

dimensión política de la labor jurisprudencial, los entresijos de la justicia en guerra⁸ o la impracticable preservación de las estructuras estatales en la zona republicana desde julio de 1936.

El epílogo, por último, permite asimismo aproximarnos al doloroso desarraigo del exilio a través de un Mariano Gómez desahuciado, desengañado e intelectualmente paralizado⁹. Con ello se muestra la profunda injusticia que fue infligida sobre numerosas personas por motivos ideológicos. Y es esta injusticia la que el ejercicio de la historia como memoria pretende al menos contribuir a reparar. Bienvenidos sean, pues, libros como *Una historia sin justicia*, que ayudan a ir logrando ese noble fin al paso que rescatan para el saber jurídico las reveladoras experiencias de sus más inmediatos antepasados.

SEBASTIÁN MARTÍN

MAFERRER DOMINGO, Aniceto. *La inhabilitación y suspensión del ejercicio de la función pública en la tradición penal anglosajona. Especial consideración al derecho francés, alemán, español, inglés y norteamericano.* Ministerio del Interior, Madrid, 2009. 484 pp. ISBN 978-84-8150-287-9

El estudio de la pena de infamia en España y su correspondiente publicación (2001), ha servido al profesor Masferrer, titular de la Universidad de Valencia, para hilvanar aquella investigación que fue objeto de su tesis doctoral con el pormenorizado estudio de otras dos penas que, a pesar de su relevancia práctica, no han tenido hasta ahora una dedicación destacada ni en la doctrina ni tampoco han merecido una dedicación notoria en la investigación histórico-jurídica. De esta manera, este ilustre historiador del derecho nos sorprende ahora con un extenso trabajo titulado «La inhabilitación y suspensión del ejercicio de la función pública en la tradición penal europea y anglosajona» que, publicado este año 2009, consiguió el primer accésit del Premio nacional Victoria Kent 2008.

La obra del profesor Masferrer es un trabajo concienzudo, fruto de su pelea continuada con los textos legales, los doctrinales y con los de aplicación del derecho. Se trata, pues, de un estudio complejo, de dificultosa realización, que desde el principio nos enfrenta a un método de estudio poco utilizado entre los historiadores del derecho (salvo honrosas excepciones), pues exige abordar el conocimiento de unas normas sancionadoras desde una óptica verdaderamente original que constituye en sí misma un reto. Se trata del análisis del derecho penal histórico desde una perspectiva comparada que,

⁸ Tema sobre el que puede verse la obra de Raúl C. CANCIO FERNÁNDEZ, *Guerra civil y tribunales: de los jurados populares a la justicia franquista (1936-1939)*, Cáceres, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Extremadura, 2007.

⁹ Es llamativo el número de atractivos títulos que Mariano GÓMEZ decía tener ultimados en esas fechas y que nunca llevó a la imprenta. A la lista de publicaciones en el exilio que MARZAL facilita, cabría añadir algún texto más, como sus artículos en la revista argentina *La Ley* sobre «La Magistratura y los nuevos recursos de «plena jurisdicción» y de «ilegitimidad»» publicados en los tomos 20 y 21, correspondientes a los años 1940 y 1941, a los que tengo acceso gracias a la gentileza del buen colega Alejandro Agüero.

superando el plano estrictamente nacional, se adentra en las semejanzas, paralelismos y contradicciones que se han producido en diferentes países a lo largo de la historia cuando en ellos se ha pretendido regular la imposición de dos penas concretas: la inhabilitación y la suspensión en el ejercicio de la función pública. Es decir, en otras palabras, cuando se ha planteado la imposición de dichas sanciones, ¿cuál ha sido la solución que el legislador ha elegido en los países de nuestro ámbito cultural actual? Ya sea en Francia, en Alemania, en Inglaterra o en los Estados Unidos, ¿se han regulado estas sanciones de la misma manera que en España? ¿Cómo se ha reflejado en las leyes? ¿Qué evolución ha tenido la regulación jurídica en cada uno de ellos? ¿Se ha partido de los mismos principios? ¿A qué conclusiones se ha llegado? ¿Cuál ha sido la discusión doctrinal por excelencia que ha prevalecido a la hora de imponer unas u otras penas en los mencionados países? Y finalmente, ¿cómo se han aplicado estas penas por los diferentes tribunales a lo largo de la historia?

Naturalmente, con ser de por sí un objetivo dificultoso, ésta no es la esencia del estudio, si bien pudiera parecer suficiente a primera vista. Y no lo es porque el profesor Masferrer ha estimado que abordar con tales limitaciones el trabajo conduciría sin remedio a una investigación meramente descriptiva de las normas que se han dictado sobre la materia y de la doctrina jurídica que ha servido al legislador para sustentar su declaración de voluntad. Al contrario, el profesor Masferrer ha optado por explicar las razones que han conducido a las divergencias en el tratamiento de estas penas. Entiende con Ortega que en la historia, «es el descubrimiento del porqué todavía más ineludible incluso que en física ya que no sólo el historiar es, a fuer de conocimiento, pesquisa de por qué las cosas son como son, sino que lo historiado, lo conocido, la cosa misma que de ella habla está hecha de porqués». Desentrañar los porqués de las disimilitudes que nuestro autor descubre en las diferentes legislaciones y promover una futura transformación de la legislación en este campo tan específico es el objeto de esta obra que el lector dispone desde ahora.

Con este ambicioso objetivo, el estudio da comienzo con una primera parte que, titulada «las penas inhabilitantes en el derecho anterior a la codificación», analiza el derecho penal del Antiguo Régimen en Castilla y Cataluña tomando como punto de referencia fundamental la Novísima Recopilación y la tercera Recopilación catalana. En estos textos se recogen tres tipos de penas: la privación del oficio público, la inhabilitación, relacionadas ambas con la pena de infamia, y la suspensión. Cuestión que el autor elude es el grado de aplicación de las normas en esta cuestión pues, en su opinión, es probable que los delitos que promovían la imposición de tales penas, salvo en casos graves, quedaran impunes, pues la responsabilidad era exigida por el propio Rey que era el que había designado al oficial convicto (p. 54).

La segunda parte de la obra, su primer capítulo se centra en el estudio comparado de las penas de suspensión e inhabilitación para el ejercicio de la función pública en el derecho francés y el belga durante la etapa codificadora. En relación con el primero, Masferrer se enfrenta con el estudio del Código Penal de 1791 y al napoleónico de 1810, textos que transforman el derecho criminal del absolutismo, planteando el autor la escasa utilidad del dilema doctrinal sobre la reforma o la ruptura que tales textos pudieron suponer. Será en esta última norma donde, a pesar de su mayor rigor represivo, la pena de inhabilitación para el ejercicio de la función pública deja ya de tener carácter infamante.

Finalmente, estudia la reforma de 1832 que introdujo la detención dentro de las penas aflictivas e infamantes, —desaparece la picota—, al tiempo que suprimía las penas de marca y confiscación de bienes. Después de ocuparse en las posiciones propuestas por la doctrina francesa en torno a las penas «inhabilitantes» y su conveniencia dentro del sistema punitivo francés, se enfrenta nuestro autor con el estudio de la codificación

belga, en buena medida deudora de la francesa al haber regido el *Code penal* napoleónico en aquel país desde 1811 hasta 1867.

En el capítulo II de esta segunda parte aborda la obra el estudio de las «penas inhabilitantes» en la codificación penal alemana en la que se conciben como sanciones accesorias de penas principales como la de presidio, tendencia que ya se apreciaba en el siglo XVIII. No obstante, la tarea codificadora alemana se verá notablemente influenciada por el Código francés de 1810 tanto en el Código penal bávaro de 1813 como en el prusiano de 1851 en el que las «penas inhabilitantes» quedan eliminadas como autónomas, manteniéndose excepcionalmente ese carácter tan sólo la inhabilitación para la función pública, otorgando a tales sanciones un carácter infamante que recuerda el sistema ya superado de las *Ehrenstrafen* («penas contra el honor»), más propias del Antiguo Régimen.

La reforma de 1871, en la que se publica el Código Penal del Imperio, perfecciona el carácter accesorio de estas penas, destacando su dependencia de la pérdida de los derechos civiles así como su imposición cuando la pena principal sea la de muerte o la de presidio. La evolución criticable de estas sanciones que se edifica en una época tan tardía, según destaca el autor, se debe no tanto a su naturaleza jurídica accesorio, sino a que se concibían como una consecuencia de la pérdida de los derechos civiles y, aún sin llegar a constituir la muerte civil, se sigan considerando como penas infamantes (p. 139).

Entre 1871 y 1969 son escasas y de poca profundidad las reformas legales relativas a la inhabilitación para el ejercicio de la función pública remarcando su introducción como consecuencia o efecto accesorio de la pena principal. Todo ello a pesar de que los diferentes Códigos alemanes no se habían ocupado de regular con precisión una cuestión tan trascendental como la duración de las penas de inhabilitación para el ejercicio de la función pública, asunto que debía resolver el juez en la misma sentencia de cada caso concreto (p. 183).

En el capítulo III, Masferrer analiza la evolución de estas penas en la codificación española subrayando la relevancia del Código penal de 1848 que, al no reconocer ninguna pena infamante, supondrá una renovación cualitativa que llegará hasta nuestros días. Sólo el Código de 1928 introducirá una modificación notable cuando suprima el carácter perpetuo de las penas inhabilitantes, transformación que se verá reducida cuando el propio texto prescriba la imposición de tales sanciones aplicando tanto el principio de legalidad como el arbitrio del tribunal sancionador. El Código penal de 1932 y el de 1944 recogerán la modificación del texto de 1928 citada, pero no admitirán en modo alguno que la imposición de estas penas dependa del acuerdo del juez que sentencie la causa. Más tarde, el Código penal de 1973 y la reforma de 1995 permanecerán, en líneas generales, fieles a la tradición recibida del texto de 1848.

El autor, al tratar de la opinión de la doctrina acerca de las penas de suspensión e inhabilitación no tiene más remedio que asumir la escasa trascendencia que los comentaristas les otorgaron, inclinándose la mayor parte de los autores por aceptar la regulación del texto de 1848 por consagrar una práctica que además de racional era antigua. Sólo González Serrano critica la imposición de «penas inhabilitantes» como accesorio de otras sanciones por entender que hasta los propios tribunales «olvidaban» de imponerlas, especialmente cuando se trataba de causas relacionadas con el ejercicio de actividades políticas, dándose el caso de que en más de una ocasión se sentaban diputados electos condenados a la pena de inhabilitación porque el Gobierno de turno era tolerante. Si esta es la práctica real, más vale, concluía este jurista citado por Masferrer, suprimir del Código penal penas que luego no se aplican (p. 274).

Finalmente, el autor estudia la imposición de estas penas por los tribunales españoles, en particular las Audiencias Provinciales y el Tribunal Supremo, reseñando cómo a partir del Código de 1870 la jurisprudencia no concretaba en todos los supuestos los

cargos a los que alcanzaba la inhabilitación, refugiándose en muchas ocasiones en fórmulas ambiguas. Y cómo es a partir de 1942 cuando la jurisprudencia del Tribunal Supremo establece por vez primera que los juzgadores especifiquen expresamente los cargos o empleos públicos a cuya privación se condena al reo, decisión que luego la propia práctica de los tribunales se encargaría de incumplir.

Dada esta realidad y como colofón a este capítulo, el autor propone la necesidad de una serie de reformas que son, entre otras, la supresión de las penas inhabilitantes como accesorias, aplicándolas únicamente cuando así lo determine la ley para una acción anti-jurídica; la ampliación de la pena de suspensión en los delitos de menor gravedad y la búsqueda del fin correctivo y resocializador de estas penas de forma que la inhabilitación o la incapacitación legal se restrinja a determinados puestos de trabajo (p. 316).

La tercera parte del libro es la destinada al análisis de estas penas en la tradición criminal anglosajona donde Masferrer comienza por destacar la indiferencia con que estas cuestiones son tratadas por los juristas ingleses hasta el punto de poderse afirmar que las inhabilitaciones nunca formaron parte de su sistema punitivo. Al contrario de lo que ocurre en América, donde su doctrina ha mostrado por ellas un interés mucho mayor en los últimos años.

La obra del profesor Masferrer resulta, como se ha reseñado al comienzo de estas líneas, un trabajo complejo pues, en nuestra opinión, inaugura en buena medida un método de trabajo al que no estamos habituados. El estudio del derecho comparado, con las complicaciones que esa opción conlleva, tiene como fruto un libro denso, de difícil lectura, ya que exige conocer no sólo la historia del derecho hispano, sino también la de los países de nuestro entorno cultural, Francia, Inglaterra, Alemania y Estados Unidos.

Si escribir esta obra ha requerido un enorme esfuerzo también su autor ha debido asumir una serie de renunciaciones que, sin duda, lastran la eficacia de la misma. En particular se añora la ausencia de un referente histórico capaz de suavizar la excesiva concentración de elementos jurídicos y, al tiempo, de servir de hilo conductor a toda la narración. De la manera con que está expuesto se puede tener la sensación de la existencia real de una autonomía del Derecho que sabemos que el autor no comparte. Por otro lado, la primera parte en la que se tratan las penas inhabilitantes en el derecho anterior a la codificación, solicita un tratamiento semejante cuando se habla del derecho de otras naciones. Es evidente que tal posibilidad no es viable por la especialidad del trabajo. Pero no por ello queda de manifiesto un cierto desequilibrio. Tal vez ello habría supuesto otorgar al trabajo una extensión desmedida y acaso inviable en el supuesto de mantener el rigor escrupuloso que el autor pretende y consigue. Razón por la que lograr un cierto equilibrio hubiera hecho bueno el adagio de que «elegir es prescindir».

No obstante, la obra del profesor Masferrer ve cumplidas las expectativas del jurista más exigente, no solo por su claridad expositora, sino por la precisión conceptual de sus contenidos, rigor que resulta enriquecido por el empleo del método comparativo que pone en evidencia las diferencias y similitudes existentes no sólo entre diversos ordenamientos jurídico-penales de la tradición continental o europea, sino también entre los dos más relevantes de la tradición del *Common law* (Inglaterra y Estados Unidos).

En definitiva, estamos ante una obra brillante que refleja el tesón y el coraje de su autor para enfrentarse a un trabajo tan interesante como denso, tan concienzudo como complejo. Dificultades de las que sale airoso cumpliendo plenamente su objetivo principal: el análisis de las divergencias de las penas inhabilitantes en el contexto histórico-jurídico de nuestro entorno en la época de la codificación.

JUAN SAINZ GUERRA