doce años, las palabras de un experto, Sanson, que confiesa haber derribado ciento once cabezas humanas y no se considerará más culpable que los jurados, el tribunal o el soberano que desecha el indulto, siguen sin confirmarse. Su profecía: "la pena de muerte está condenada a desaparecer de nuestros códigos en un tiempo no lejano", no se ha cumplido en términos absolutos [cfr. *Los misterios del cadalso. Memorias de siete generaciones de verdugos*, por H. Sanson, antiguo ejecutor de la Justicia de París (1688-1847), traducción española por don Juan Sala, Manini hermanos, Madrid, 1863, páginas 861 a 863]. Ni se ha desterrado de todos los códigos ni, lo que es más grave, siempre que ha ocurrido ha significado que los detentadores del poder se hayan privado de ella como instrumento de gobierno. Sólo un formalismo a ultranza, cegato para todo lo que no sea jurídico —aunque éste siga siendo el campo de trabajo del jurista—, podría pretender negar esta evidencia. Sucedería entonces algo parecido a lo de aquel profesor de Derecho, de quien cuenta Pío Baroja que hacia 1931 —deduzco yo— escribió un artículo acerca de la vida de Rusia. "El profesor, confrontando estadísticas, encontraba que desde la revolución acá se habían fusilado oficialmente en Rusia todos los años de seis mil a siete mil personas; pero no se había reconocido en el Código ruso la pena de muerte. Pío, ironiza: "La pena de muerte no era jurídica. Estábamos salvados".

El libro de García Valdés constituye una aportación estimable, oportuna y meritoria que contribuirá a avivar el interés creciente por un tema que nos afecta a todos. ¡Ojalá! que su vaticinio sobre la pronta desaparición de este castigo —no meramente nominal, sin subrogados fácticos de mayor alcance y peor control— no se haga esperar. Si así fuere, podría dedicarse plenamente al tema de la sanción privativa de libertad que, junto con el aquí tratado, llena su "vida de hombre dedicado al Derecho penal" (página 9). Estamos seguros de que cosechará los mismos éxitos que, por mérito propio, obtiene hoy con esta obra.

MANUEL GURDIEL SIERRA

LÓPEZ RIOCEREZO, J. M.: *Criminales de la paz. Lucha contra el aborto*. Ediciones Bailén, Madrid, 1974.

Sin olvidarse la legislación penal sobre el aborto, tiene notable interés el contenido sociológico sobre este tema, donde se recoge una amplia panorámica internacional. Especial interés merece la posición de la Iglesia, que

desde diversos frentes se pronuncia de forma tajante contra el aborto. También se recoge la opinión de los médicos, en donde hay una tendencia general a la repulsa, siendo reducido el número de los que son partidarios del aborto.

Dentro de una población mundial, donde casi el 60 por 100 de ella puede optar por el aborto legal, la Organización Mundial de la Salud estimó en unos treinta millones el número de abortos cometidos durante el año 1965; a quince millones se eleva la cifra de los cometidos en Japón en la década de los años sesenta; durante el primer año de liberalización del aborto en Nueva York, el número de ellos se elevó a casi 200.000; en 1972, en Inglaterra, se produjeron unos 150.000; en Checoslovaquia, en 1969, la cifra se elevó a 102.797; en Estados Unidos, durante el año 1972, se calcula que el número de abortos fue de 1.340.000, entre legales e ilegales; en Brasil se calcula en unos mil abortos diarios, mientras que en Italia se aproxima al millón y medio al año.

El riesgo para la madre es mayor en los abortos ilegales provocados por inexpertos. Una estadística danesa estima que la mortalidad se eleva a un 4 por 100.000; en Italia suelen morir 1.500 mujeres al año, mientras que el año 1966 murieron unos 3.600 mujeres francesas.

En relación con las edades de las abortantes cabe señalar: En Nueva York, el primer año de la liberación del aborto, el 57 por 100 eran mujeres solteras, mientras que el 7 por 10 tenían entre doce y catorce años; en el año 1971, de los 131.345 abortos autorizados en Inglaterra, 2.000 correspondían a chicas menores de dieciséis años; de los 262.807 abortos producidos en Nueva York en 1971, 165.466 de las mujeres tenían entre veintiuño y veinticinco años, mientras que 72.400 eran menores de veinte; de los abortos efectuados en el departamento ginecológico danés de Glostrup, la tercera parte de las mujeres eran mayores de treinta y cinco años.

En relación con España se indica que la cifra de abortos puede ser de mil diarios. Parece que algunas españolas van a Inglaterra para abortar, fijándose en 190 las que lo hicieron en el año 1971. Se estima en doscientos la cifra diaria de abortos en Madrid, mientras que unas 800.000 españolas toman con asiduidad anticonceptivos. De los 20.586 abortos tratados en la clínica madrileña de la Paz, solamente un 8 ó 10 por 100 parecen ser naturales, de lo que se deduce que más de 18.000 han sido provocados. Otras estimaciones consideran que el número de abortos en España oscila entre 70.000 y 114.000. Sin embargo, cabe destacar la gran importancia de la "criminalidad oculta" de este delito, ya que el número de condenados en el año 1969 por aborto solamente fue de sesenta.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

MALINOWSKI, B.: *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*. Versión española de J. y M. T. Alier. Ediciones Ariel, Barcelona, 1973.

La obra se basa en las experiencias de su autor realizadas en el archipiélago Trobriand, situado al noroeste de Nueva Guinea. La primera edición de

la obra data de 1926. Dividida en dos partes, la primera está dedicada al "Derecho primitivo y el orden", donde se tratan especialmente las relaciones de tipo civil como son las obligaciones, matrimonio, reglas consuetudinarias, etc. Se destaca la importancia de la costumbre y su general observación, lo que no quiere decir que no se viole en ocasiones. La vida, propiedad y el honor tienen un castigo público por parte de la tribu. En el campo de los derechos y obligaciones del Derecho civil, las transgresiones no dan lugar a sanción religiosa, miedo o superstición, así como castigo tribal a los infractores o censura pública, que tanto valor tiene en estas comunidades. El fundamento del Derecho civil en estas tribus hay que buscarlo en una mutua relación de buena voluntad, en la tradición y en el ritual que acompaña a la mayoría de las obligaciones legales.

La segunda parte de la obra se ocupa del "crimen primitivo y su castigo". Se divide en cuatro capítulos, y en el primero de ellos se hace referencia a que las reglas de Derecho no están dictadas única y exclusivamente en nombre de Dios, ni se trata de una realidad del grupo, sino que existen una serie de derechos y deberes individuales. La ley funciona con mucha imperfección. El aspecto sexual se basa en la exogamia, siendo grave su violación. El incesto, que viene dado por la relación sexual entre parientes del mismo clan, es una de las prohibiciones más rígidas de la ley primitiva. Sin embargo, la severidad depende del grado de parentesco, siendo gravísimo cuando la relación se da entre hermanos, pero teniendo menor importancia a medida que el parentesco es menor. En general hay una tolerancia al incesto, siempre que se haga con cierta discreción y no trascienda públicamente. Si esto ocurre, y se produce el escándalo, la opinión pública se vuelve contra la pareja culpable, siendo uno de ellos, o los dos, inducidos al suicidio. De esta forma, la ley tribal violada queda restablecida. El clan de la víctima tiene el deber de vengarle contra el rival que provocó la situación.

El capítulo segundo se ocupa de la hechicería y el suicidio como influencias legales. Se describe al hechicero como un hombre de inteligencia y personalidad destacada, y aunque se considera que son los principales agentes criminales en esta zona de Melanesia y en otras partes —a veces al servicio de los poderosos—, generalmente están de parte de la justicia obligando a cumplir las reglas de la tribu. Se establece la forma de hacer justicia a través del hechicero, así como las pruebas de indicios sobre cadáveres para determinar por qué se les dio muerte. La hechicería es la fuerza conservadora que mantiene las costumbres de las tribus, oponiéndose a toda evolución. Considera el autor que lo penal en las comunidades salvajes resulta muy confuso, no teniendo parangón con el sistema de los pueblos civilizados.

El suicidio se lleva a cabo lanzándose desde lo alto de una palmera o mediante veneno. El motivo principal es para escapar de situaciones que no tienen salida, como puede ser el adulterio, incesto, etc., y generalmente es necesario que vayan unidos a la publicidad. Aunque no es una forma de hacer justicia, sirve, como la hechicería, para que los nativos observen la ley y no se extralimiten.

Trata el capítulo tercero de los sistemas jurídicos en conflicto. Se dedica especial atención al sistema matriarcal, donde el hijo está relacionado por entero con la madre, y la familia de ésta, sin que la postura del varón en el matrimonio cambie la situación, pese a la autoridad marital y potestad sobre



la madre e hijos en determinados aspectos. El nativo considera como algo natural el origen de los hijos, ignorando la realidad fisiológica de la paternidad. Los chicos, al llegar la pubertad, han de trasladarse a la comunidad de la madre y quedar bajo la tutela del tío, mientras que las hijas se mantienen bajo la potestad de los padres hasta el matrimonio. El padre pierde al hijo y recibe a los sobrinos, hijos de su hermana. Todo está en contraposición: el padre no quiere perder al hijo; éste tampoco quiere ir con el tío, y el sobrino prefería quedar con su padre. Pese a todo, los padres tienen preferencia por los hijos, frente a los sobrinos, por lo que a toda costa intenta retenerles, cosa que puede hacerse en determinados casos. Sin embargo, al intentar favorecerle frente al sobrino, que es el auténtico heredero, se plantean conflictos. Estas violaciones, que son frecuentes, son toleradas hasta que hay una protesta pública.

Del último capítulo cabe destacar que tradicionalmente la muerte dada al hermano debía terminar con el suicidio del homicida. El robo de objetos de valor prácticamente no se da, ya que todos se encuentran marcados. El hurto de comida se considera uno de los hechos más despreciables, pues constituye un acto deshonesto el no tener comida; el tener que llegar a la sustracción se considera como una de las mayores humillaciones. El robo suele realizarse solamente por menores, parias sociales o débiles mentales. El castigo consiste en la vergüenza pública del culpable. El asesinato es muy raro, citándose algunos casos de adulterio "in fraganti". Cuando un hombre resulta muerto por miembros de otro clan, existe el deber del talión por parte de los suyos, aunque cabe la sustitución por el "pago de sangre".

Como conclusión, cabe señalar: Que el delito es muy impreciso, no pudiendo darse una definición de lo que debe entenderse como tal en ese sistema tribal. Los principios consuetudinarios se violan con cierta frecuencia. Los principios que determinan el castigo de los delitos son muy difusos. No hay una verdadera administración de justicia. En el delito tiene mucha importancia la trascendencia pública. Las prohibiciones más severas tienen sus propios sistemas para ser burladas. Se busca con esos sistemas poco definidos de administrar justicia, que se hace de forma rápida, terminar con situaciones anómalas, ilegales o intolerables, para volver a la normalidad de las tribus.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

MATTES, H.: *La prisión preventiva en España* (Traducción y notas de M. Guriel Sierra. Prólogo de J. M.<sup>a</sup> Rodríguez Devesa). Madrid, 1975, 141 págs.

Me complace sobremedida dar noticia del contenido de esta excelente monografía porque me permite rendir homenaje póstumo a este querido penalista alemán, Heinz Mattes, "amigo de cuantos cultivamos el Derecho penal en España", como acertadamente apunta Rodríguez Devesa en el prólogo. Me sumo de este modo a todos aquellos que, como Barbero Santos y Rodríguez Devesa, han manifestado el dolor que les produjo su desaparición.

Mattes ha estudiado el tema de la prisión preventiva en España con la honestidad científica que siempre le caracterizó. Armado de una bibliografía:

exhaustiva y conociendo a fondo nuestra jurisprudencia y legislación, no elude esfuerzo ni soslaya tema alguno por difícil que se presente. Esta monografía constituye un estudio completo de la prisión preventiva partiendo de la constatación de los fines que caracterizan la institución (aseguramiento de la persona del presunto culpable para llevar a cabo el proceso y ejecutar, en su caso, la pena; el aseguramiento de la comunidad frente al propio inculpado y el aseguramiento de la investigación procedimental) y pasando por sus presupuestos, formas, duración, recursos, etc. Con la misma profusión expone la regulación de la libertad provisional como situación intermedia entre la prisión preventiva y el normal estado de libertad ciudadana del no inculpado, para llegar a su confrontación con instituciones afines como la detención provisional, el internamiento provisional en el expediente de peligrosidad, la prisión (internamiento) provisional de los inimputables y las medidas cautelares privativas de libertad en el Derecho administrativo sancionador. Es quizá en estos apartados donde se enfrenta con situaciones especiales, cuando demuestra más evidentemente sus condiciones de investigador honesto estudiando a fondo nuestra profusa y contradictoria normativa, y su fino talante de jurista al incidir rápidamente sobre la cuestión fundamental y tomar serena postura sobre ella.

Los capítulos finales son prueba de la preocupación de Mattes, de todos conocida, por la obra acabada y completa. No olvida el estudio del artículo 33 del Código penal, ni las implicaciones constitucionales del tema, ni la cuestión de las posibles indemnizaciones por la prisión preventiva de un inocente, etc., para acabar meditando sobre las innovaciones que pudiera representar el "Anteproyecto de bases para un Código procesal penal" de 1967. La monografía se cierra con un amplio apéndice sobre detención y prisión preventiva en el Derecho penal militar.

La traducción de Gurdíel Sierra ha sido calificada por Rodríguez Devesa, en el prólogo, de honesta. Quiero añadir además que está hecha en un castellano correcto de muy agradable lectura, denotando que no ha habido ninguna precipitación en tal labor. Gurdíel demuestra conocer a fondo el tema de la obra traducida, con lo que hace aún más fidedigna su versión al castellano del trabajo. Ha intercalado notas en el texto, a pie de páginas o como apéndice (siempre entre corchetes para su mejor identificación), no para enmendar la plana al autor o por afán de lucimiento, sino por afán de servicio al lector, aclarando alguna duda, informando en ocasiones de las novedades legislativas y haciendo elenco bibliográfico muy completo de los temas que van surgiendo. Finaliza su labor con un amplio apéndice sobre las medidas cautelares de carácter personal sobre menores de edad y mujeres, llamando la atención del lector sobre algunos supuestos sorprendentes: el Código civil, que prácticamente faculta al padre o tutor a imponer un mes de detención a sus hijos o pupilos, o el Decreto de 6 de noviembre de 1941, que prevé el internamiento de hasta dos años a las mujeres que infrinjan reiteradamente las reglas de policía relacionadas con el ejercicio de la prostitución. Respecto al primer supuesto, advierte que "la imposición *inaudita* parte de hasta un mes de detención por hechos no tipificados (por ejemplo, ser díscolo) y sin un proceso, contraviene los principios mínimos de cualquier Estado de Derecho y las Declaraciones de los Derechos Humanos. Este vestigio de raigambre romana, que otorga a los padres o tutores más

de lo que el propio Estado se permite... debería de desaparecer". Y en relación a ambos casos destaca su abierta contradicción con el artículo 18 del Fuero de los Españoles.

MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ

PATALANO, VICENZO: *L'associazione per delinquere*. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene. Napoli, 1971, 287 págs.

"L'associazione per delinquere" es un tema clásico y polémico, pero siempre actual, en la literatura italiana. Esta monografía —sin duda la más completa y reciente— es un estudio dogmático del artículo 416 del Código Penale, y consta de seis capítulos en los que el autor trata los siguientes temas: directrices de la doctrina y jurisprudencia sobre el concepto de asociación para delinquir (capítulo I), pluralidad de sujetos activos en la estructura del tipo (capítulo II), interpretación del artículo 416 a la luz del bien jurídico protegido (capítulo III), el objeto de la tutela (capítulo IV), dolo y comportamiento típico inculpativo (capítulo V) y asociación para delinquir y delito continuado (capítulo VI).

La obra va precedida de una breve reseña histórica sobre los antecedentes legislativos inmediatos del artículo 416, cuyo soporte fáctico viene constituido por las "bandas" de malhechores y asociaciones "mafiosas". Su primer capítulo ofrece al jurista extranjero una útil visión panorámica sobre el "estado de la cuestión" en la doctrina italiana y en la jurisprudencia, apartándose ya el autor de una tesis tradicional y dominante en aquéllas: la idea de que el artículo 416 entraña una excepción al principio de la no punibilidad del mero "accordo" criminal, consagrado en el artículo 115 del C. P., esto es, que con la asociación para delinquir no se hace sino elevar a delito actos puramente preparatorios.

También, para Palatano, la asociación para delinquir es un "reato plurisoggettivo" o "a concorso necessario" (pág. 55), pero, a su juicio, en el número mínimo de miembros que exige el artículo 416 para que se repute existente una asociación, computa también los "inimputables" (pág. 69).

Al interpretar los diversos elementos del tipo, pone el acento en el concepto de "organización", como "ratio essendi" del mismo. Debe constatarse —no presumirse (pág. 225) que, en el caso concreto, existía una organización "idónea", una organización capaz de llevar a cabo el programa criminal proyectado (pág. 94). Esto es lo que convierte el simple "concierto" de una pluralidad de personas en una "institución", en una "empresa" delictiva mucho más peligrosa, y perfectamente diferenciable. Porque lo decisivo —advierte— no es tanto la predisposición de medios para cometer determinados delitos, sino el organizarse varias personas, y no ya para cometer este o aquel delito, sino para desplegar una actividad ilícita que se concibe como "actividad social" (pág. 172). De aquí, concluye Patalano, que el objeto de la tutela penal no debe hallarse en aquellos bienes jurídicos concretos eventualmente lesionados y que se contemplan en el programa de la empresa criminal —no se trata, dice, de una tutela preventiva—, sino en el "orden público", que efectivamente se "lesiona" (pág. 188) por la mera existencia de una "institución"

que se afirma como ordenamiento autónomo y originario frente al Estado (página 177). Pero el autor interpreta el "orden público" no al modo tradicional —en el sentido de "tranquilidad" o de "paz social", sino como "expresión del concepto de exclusividad del ordenamiento jurídico penal" (pág. 184); y estima, por ello, que la necesidad de una "autotutela" del mismo frente a toda organización social que institucionalmente persigue fines antitéticos a los suyos, constituye la "ratio incriminationis" del artículo 416 (pág. 178). Congruentemente propugna el "concurso de delitos", si el afiliado toma parte en la ejecución de algún hecho criminal.

En el ámbito de la tipicidad, distingue el comportamiento del "promotor", del del "organizador" y "mero partícipe", advirtiendo que éste último debe realizar una "aportación personal" a la empresa criminal, no bastando con una conducta "pasiva" (pág. 226).

Según Patalano, la asociación para delinquir requiere un "dolo específico", ya que el artículo 416 castiga a quienes se asocian "allo scopo di commettere piú delitti" (pág. 212): no basta, pues, con participar voluntariamente en la organización conociendo los fines ilícitos de la misma, pues equivaldría a una presunción de dolo inadmisibles (pág. 217). El dolo —precisa— no exige un conocimiento "personal" entre los miembros de la asociación (pág. 216), pero sí que el asociado sea consciente de que, participando en la organización, está lesionando el "orden público" (págs. 218-219).

Contra la opinión dominante, considera Patalano que no se puede configurar la asociación para delinquir en las hipótesis de "delito continuado", porque si los delitos proyectados pueden "unificarse jurídicamente", no se trata entonces de "piú delitti", en el sentido del artículo 416. Distingue, al efecto, entre "asociación" para delinquir —punible aunque no se llegue a ejecutar su programa— y el "accordo" de una pluralidad de personas para cometer un único delito "continuado", no punible si falta el necesario principio de ejecución (páginas 232-233). Por último, denuncia el autor una peligrosa tendencia jurisprudencial que, identificando la "asociación" con un "acuerdo genérico delictivo", conduce a una interpretación, a su juicio, extensiva del artículo 416, y borra toda posible distinción entre conductas plurisubjetivas preparatorias, la asociación para delinquir y la participación criminal (pág. 225). La asociación no es una pluralidad de personas, sino algo distinto: una institución. En torno al concepto del "bien jurídico protegido", y al contenido del dolo, traza Patalano los contornos de estas tres figuras.

ANTONIO GARCÍA PABLOS DE MOLINA

TOHARIA, José Juan: *El Juez Español. Un Análisis Sociológico*. Ed. Tecnos, Madrid, 1975, 260 páginas.

El *vacuum* que existe en nuestro país de estudios caracterizados por una impronta netamente sociológica que versen sobre aspectos globales o parciales de nuestro sistema de Administración de Justicia, ha venido a colmarse en gran parte con el "análisis sociológico" que TOHARIA hace del juez español. El título puede tal vez llamarnos a engaño por su personalismo. Pero, en rea-

lidad, el estudio de TOHARIA representa todo un fundamentado y elaborado análisis de la judicatura vista desde una perspectiva socio-política y desde un plano operativo o funcional, es decir: desde la misma esencia y mecánica propias de la función judicial, enmarcada, a su vez, en el contexto y estructura del sistema de Administración de Justicia de nuestra nación.

Aplicando a su estudio principios y métodos típicamente sociológicos, TOHARIA ha procurado en su análisis del juez español, ante todo: "... *valorar poco, describir mucho, e interpretar algo*", según adelanta en el Prólogo. Cumple, así, una de las tareas básicas de la Sociología: el sacar a la luz ciertos sectores de la realidad social que permanecen acotados y, a veces, en la penumbra ("la Administración de Justicia es uno de ellos"). Esta toma de postura sociológica por parte del autor implica, más que una advertencia, un tratamiento del problema en base a una perspectiva netamente sociológica, no jurídica. Pese a lo cual, subsisten aspectos de la problemática objeto de la obra que, al poseer una naturaleza intrínsecamente jurídica, requieren y han recibido, por ello, el adecuado tratamiento jurídico por el autor. Este hecho aumenta, a mi juicio, el valor global de la obra.

El profesor de Sociología de la Universidad Autónoma de Madrid, más que dividir, sistematiza su estudio en dos apartados fundamentales que, no obstante el diverso tratamiento sistemático, guardan estrecha relación interna entre sí: uno, dedicado al análisis del juez enmarcado en su *rol*, en su entorno *individual*, socio-político y administrativo, ya que aborda la problemática del juez *en la carrera*, su origen social y geográfico, su entorno social, la mentalidad judicial desde aspectos diversos, etc...; y otro, dirigido al estudio analítico del juez englobado en el marco estricto de la actividad judicial, considerada ésta tanto orgánica como políticamente.

El examen del libro requiere por nuestra parte respetar el sistema establecido por el autor y dar tratamiento por separado a cada uno de los dos grandes apartados en que aparece dividido.

I.—La primera parte de la obra—cuya intitulación es *El Juez español: Rasgos Básicos*—comienza con un capítulo que, en la estructura básica de la misma, viene a ser más bien una introducción, al ir destinado a describir cáustica, pero magistralmente, la distinta concepción y funciones del juez en los sistemas del *Common Law*—típico del círculo de cultura jurídico anglosajona—y del denominado Derecho civil (*Civil Law*), característico, por otro lado, del sistema codificador que, surgiendo de la filosofía racionalista de la Ilustración, consagró el Derecho europeo continental (1).

---

(1) Aunque en nuestro círculo de cultura es usual la traslación idiomática de "*Common Law*", por Derecho común, y "*Civil Law*", por Derecho civil, lo cierto es que evidencian inexactitud y son susceptibles de equívocos. En primer término existe la posibilidad de confusión con la época del "Derecho común europeo", subsistente hasta comienzos de la codificación en el siglo XIX. Así, todavía FEUERBACH, pese a subrayar que en Alemania ya no existe más "Derecho penal común", destaca que las fuentes del entonces vigente son: la filosofía del Derecho penal, las leyes penales positivas del antiguo "Reich" y las leyes del Derecho romano, canónico, etc.... Es decir, subsisten huellas del denominado Derecho común. Cfr. FEUERBACH: *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 1.<sup>a</sup> ed., 1801, 4 y 5.

De otro lado, el empleo del término Derecho civil es susceptible de equí-

Como resultado de *procesos histórico-políticos* diversos, resulta lógico que la concepción y funciones de ambos jueces sean también diversas.

En el *Common Law*, el juez es básicamente “el depositario del Derecho”; el protector de los derechos constitucionales imperecederos, al ser, como observa Paul FREUND [en *The Supreme Court of the United States*, Cleveland, 1961, 89], “la manifestación viviente del símbolo constitucional”; en suma, un miembro de un poder, el *judicial*, “igual en su origen y título que las ramas legislativa y ejecutiva del Gobierno” (2). En este sentido, el principio británico—no de cuño revolucionario francés—de la división de poderes toma cuerpo, de forma que, trayendo aquí un *dictum* del Justice BRANDEIS, en *Meyers v. United States*, 272 U.S. 52, 293 (1926), puede afirmarse categóricamente que “la finalidad de la doctrina de la separación de poderes no era evitar la fricción de los tres (poderes), sino, por medio de la inevitable fricción, salvar al pueblo de la autocracia”. El poder judicial se erige, de esta suerte, en aquél “pilar de equilibrio” de la democracia americana, al que, con sensibilidad y sentido profético aludía Alexis de TOCQUEVILLE [*Democracy in America*, trad. de Lawrence, 1966, 324 y ss.]; es decir, en una instancia mediadora entre la sociedad y el Estado. Aún más: en el verdadero protector de las *minorías*, ya que, si los actos del legislativo representan en el marco de un proceso constitucional democrático la decisión de la mayoría, las decisiones adoptadas por los tribunales americanos, en uso de su facultad de revisión judicial de los actos del legislativo, protegen precisamente los derechos de la minoría contra una posible tiranía de la mayoría. Máxime, cuando las garantías constitucionales son, por lo general, expresivas de problemas relativos a los derechos de las minorías, políticamente impotentes (3). Tan lejos ha llegado la función protectora de las minorías por el judicial norteamericano, que algunos autores no han vacilado en afirmar, erróneamente, el “carácter antidemocrático” que encierra la institución de la *judicial review* de los actos del legislativo, al traicionarse de este modo la voluntad de la mayoría implícita en la *voluntas legis* (4).

vocos, aún en el seno del Derecho europeo continental, donde existen, en algunos países, disciplinas jurídicas autónomas con tal terminología.

(2) Cfr. Philip B. KURLAND: *The Supreme Court. 1963 Term. Foreword: “Equal in Origin and Equal in Title to the Legislative and Executive Branches of the Government”*, en *Harv. L. Rev.*, 78 (1964), 143 ss.

(3) Esta ha sido, por ejemplo, una de las razones determinantes de que el Tribunal Supremo norteamericano haya tomado en sus manos la “*reforma penitenciaria*” a nivel federal, por considerar que no es ésta una “*causa simpática*” de cara a los candidatos al legislativo. De ahí a conculcar los derechos constitucionales de los reclusos no ha habido más que un paso, al considerar que no pueden dejarse en manos de la administración penitenciaria. Cf. al respecto, COMMENT: *The Role of the Eighth Amendment in Prison Reform*, en *The Univ. of Chicago L. Rev.*, 1971, 647-664, donde se examinan “esas razones” que han llevado a consagrar la doctrina denominada “*hands-in*” (o manos dentro), frente a la anterior de “*hands-off*” (o manos fuera), respecto a la postura del Tribunal en este asunto concreto.

(4) En base a esta función de la “*revisión judicial*”, George MACE (*The Antidemocratic Character of Judicial Review*, en *Cal. L. Rev.*, 60 (1972), 1140-1149) no duda en afirmar que con sus decisiones el Tribunal “*traiciona*” la voluntad de la mayoría. Fundamentalmente en contra, véanse: E. ROSTOW: *The Democratic Character of Judicial Review*, en *Harv. L. Rev.*, 66 (1952), 193 ss., y especialmente, enraizando la institución en sus orígenes, DONALD R. WRIGHT: *The Role of Judiciary: From Marbury to Anderson*, en *Cal. L.*

Si, por consiguiente, como observa —en *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963)— el *Justice* DOUGLAS [a mi juicio, el juez más liberal que ha pasado por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos y al que algunos llegan a tachar de *radical*, como sucedió cuando el actual Presidente Gerald Ford era, en 1970, jefe de la minoría republicana en el Congreso y pretendió incoar un *impeachment* contra él, que lógicamente no llegó a prosperar (5)], “felizmente todas las cuestiones constitucionales están siempre abiertas”, resulta entonces consecuente que el juez del *Common Law* no se limite, como hace el de Derecho civil, a ser *el mero brazo ejecutor* de las normas emanadas del Estado [en este punto, TOHARIA ha suavizado la crudeza y realismo de la expresión americana *executive arm*, al trasladarla a la castellana *brazo aplicador*, mucho menos expresiva y más neutra que la anterior]. Por el contrario, cambia su posición dentro del mecanismo estatal y consiguientemente su función juzgadora. El proceso jurídico que debe venir caracterizado por una lógica de subsunción deductiva no es practicable en este sistema. Al ser instancia de

*Rev.*, 60 (1972), 1262-1275. Una sucinta exposición y planteamiento del problema en un plano concreto, el relativo a la pena capital, pueden verse en Pedro Luis YÁÑEZ ROMÁN: *Anticonstitucionalidad de la pena de muerte en los Estados Unidos de América* (1.ª parte), en *Anuario de Derecho penal* (1973), 231 ss., esp. 245 ss.

Incidentalmente, digamos que no han faltado críticas al “liberalismo judicial” del *casí* ya desaparecido *Warren-Court*, al que algunos sectores de opinión han tachado de “haber abierto surcos... en el pasado para servir a los fines del moderno idealismo libertario”. Cfr., en tal sentido, Alfred H. KELLY: *Clío and the Court: An Illicit Love Affaire*, en *Supreme Court Review*, 1965, 119-158.

(5) Cfr. *Congress Rec. H.*, 116 (Edit. el 15 de abril de 1970), págs. 3113-3114.

Aparentemente, lo que motivó el intento de “*impeachment*” del juez DOUGLAS por Gerald FORD y otros 110 diputados fue la publicación de su libro “*Points of Rebellion*” (1970), en cuya pág. 8 declara sin ambages: “... *la meta del joven rebelde es hacer el sistema existente más humano, hacer que la máquina sirva al hombre, para permitir que florezca una sociedad donde todas las idiosincrasias del hombre puedan ser honradas y respetadas*”.

William O. DOUGLAS, de setenta y siete años de edad, sucedió el 17 de abril de 1939 al *Justice* Brandeis como Juez del T. S. Tenía entonces cuarenta años y era, después de J. Story, el más joven nombrado para tal puesto. Su estilo antilegalista y antiformalista es sobradamente conocido —a veces va al Tribunal en zapatillas—. Suele ir a las urnas electorales a votar, en contra de la tradición de que los jueces no votan; se enroló en actividades pro-derechos civiles y ha pregonado que los salarios judiciales deberían estar gravados tributariamente. Incluso ha llegado a escribir que “... en los años treinta los jueces eran el grupo más reaccionario del país, mucho más que los banqueros...”, atreviéndose a llamar al juez Félix J. Frankfurter —toda una institución de la era Roosevelt— “camaleón”. Sobre los referidos intentos de “*impeachment*” contra él, véase el artículo de VIORST: *Bill Douglas Has Never Stopped the Bullies of Yakima*, en *The New York Times*, 14 de julio de 1970, pág. 6, del Magazine, col. 8. De otro lado, su nuevo libro —una autobiografía desde que salió de Yakima, su lugar natal— *Go East Young Man: The Early Years*, New York, Random House, 1974, 493 páginas, es imprescindible para conocer el mundo interior del judicial americano.

Como apostilla a esta nota diré que, durante sus vacaciones en las Islas Bahamas, en la Navidad de 1974, sufrió un ataque de flebitis en una pierna. Por cierto, el hoy Presidente Gerald Ford envió al lugar el avión presidencial, para llevarle de regreso a casa (!).

constitucionalidad, el judicial americano pronuncia decisiones eminentemente políticas. El *Supreme Court* pasa a ser entonces “el guardián de la Constitución”, empleando la fraseología de MADISON; se erige en un órgano educacional y los jueces, inevitablemente, en maestros dentro de un vasto seminario nacional. El *Corpus* de opiniones del Tribunal Supremo viene entonces a ser como un libro de texto para la nación, a la cual las decisiones de aquél inyectan un tono moral (6). De ahí la preeminente posición ético-social del juez del *Common Law*, que tan acertadamente expone TOHARIA.

Por el contrario, el juez del sistema de Derecho civil es, recurriendo a la frase lapidaria de MONTESQUIEU, *un être inanimé, la bouche que doit prononcer les paroles de la loi*. Frente a la condición de “oráculo viviente” del juez anglosajón, el juez del Derecho civil es un “oráculo legislativo”, limitada su tarea a un legalismo casi estricto. En suma, es un *quasi-nichts*, según Kurt SHELL, *Pressefreiheit und Staatssicherheit, in Recht und Gesellschaft*, 1971, 42. De modo que, desde un punto de vista político social, no posee la función de “guía o maestro social”, típica del modelo del *Common Law*; limitándose su *condicio* a la de “una especie de funcionario especializado”, “un burócrata distinguido, pero burócrata al fin”, concluye TOHARIA. De ahí se deriva la situación de *básica impotencia* en que se encuentra, al formar parte de la Administración del Estado y verse privado del control de los actos y decisiones de aquélla: “... la rama —expresa TOHARIA— no puede, a fin de cuentas, controlar o juzgar al tronco”; o si se prefiere, es *juez y parte* en asuntos de la Administración del Estado. Este condicionamiento lleva consigo una falta básica de libertad creadora a la hora de aplicar la legislación y una escasa o nula función de influencia en el seno social al que *deben* ir dirigidas sus decisiones.

Trasplantando estas coordenadas al sistema en que milita el juez español, TOHARIA crea para éste una categoría intermedia entre ambos sistemas o, para ser más fieles al espíritu del autor, lo califica como *variante del juez de Derecho civil*. Surge, de este modo, un *tertium genus* en cuya confección, tal vez, nuestro autor se ha visto influenciado por la categoría científico-política creada.

(6) Ciertamente, debe hacerse la salvedad de la diferencia de posturas existentes de un tribunal a otro. Así, el denominado actualmente “*Burger-Court*” —en consideración al nombre de su Presidente Warren Burger— o también “*Nixon-Court*” posee una estructura mental y constitucional bastante diversa al “*Warren-Court*”, muchos de cuyos avances están siendo bravamente defendidos por los miembros que aún perduran de éste: Douglas, Marshall, Brennan y Stewart. Ello no obstante, debe observarse que cuando se habla en el seno del Tribunal de “legalistas estrictos” o “*strict constructionist*” frente a “*liberal constructionist*”, tal oposición no tiene el más mínimo parangón con nuestro adjetivo de legalismo. Por ejemplo, el desaparecido, en 1971, Justice Black era calificado como “*intérprete rígido*” de la Constitución —que para él debía ser leída tal y como había sido escrita, como expresa en *Boddie v. Connecticut*, 401 U. S. 371, 391 (1971)— y, pese a ello, ha dado rudos golpes a la Administración con su liberalismo a la usanza decimonónica. Recuerdo ahora el caso *Trop v. Dulles* (1957) y los *Pentagon Papers* (1971). En este último, fallado el 30 de junio de 1971, declara: “... únicamente una prensa libre y no coaccionada puede sacar a la luz de modo eficaz el engaño del Gobierno. Y una de las responsabilidades supremas de una prensa libre es el deber de impedir que cualquier parte del Gobierno engañe al pueblo y envíe a los ciudadanos a remotas tierras, a morir de fiebres raras y de balas, y granadas extranjeras”.



por su maestro, Juan LINZ, para definir al actual Régimen político español: la de *régimen autoritario*, no totalitario. Estaríamos, por tanto, ante un *tertium genus* entre democracia y totalitarismo, caracterizado, según LINZ, por: la existencia de un pluralismo limitado a nivel de la élite del poder; la ausencia de una ideología oficial explícita y coherentemente articulada en principios y metas, sustituida por una "mentalidad" o conjunto de valores y actitudes básicas comunes, que, por definición, serían vagos, difusos e imprecisos; y el bajo grado de politización del país o, si se prefiere, la "apatía política".

Con independencia del valor real que encierre la categoría conceptual, creada por LINZ en su aplicación concreta a la realidad española, lo cierto es que, en nuestro caso, al hablar de nuestra judicatura y de nuestra Administración de Justicia, estamos ante una factura, un estilo y una mentalidad tradicionales-decimonónicas. El propio autor del libro reconoce magistralmente que en nuestros sistemas políticos tradicionales, del siglo XIX e incluso del XX, la Justicia se ha ejercido siempre por el judicial como una *delegata potestas*, empleando la frase de LOCKE; de donde se infiere su escasa independencia política, al venir ejercida en nombre del Rey, del Estado o, en la actualidad, del Jefe del Estado, con la salvedad de la Constitución doceañista de Cádiz.

Como queda dicho, el autor reconoce que el impacto de los cambios de régimen político—cita, por ejemplo, el de la Segunda República—sobre la estructura institucional de la Administración de Justicia fue escaso o reducido. De modo idéntico, declara haber sido limitado el alcance de las depuraciones habidas en la época posterior a la instauración del Régimen actual. "Bajo porcentaje de depurados, que puede ser explicado por el básico apoliticismo y difuso conservadurismo que parece presidir, en general, el universo mental de la judicatura y que la hace, por tanto, poco sospechosa de concienciación política, y menos aún de signo izquierdista". En consecuencia, esta conclusión del autor constata la inexistente correlación—y consiguiente artificiosidad—entre la categoría conceptual creada por LINZ para definir el Régimen político español y su proyección sobre las estructuras jurídico-políticas como en el caso de la Administración de Justicia, sometida a unas coordenadas que arrancan de muy atrás. Personalmente, creo que del mismo modo que no cabe apostrofar a la democracia con adjetivos bien o malsonantes, pero en cualquier caso desfiguradores del producto contenido en la etiqueta, tampoco es viable elaborar conceptos de laboratorio para explicar lo que únicamente las idiosincrasias e historias nacionales—con independencia del régimen político imperante en un momento dado—pueden explicar. Un ejemplo de esa idiosincrasia nacional—por arcaico que parezca—es la supervivencia de la fórmula lapidaria procesal con que concluyen las demandas: el *suplica al...* (7).

Tras subrayar el carácter funcional de los miembros de "este servicio administrativo especializado" que es la Administración de Justicia—utilizando la fraseología empleada por uno de los jueces entrevistados por el autor del libro—, al igual que la situación de relativa impotencia de nuestra judicatura en

---

(7) El fenómeno aludido no es exclusivo de España. Bajo el régimen fascista de Mussolini—nadie pondrá en duda su carácter totalitario—, es sobradamente conocida la falta de apoyo que el aparato político encontró en la judicatura italiana. Casi todo lo contrario sucedió en el "*Dritte Reich*".

los asuntos relacionados con la vida público-administrativa y política, destaca TOHARIA la falta de autonomía creada, tanto en el aspecto sustantivo como en el procesal, de nuestros jueces; dato este último que ha determinado el que se haya definido al proceso judicial español como “un prolijo aparato de relojería”.

Como perfiles distintivos del juez español dibuja el profesor de Sociología de la Universidad Autónoma los siguientes: una tradición burocrática *desde siempre*; un cierto, pero latente, potencial creador—en contraste con el modelo puro del juez perteneciente al sistema de Derecho civil—, al menos en materias de interpretación de la ley; y, por último, un mayor grado de impotencia que en los países de la esfera de Derecho civil en lo que respecta a su proyección de influencia de cara a solucionar los problemas sociales.

Este punto es, sin lugar a dudas, uno de los más logrados en el contenido global de la obra de TOHARIA, por cuanto pone el desnudo la *mecánica real* de la Administración de Justicia; especialmente en lo que se refiere a la facultad de *re-creación* de la norma legal que, tácitamente y de *facto*, ha poseído y posee nuestro judicial.

En este aspecto, a pesar de que sólo en fecha relativamente reciente—concretamente por el Decreto núm. 1.836, de 31 de mayo de 1974, que ha supuesto la nueva redacción del Título Preliminar del Código civil— se ha reconocido, a mi juicio, a la jurisprudencia de los tribunales el rango de fuente del Derecho o, cuando menos, el carácter de “fuente complementadora” de las fuentes restantes (ley, costumbre y principios generales del Derecho). Lo cierto es que, en la *praxis* forense y desde hace ya mucho tiempo, la doctrina sentada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo poseía, *de facto*, tal carácter, a través de una jurisprudencia constante y reiterada. Es, además, sintomático que *dos* de cada tres jueces de los entrevistados por el autor del libro hayan declarado otorgar un valor decisivo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la hora de dictar sus sentencias. Este hecho sirve, por otra parte, para poner, una vez más, de relieve el distanciamiento existente en nuestro país entre la “vida oficial” y la “vida real” [“la España oficial y la España viva”].

Estas afirmaciones son, asimismo, perfectamente constatables incluso en la esfera de lo penal, donde, en principio, se pretende que sea la ley la *font* “casi” exclusiva de penas y delitos. No obstante, puede apreciarse el verdadero carácter “creador” de delitos de la jurisprudencia penal de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, cuando estamos ante lo que BINDING denominaba *tipos de orden público*—de naturaleza flexible, vaga o completamente abiertos; especie de “*coneras*” donde el legislador mete aquellas materias que no acierta dónde colocar, al no saber con nítida claridad delimitar el bien jurídico protegido...—, en los cuales es la doctrina legal de la Sala 2.<sup>a</sup> la llamada lógicamente a definir las figuras de delito que el legislador ha despachado con una simple fórmula genérica. Estamos, pues, ante el caso del delito de escándalo público—art. 431 del C. p.—, *nomen juris* que no arropa a ninguna conducta típica descrita casuísticamente o de forma concreta. La lectura del precepto basta, a mi juicio, para formarse una idea clara de la falta de contenido de que adolece la etiqueta. Así, bajo la fraseología “hechos de grave escándalo o trascendencia que ofendan al pudor o a las buenas costumbres” se ocultan

nada más y nada menos que: el exhibicionismo sexual; la profusión de palabras obscenas o lenguaje soez ante menores de veintiún años: el homosexualismo, aún consentido, entre adultos e intra-muros, si "trasciende" *a posteriori* al conocimiento público; los tocamientos libidinosos entre personas de sexo idéntico, por lo general homosexuales; la pornografía, bien como acto de tenencia para el propio consumo, bien como tenencia para la venta o difusión gratuita de la misma; incluso, a veces, el estupro-incesto y, asimismo, el adulterio o amancebamiento en concurso con el escándalo público. En síntesis, según declara la Sentencia de 6 de marzo de 1975: "la dinámica de la ofensa al libros, periódicos, dibujos, cuadros y toda clase de imágenes, cintas cinematográficas, discos y toda clase de objetos obscenos".

Pero, además, en esta materia no podemos seguir adelante sin antes subrayar la "fuerza creadora" de delitos que, en alguna ocasión, ha ejercido la Fiscalía del Tribunal Supremo a través de sus circulares. La primera de ellas, según mis noticias, es la R. O. Circular de 17 de enero de 1873, dando normas sobre qué ha de entenderse por delito de rebelión militar, y que encarna la fuente y origen directos del delito de rebelión militar proyectado posteriormente sobre el de rebelión común. Fue "promulgada", sin conocimiento del legislativo—lo que provocó una verdadera trifulca en el Senado: "en esa definición podemos caer nosotros mañana", declaraba el senador Cala—, en plena segunda guerra Carlista y siendo ministro de Justicia Montero Ríos. La segunda—que, por paradójico que resulte, afecta asimismo al delito de rebelión—es la Circular de la F. T. S. de 17 de noviembre de 1899, la cual venía a considerar como reos de rebelión a los que resistiesen colectivamente al pago de los impuestos establecidos por las leyes. Su "promulgación" suscitó las iras, por otra parte justificadísimas, del profesor de Salamanca, don Pedro DORADO MONTERO, denunciando lo que hoy llamaríamos su clara anticonstitucionalidad (8).

Lo cierto es que esta concepción del juez español como *variante del Derecho civil* encuentra eco en la encuesta realizada por TOHARIA en 1973 entre los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid: un 60 por 100 de los encuestados opinaban que la tarea del juez era básicamente la de hacer justicia, frente a un 40 por 100, para los cuales la tarea judicial se limitaba a la aplicación correcta de la legislación vigente.

Examina seguidamente TOHARIA el acceso a la carrera judicial y su integración en ella; el origen social y geográfico de los componentes de la judicatura, destacando, asimismo, en un capítulo que es digno de mención especial

(8) En un artículo publicado bajo el título "*A propósito de la resistencia al pago de la contribución. Aspecto legal*", en *Revista Política y Parlamentaria*, año II, núm. 13 (15 mayo 1900), DORADO MONTERO declaraba de forma rotunda que "... encontrándose el Gobierno con que esa resistencia no es delito, según las vigentes leyes..., ha encargado al fiscal del Gobierno que es el Fiscal del Tribunal Supremo... que por su mandato convierta en delictuoso un acto que no es tal, conforme a la legalidad que nos rige... Habida cuenta de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no tiene en materias penales fuerza legal, como la tiene, en las civiles, el recurso de casación por infracción de doctrina legal... Por lo que, a fin de cuentas, el Gobierno debe saber que ese documento tiene el mismo valor legal que este artículo mío, y debe, por tanto, saber que lo que viene haciendo y pretende hacer, no es legal. *Es gubernamental si se quiere, pero legal, no*". (La cursiva es nuestra.)

por su excelente factura, el entorno social de la judicatura. Con abundante y veraz aparato estadístico, el profesor de Sociología de la Universidad Autónoma pone de relieve no sólo la concepción de los abogados y fiscales respecto al juez, sino también las relaciones extra-profesionales de éste y su percepción de la realidad social, como "idea de algo en conflicto constante", y, en consecuencia, casi irresoluble.

Tras examinar la concepción ideal del juez, pasa nuestro autor a estructurar una serie de *modelos de la mentalidad* del juez español desde los planos o niveles: desde su imagen pública y privada, y desde su actitud frente a temas distintos, pero de inequívoco significado político, como son el jurado, el divorcio y las leyes forales.

En lo concerniente al plano de la imagen pública y privada del juez, las conclusiones esbozadas por TOHARIA son las siguientes: el juez español es consciente de lo lejos que está del modelo considerado por él como "ideal"; su comparación con otras élites sociales le resulta ventajosa; su situación global ha mejorado en relación con décadas precedentes; y, finalmente, cristaliza su logro de imbuir a la gente una sensación de protección y confianza.

Enormemente sugestivo es el magistral estudio que el autor hace de la institución del jurado en nuestro país; institución que, como reflejo característico de la "soberanía popular", ha venido sometida a los vaivenes políticos de nuestro siglo XIX e incluso de la centuria actual, y que, al no haberse producido una democratización definitiva del aparato político-constitucional, se convirtió en una institución forzosamente perecedera. En este sentido, en el muestreo realizado entre los jueces puede apreciarse una clara tendencia negativa al mismo, aun cuando algunos de ellos desconozcan por completo el mecanismo interno y las ventajas del mismo.

Lo contrario sucede con la "actitud" del judicial frente a un tema polémico como es el del divorcio vincular. Ante la pregunta: ¿Sería usted partidario de la introducción del divorcio...?, formulada por TOHARIA a un número relativamente pequeño de jueces, un 72 por 100 se mostro partidario de su introducción en nuestro sistema legislativo. Ahora bien, creo que aquí conviene hacer una puntualización. Teniendo en cuenta que al no existir el divorcio en nuestro sistema de Derecho positivo, existen, en correlación, los delitos de adulterio y amancebamiento (arts. 449-452 del Código penal), y que, finalmente, dos de cada tres jueces de los entrevistados han declarado dar un valor fundamental a la jurisprudencia, en este caso penal, del Tribunal Supremo—que incrimina las conductas subsumidas en las figuras de delito mencionadas—, ¿cómo avenir realmente el plano de los *desiderata* con el plano "real"...? Sin embargo, también es cierto que, en materia de amancebamiento, se observa en los últimos años una tendencia restrictiva por parte del Tribunal Supremo, en base a una interpretación del término "*notoriedad*". De modo que no basta con tener mancha "*notoriamente*" fuera de la casa conyugal, es decir, que la vida marital sea pública y notoria —como se hacía antes—, sino que es preciso que "la situación irregular o la ilegitimidad de las relaciones sea pública y sabida por la sociedad, al menos en el círculo de personas que conozcan a los esposos" (Sentencia de 17 de marzo de 1975). Por lo que, si la pareja se muda a un pueblo distinto o a un círculo social distinto

del que habita la esposa legítima dentro del gran núcleo urbano, no existirá delito de amancebamiento (9).

II.—La segunda parte del libro viene consagrada al estudio de la estructura jurisdiccional de los tribunales ordinarios y especiales; del impacto del “crecimiento” —más que desarrollo— económico del país en la Administración de Justicia y, por último, como colofón, dedica el autor un capítulo al tema “Justicia y política en la España actual”.

En el primer apartado, después de ocuparse del origen histórico de la desmesurada competencia de la jurisdicción militar en nuestro país, dedica un epígrafe a las jurisdicciones especiales, como la del Tribunal de Orden Público, surgido en 1963. Consta cómo a partir de esa época se ha operado un descenso considerable en el número de civiles juzgados por los tribunales militares, habida cuenta del carácter *político* del T. O. P. El número aproximado de casos conocidos y juzgados anualmente por este Tribunal lo cifra TOHARIA en una centena. Asimismo, denota estadísticamente cómo la mayor parte de los jueces encuestados propugnan la integración del “impopular” tribunal en la jurisdicción ordinaria.

El estudio de la incidencia del crecimiento económico en la vida jurídica y en la vida judicial de nuestro país ha llevado al autor del libro a conclusiones interesantísimas, especialmente de cara a una futura reforma de la Administración de Justicia. De un lado, el susodicho crecimiento económico ha implicado decididamente un aumento, estadísticamente comprobado, del número de asuntos y trámites jurídicos en la vida jurídica nacional. Por el contrario, se observa, de otro lado, una clara y progresiva disminución o, cuando menos, un estancamiento de la vida judicial, es decir: “... los jueces que perciben una clara tendencia hoy a evitar los tribunales creen al mismo tiempo que esa tendencia es hoy más fuerte que en el pasado...” Este hecho no hace sino constatar una vez más el extremo antes aventurado por nosotros acerca del nato conservadurismo tradicional del aparato de nuestra Administración de Justicia. Y es que el recelo viene ya de antiguo y encuentra incluso eco en la literatura española de los siglos XVI y XVII (10).

(9) Como es sabido, el legislador penal español, siguiendo moldes arcaicos y tradicionales, sigue estableciendo distingos entre el “adulterio” de la mujer y el “amancebamiento” del marido. Las diferencias existentes entre uno y otro delito son obvias, a pesar de los intentos de nuestro T. S. para reducirlos. Y es que existe una discriminación evidente en desfavor de la mujer, puesto que con el actual art. 452 “*se rinde un anacrónico tributo a la desigualdad de trato en el adulterio del varón y otorgando mayor gravedad punitiva al de la mujer*” (S. de 22 de diciembre de 1971).

(10) Al moderno refrán de “tengas pleitos y los ganes” pueden añadirse homónimos de más rancio abolengo. Así, el de:

“Todos los abogados  
van al infierno  
y el camino que llevan  
es el *derecho*.”

○ el sexteto que Lope de Vega dedica a los pleitos:

“¡Oh monte de papel y de invenciones!  
Si pluma te hace y pluma te atropella,

Finalmente, en el capítulo dedicado a "Justicia y Política en la España actual", TOHARIA pone de relieve, entre otras cosas, el escaso impacto que el cambio —brusco o pacífico— de regímenes políticos ha supuesto en el marco y estructura de la judicatura. De nuevo, considera el autor la "actitud" del judicial frente a temas —que ineludiblemente detectan en nuestro país tendencias ideológicas— como el de la pena capital.

En este sentido, después de exponer una serie de estadísticas sobre imposiciones y ejecuciones del máximo castigo en nuestro país (entre 1909 y 1913. se pronunciaron 116 y ejecutaron tan sólo ocho), destaca su creencia de que en los últimos años ha decrecido el empleo del castigo capital. A este respecto, la actitud de los jueces se plasma estadísticamente: en un 54 por 100 a favor de la abolición de la pena capital; un 18 por 100 partidario de su persistencia en los textos legales, si bien apuntando la conveniencia de su conmutación en el 99 por 100 de los casos, y un 19 por 100 favorable a la existencia de la pena de muerte y a su aplicación en los casos legalmente previstos. Es curioso, resalta el autor, comprobar cómo los jueces son más liberales que los estudiantes de Derecho encuestados (de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid), ya que, entre éstos, un 40 por 100 se opone tajantemente a dicha pena, mientras que un 24 por 100 es partidario de su existencia y aplicación. En todo caso, en lo que afecta al sondeo realizado, debe puntualizarse la observación que hemos apuntado respecto a la "actitud" judicial sobre el divorcio: una cosa es el plano "privado" y otra es el "oficial", en el cual se destaca la tendencia a seguir la línea jurisprudencial marcada por el Tribunal Supremo.

Partiendo del hecho de que el 72 por 100 de los jueces favorables a la introducción del divorcio lo eran también de la abolición de la pena capital, el autor desemboca en la conclusión del "evidente grado de diversificación ideológica" existente entre los jueces ["en ocasiones, incluso de liberalismo"]; lo que reafirma la premisa ya sentada de su apolitización o apoliticismo. Resumiendo, el autor caracteriza a la judicatura española como "una judicatura básicamente independiente y despolitizada e ideológicamente plural en el seno de un régimen autoritario", siguiendo el concepto que LINZ esboza de este último; coordinadas que serían, asimismo, fruto de la política de troceamiento de las jurisdicciones efectuado progresivamente por el actual aparato político gubernamental.

Personalmente, considero que el trabajo de TOHARIA es una pieza sociológica maestra. Y ello, por dos razones. En primer término, por el "rol" de verdadero caminante que obligadamente ha tenido que asumir el autor, al iniciar una andadura cuyos surcos y rumbos se ha visto en la tesitura de trazar, habida cuenta de que se ha planteado el problema de indagar sobre un tema apenas tocado, por no decir en absoluto, en nuestro país. En segundo, porque, sin ambages y segundas intenciones, ha penetrado en la oscuridad de unos aspectos acotados de la realidad social, sacándolos a la luz y esbozando unas conclusiones que, quierase o no, deberán tenerse en cuenta por el legislador:

---

¿qué importan Baldos, Dinos y Jasones?  
 ¡Oh Justicia! ¡Oh Verdad! ¡Oh Virgen bella!  
 ¿Cómo entre tantas manos y opiniones  
 puedes llegar al Tálamo doncella?"

a la hora de elaborar una futura y urgente reforma de nuestra Administración de Justicia; un tema tradicionalmente impermeable y apenas modificado desde hace ya más de un siglo. Y entre esas conclusiones, para mi es sugestiva y halagüeña la de que nuestro juez no es tan mecánico ni legalista como el del sistema de Derecho civil. Creo que es un punto de partida bastante prometedor....

Pedro Luis YAÑEZ ROMÁN

SANTIAGO MIR PUIG: *La reincidencia en el Código Penal*. Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona 1974 (1 vol. XXVI + 562 págs.).

Al presentar esta documentada y bien lograda obra, podemos subrayar que en no pocos aspectos es modelo de buena monografía. Su tema fue sin duda sugerido por la observación que en algún lugar apunta el autor: «El ingente número de sentencias del Tribunal Supremo recaídas en relación con los preceptos objeto de este estudio —arts. 10,14, 10,15, 61,6 y 516,3— que contrasta con la escasa atención de la ciencia penal española hacia los mismos.» (pág. 18).

Tras una introducción sobre la noción, significación general de la reincidencia y objeto, método y sistemática de la investigación, en la parte primera del libro se hace una buena exégesis de los preceptos definidores de la circunstancia agravante genérica de reiteración, de la circunstancia agravante genérica de reincidencia y de la multirreincidencia. Son más de cuatrocientas páginas de estudio exhaustivo de tan importantes cuestiones, poniendo a contribución no sólo la jurisprudencia y doctrina científica, sino el derecho comparado, con cuidadosas citas, incluso de la doctrina extranjera, cuando trata problemas que plantea la regulación española o para su contraste, en la normativa de tan importante institución, «criterio central para medir el éxito o el fracaso de un sistema penitenciario», según ZUCKER y tantos criminalistas, así como las conclusiones de sus congresos y asambleas internacionales.

Toda la segunda parte está consagrada al «fundamento de la regulación jurídica».

El profesor Córdoba Roda, en el prólogo de esta obra del joven profesor de Barcelona, bien dice que «la exposición de la primera parte ha obligado al examen de la gran variedad de cuestiones que la interpretación de los preceptos legales plantea. En buena parte de las mismas se ha visto obligado el autor a tomar posición frente a problemas nucleares del Derecho penal, no sólo en su aspecto material, sino, incluso, en algunas ocasiones, en el Procesal. De esta suerte muchas de las páginas de la obra encierran un interés que trasciende el de la temática, de por sí ya importante, de la reincidencia.»

Creemos de interés para los lectores transcribir la conclusión a que llega MIR PUIG al final de su libro: «Las consideraciones que anteceden hacen deseable la supresión de las circunstancias de agravación de pena en que la reincidencia se manifiesta en nuestro derecho penal, y muy especialmente de los preceptos que atribuyen eficacia extraordinaria a la multirreincidencia. Debería bastar a las necesidades preventivas la asignación de medidas de seguridad que el art. 4 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social efectúa... que tales medidas se-

llevaran a la práctica... no como verdaderas penas de hecho... No debe olvidarse, en cuanto a esto último, que el origen de la introducción de esta clase de tratamiento —las medidas de seguridad— junto a la pena, se encuentra en el objetivo de liberar a ésta de contenidos preventivos incompatibles con los límites políticos de su cometido.»

Confiemos que algún día tan solvente doctrina científica, apoyada, entre otros, en autores del fuste de FERRI, PUGLIA y FLORIÁN, sea tenida en cuenta por el legislador español (y por cuantos le siguieron) al emprender la redacción de un nuevo Código Penal.

PASCUAL MENEU MONLEÓN

Abogado del I. Colegio de Madrid



GRAN BRETAÑA

CRIMINAL LAW REVIEW

Abril 1975

**STREET, Harry:** "The Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1974 (Ley de Prevención del Terrorismo (Disposiciones temporales) de 1974)"; págs. 192-199.

La escalada de bombas y atentados terroristas en las ciudades inglesas han culminado con el atentado a los edificios públicos de Birmingham en 1974. El resultado de tales atentados del I.R.A. (*Irish Republican Army*) fue la promulgación de la Ley Temporal de Prevención del Terrorismo de 1974.

La Ley ha entrado en vigor, una vez recibida la sanción regia, el 29 de noviembre de 1974. Al ser una *ley temporal*, motivada por circunstancias excepcionales, su tenor determina expresamente su período de vigencia: seis meses, prorrogables por otros seis en virtud de una Orden del Secretario de Estado (*Home Secretary*). Ello no obstante, una Orden del Secretario del Interior precisa, en principio, adoptar la forma constitucional de un proyecto de ley y ser, en consecuencia, llevado al Parlamento para su aprobación, salvo en casos de emergencia. En este último supuesto, dicha Orden entra inmediatamente en vigor, pero, en el *interim* —en el plazo de cuarenta días— debe ser llevada al *forum* parlamentario, caducando su vigencia, a menos que en dicho plazo de cuarenta días, cada una de las Cámaras del Parlamento (*Common's House* y *House of Lords*) la aprueben en virtud de sendas resoluciones afirmativas.

La finalidad principal de la nueva Ley es proscribir, declarando su ilegalidad, una serie de «organizaciones» —término que, según la sección 1:5, incluye una «asociación o combinación de personas»— que, como el I. R. A., «están relacionadas con el terrorismo realizado en el Reino Unido y relacionado con los asuntos de Irlanda del Norte, lo promueven o incitan». Dentro de la organización I.R.A. se incluyen tanto los «miembros oficiales» como los «provisionales» de la misma. Y se incrimina, además, cualquier otra asociación u organización relacionada con la primera, a pesar de que ésta es la mencionada exclusivamente en la Cédula I del Estatuto como ilegal. Se ha seguido, así, el modelo legal iniciado por la Ley de Disposiciones de Emergencia para Irlanda del Norte, de 1973 [(*Northern Ireland (Emergency Provisions) Act 1973*)].

De otro lado, las previsiones normativas de la Ley de 1974 se han extendido a otros lugares del Reino Unido como, por ejemplo, Jersey, Guernsey, Channel Islands, Isle of Man e Irlanda del Norte, a través de una serie de disposiciones

reglamentarias u Ordenes del Ministerio del Interior: *Prevention of Terrorism (Temporary Provisions (Adaptation) Order 1974 (1)*; *Prevention of Terrorism (Supplemental Temporary Provisions) Order 1974 (2)*.

La sección 1.<sup>a</sup> de la Ley castiga la pertenencia a una organización prohibida, la ayuda económico-financiera a la misma o promover un «meeting» para la prosecución de las actividades de la organización. En este sentido, la Ley habla de que el «meeting» debe reunir, al menos, tres personas, con independencia de que la reunión sea o no abierta al público, siendo preciso el conocimiento de que la finalidad de la reunión es promocionar o apoyar las actividades de una organización declarada fuera de la Ley. Conviene resaltar cómo, en este punto, se han dejado sin incriminar expresamente los casos —previstos en la Ley de Emergencia de Irlanda del Norte— de interviews realizadas en la televisión [como la hecha por Mary Holland, en la London Weekend Televisión, al Jefe de los miembros provisionales del I.R.A., Dávid O'Connell] con miembros de tales organizaciones ilegales. Es de presumir que, en caso de suceder en esta época concreta, tal actuación se viese incluida, por analogía, en las previsiones de la sección 1.<sup>a</sup>.

La sección 2.<sup>a</sup> castiga los supuestos en que cualquier persona ofrezca en un lugar público distintivos, emblemas, propaganda, etc..., de la mencionada organización. En cualquier caso, toda persecución penal por los delitos enumerados en estas dos secciones requieren previamente el consentimiento del Fiscal General. Asimismo, se exime de toda responsabilidad penal a los miembros de la organización ilegal que estuviesen adheridos a la organización antes de su proscripción y no hubiesen tomado parte en las actividades de aquélla desde la fecha de su proscripción.

Uno de los temas más delicados y a los que STREET dedica atención preferente es el de las *órdenes de exclusión*, en virtud de las cuales el Secretario de Estado puede prohibir la entrada o la residencia en territorio del Reino Unido a cualquier persona que «él» entienda relacionada con la comisión o la instigación de actos de terrorismo.

Partiendo de una definición del terrorismo, según la cual «significa el uso de la violencia por fines políticos e incluye cualquier empleo de la violencia con la finalidad de crear terror en la gente», la Orden de 1974 de Prevención del Terrorismo (Disposiciones adicionales de carácter temporal) autoriza al Secretario de Estado a expulsar o a obligar a cambiar de residencia a cualquier ciudadano sospechoso de tener relaciones con la organización terrorista declarada ilegal. Esta disposición choca abiertamente con las leyes que disponen que todo ciudadano del Reino Unido o sus Colonias, sea o no nacional, no puede ser obligado —salvo en virtud de sentencia judicial— a cambiar de domicilio o a irse de la nación, a menos que voluntariamente desee hacerlo. Cabe únicamente la posibilidad de enviarlo a Irlanda del Norte, en cuyo caso el Secretario del Interior, antes de pronunciar la *orden de exclusión*, deberá comprobar si posee también contactos de esa naturaleza en Irlanda del Norte. Todo ello complica la de por sí complicada problemática de las órdenes de exclusión.

Tal problemática fue planteada de modo claro y franco con motivo de la

(1) *Halsbury's Statutory Instruments*, 1974, núm. 2037.

(2) *Halsbury's Statutory Instruments*, 1974, 1975.

discusión del Proyecto de Ley en la Cámara de los Comunes, donde se reafirmó el principio de que únicamente los tribunales están autorizados para ordenar la deportación, el confinamiento, etc... A lo que se contestó por el Gobierno que las *órdenes de exclusión* pronunciadas por el Ministerio del Interior serían *exclusivamente* limitadas a casos en que no hubiese pruebas suficientes para ser aportadas ante un tribunal de justicia con tal fin. Argumento que no desvirtúa las razones de justificada alarma expuestas en el Parlamento, ya que tales órdenes producen una indefensión jurídica del individuo, de donde se deriva la necesidad —apuntada ya por Lord Justice Scarman en sus conferencias pronunciadas en Hamlyn en el curso 1974— de promulgar en Inglaterra un nuevo *Bill of Rights*, cuyo catálogo de derechos pueda conculcarse constitucionalmente por vía judicial al estilo norteamericano.

Y es que, en el caso de las órdenes de exclusión, el interesado o afectado tiene un plazo de cuarenta y ocho horas para recurrir la decisión ante el Ministro del Interior, el cual, si considera que en el recurso no se aportan motivos o razones suficientes, lo desestimará. Se prescinde entonces de uno de los derechos tradicionales del *Common Law*, ya apuntado y resaltado por Sir Edward COKE: el *due-process of law* o proceso debido con arreglo a la ley, que supone la comparecencia ante un tribunal de justicia, asistido por un abogado, con la copia del acta de la acusación, etc... Derechos hoy plenamente reconocidos en los tribunales norteamericanos, y que «por motivos de seguridad nacional» se desconocen, en tales casos, en el país de origen del *Common Law*. Idénticos argumentos esgrime STREET en lo que hace referencia a las órdenes de arresto y de detención, las cuales suponen una flagrante violación de las normales legales comunes imperantes en Inglaterra desde hace años.

Por último, al no existir en Inglaterra la pena capital [que, abolida por el *Murder Act*, 1965, reafirmado en 1969, ha pasado a ser una *reliquia* para los casos de traición y piratería con violencia (3)], la *escala de penas* para tal catálogo de delitos va desde un *período máximo de cinco años de prisión o multa*, o ambas penas a la vez, a un período de *seis meses* de prisión o multa que no exceda de 400 libras, o ambas conjuntamente; aparte de la alternativa de confiscación de bienes, dinero y propiedades en posesión del condenado destinados a ser utilizados en beneficio de la organización.

En cualquier caso, lo que más preocupa ahora en Inglaterra es, como hace ver el Parlamento, dar la máxima publicidad al modo cómo el Ministerio del Interior y la Policía hacen uso de los amplios poderes que le han sido conferidos por la Ley de 1974.

Pedro-Luis YÁÑEZ ROMÁN

---

(3) Pedro-Luis YÁÑEZ ROMÁN: *Anticonstitucionalidad de la pena de muerte en U.S.A.*, en *Anuario de Derecho Penal*, 1973, pág. 236, nota 20.

**INTERPOL****“Revista Internacional de Policía Criminal****Número 281. Octubre 1974****LEUTE, J.: “La nueva duda relativa a la posibilidad de enmendar a los delincuentes privándolos de libertad”.**

Se plantea el autor la eficacia del tratamiento penitenciario moderno. Considera que la tasa de reincidencias es por lo menos de un cincuenta por ciento, siendo el porcentaje mayor entre los jóvenes. En Francia, la reincidencia entre los delincuentes menores de treinta años es del sesenta por ciento, considerando un período de tiempo de diez años posterior a la salida de la prisión. Por otra parte, si se tiene en cuenta que más de la mitad de la población penitenciaria francesa tiene menos de esas edad hay que considerar grave el problema de la reincidencia.

Considera que la creación de nuevos establecimientos penitenciarios, la mejora del personal a todos los niveles —incluso los educadores—, así como la evolución del sistema progresivo de los regímenes penitenciarios no ha llevado a un resultado muy positivo, ya que el valor de la reincidencia es similar a épocas pasadas. El que en algunas instituciones modelos se consiga menor índice de reincidencia no tiene valor, pues lo que cuenta son los resultados globales de todos los centros de un país. El éxito parece estar más en las condiciones personales del director de la prisión y el personal que aplica el régimen, que no en el sistema en sí o en los propios establecimientos. En Francia la reincidencia es menor en los centros donde no se aplica el sistema progresivo que en las prisiones especializadas. Sin embargo, dice, ello no quiere decir que no se deban mejorar tanto las construcciones como la formación del personal. Estima que son muy pocos los delincuentes que pueden ser corregidos en prisión, resultando contraproducente separarles de la sociedad honrada para llevarles a la prisión con otros delincuentes más o menos corrompidos. Por otra parte, no puede hacerse un tratamiento penitenciario teniendo en cuenta la realidad de la vida que conoció el delincuente antes de la comisión del delito y a la que volverá una vez cumpla su condena. Termina diciendo que la prisión no intimida a muchos de los que ya pasaron por ella.

**Número 282. Noviembre 1974****NEPOTE, J.: “El crimen organizado”.**

Dice el autor que en esta forma de criminalidad es importante considerar en ocasiones que se trata de una sociedad paralela a la sociedad normal. Se basa esa sociedad en el temor y la corrupción. Cuando una organización quiere actuar en determinada zona geográfica ha de eliminar a sus adversarios, empleando uno

de estos dos métodos: en principio la eliminación física, y si ello no es posible se recurre a la compra del silencio por medio de la corrupción, que a veces llega hasta conseguir la complicidad de autoridad legales.

El crimen organizado presta una serie de servicios que son deseados por parte de la sociedad normal, pero que la misma no se los puede proporcionar —prestamos de dinero, juego, prostitución, etc., así como determinadas formas de protección relativas al sector comercial o profesional. Los conflictos que puedan surgir entre socios rivales se resuelven por un sistema comparable al de la sociedad en general: Código del honor, juicios, arbitrajes o sanciones. En esta forma de criminalidad no hay reparto de botín como puede suceder entre un grupo de atracadores o ladrones; tampoco dilapidan con facilidad lo que consiguen, como hace el delincuente vulgar, sino que los beneficios que se consiguen suelen invertirse en actividades legales.

Estima el autor que hasta ahora el crimen organizado solamente se ha implantado en Sicilia, Estados Unidos, Canadá y en algunas ciudades del Sudeste asiático, como Singapur y Hong-Kong. Europa todavía no tiene problema; ya que no se ocupan de corromper a la sociedad; no se conocen familias criminales capaces de controlar elecciones o corromper a la policía. El crimen organizado europeo se basa en la profesionalidad, lo que no es motivo de preocupación pese a su incremento. Sin embargo, no se da la delincuencia en sociedad paralela.

#### Número 283. Diciembre 1974

Se ocupa este número de la Revista de la Asamblea General de Interpol que se celebra anualmente. La del año 1974 tuvo lugar en el mes de septiembre en Cannes, siendo la número cuarenta y tres, con participación de representantes de los 120 países afiliados. De entre todo lo tratado cabe destacar:

— En relación al tráfico de estupefacientes se puso de manifiesto la importancia que está tomando el tráfico intercontinental, así como una mayor colaboración entre los países afiliados a Interpol. Han sido muy importantes los efectos que ha llevado consigo la prohibición del cultivo del opio en Turquía desde 1971, así como una mayor acción represiva en Francia y Estados Unidos. Sin embargo, este duro golpe al tráfico de opio y sus derivados puede verse modificado si el gobierno turco vuelve a autorizar su cultivo, como ha indicado.

El tráfico de cocaína sigue localizado. El mayor número de decomisos se da en Estados Unidos y Canadá, en este país uno de los sistemas más frecuentes de transporte es el correo postal. También en Europa se aprecia un incremento en el tráfico.

El cannabis sigue siendo el estupefaciente más utilizado. Cada vez se utiliza más el hachís líquido, por su menor volumen y mayor concentración. Como principales países de origen se citan Afganistán, Líbano y Marruecos. Este último es el mayor abastecedor de Europa, mientras que de Estados Unidos lo es América Latina.

En cuanto a los alucinógenos el cambio no ofrece apenas interés. Se aprecia una disminución en Estados Unidos del uso del LSD, como consecuencia del peligro que ofrece y los efectos imprevisibles.

— En cuanto a la falsificación de moneda el número de países cuya moneda fue falsificada se elevó en 1973 a un total de veintiocho, situación similar a la de los dos años anteriores. La moneda más afectada, como siempre, fue el dólar norteamericano.

En cuanto a moneda metálica, se descubrieron en nueve países moneda falsificada de dieciséis países.

También se registraron diversos casos de cheques falsos que interesan a los grandes bancos intercontinentales.

Alfonso SERRANO GÓMEZ

# NOTICARIO

**Hemos tenido el honor de recibir la siguiente carta, firmada por el famoso penalista venezolano don José Rafael Mendoza.**

Muy distinguido colega: Me complace en comunicarle que el IX Congreso Internacional de Defensa Social se celebrará en Caracas, Venezuela, en 1976. Se tratará de una interesante reunión, ya que, por una parte, ella ha de redundar en beneficio de nuestro país y de todas las naciones de América Latina, y que, por otra parte, los trabajos que se hagan se orientarán, al ejemplo de los grandes Congresos de Ciencias Humanas, totalmente hacia un tema de vasta importancia en el Tercer Mundo.

Para ilustrar a usted el tema escogido, que se dividirá en subtemas y se irá perfeccionando por la Comisión Científica, le informo que tratará sobre "Marginalidad y Desarrollo".

Se trata, por el momento, de una tesis que interesa a todas las ciudades americanas, en cuyos países las grandes ciudades tienen grupos que están al margen de los adelantos técnicos y sociales y que constituyen situaciones de periferia impresionantes por carecer de los elementos esenciales de vida y convivencia.

Mucho le agradecería prestar atención a esta primera circular explicativa de la importancia de la Reunión. Continuaré enviándole información sobre el desarrollo de este Congreso Internacional.

Me es grato saludarlo muy atentamente,

JOSE RAFAEL MENDOZA T..  
Presidente del Comité Organizador

# INDICE GENERAL DEL TOMO XXVIII

## FASCICULO II

Mayo - agosto MCMLXXXV

### Sección Doctrinal

	<i>Páginas</i>
<i>Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo</i> , por José Cerezo Mir ... ..	159
<i>Las inhabilitaciones y suspensiones en el Derecho positivo español</i> , por José Luis Manzanares Samaniego ... ..	176
<i>Relaciones entre el Derecho penal griego y el Derecho penal alemán</i> , por Anna Benakis ... ..	229

### Sección Legislativa

<i>Ley 26/1975 de 27 de junio, sobre modificación del artículo 549 del Código penal</i> ... ..	235
--	-----

### Sección de Jurisprudencia

<i>Jurisprudencia penal 1975</i> , por Pedro-Luis Yáñez Román ... ..	237
--	-----

### Revista de Libros

GARCÍA VALDÉS: <i>No a la pena de muerte</i> , por Manuel Gurdíel Sierra ... ..	259
LÓPEZ RIOCEREZO, J. M.: <i>Criminales de la paz</i> , por Alfonso Serrano Gómez ... ..	262
MALINOWSKI, M.: <i>Crimen y costumbre en la sociedad salvaje</i> , por Alfonso Serrano Gómez ... ..	263



MATTES, H.: <i>La prisión preventiva en España</i> , por Miguel Bajo Fernández ... ..	265
PATALANO, VICENZO: <i>L'associazione per delinquere</i> , por Antonio García Pablos de Molina ... ..	267
TOHARIA, JOSÉ JUAN: <i>El juez español. Un análisis sociológico</i> , por Pedro-Luis Yáñez Román ... ..	268
MIR PUIG, SANTIAGO: <i>La reincidencia en el Código penal</i> , por Pascual Meneu Monleón ... ..	279

**Revista de Revistas**

GRAN BRETAÑA: <i>Criminal Law Review</i> , por Pedro-Luis Yáñez Román ... ..	281
INTERPOL: <i>Revista Internacional de Policía Criminal</i> , por Alfonso Serrano Gómez ... ..	284
NOTICIARIO ... ..	287

## Sección Legislativa

<i>Ley 26/1975 de 27 de junio, sobre modificación del artículo 549 del Código penal</i> .....	235
---	-----

## Sección de Jurisprudencia

<i>Jurisprudencia penal 1975, por Pedro-Luis Yáñez Román</i> .....	237
--	-----

## Revista de Libros

GARCÍA VALDÉS: <i>No a la pena de muerte</i> , por Manuel Gúrdiel Sierra.	259
LÓPEZ RIOCEREZO, J. M.: <i>Criminales de la paz</i> , por Alfonso Serrano Gómez .....	262
MALINOWSKI, M.: <i>Crimen y costumbre en la sociedad salvaje</i> , por Alfonso Serrano Gómez .....	263
MATTES, H.: <i>La prisión preventiva en España</i> , por Miguel Bajo Fernández .....	265
PATALANO, Vincenzo: <i>L'associazione per delinquere</i> , por Antonio García Pablos de Molina .....	267
TOHARIA, José Juan: <i>El juez español. Un análisis sociológico</i> , por Pedro-Luis Yáñez Román .....	268
SANTIAGO MIR PUIG: <i>La reincidencia en el Código penal</i> , por Pascual Meneu Monleón .....	279

## Revista de Revistas

GRAN BRETAÑA: <i>Criminal Law Review</i> , por Pedro-Luis Yáñez Román.	281
INTERPOL: <i>Revista Internacional de Policía Criminal</i> , por Alfonso Serrano Gómez .....	284

Noticario .....	287
-----------------	-----

Suscripción anual: España, 800,— pesetas  
Extranjero, 950,— pesetas  
Número suelto, España, 350,— pesetas  
Extranjero, 450,— pesetas