

***PRESENTE Y FUTURO  
DE LA CONSTITUCIÓN  
ESPAÑOLA DE 1978***

**FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSITAT DE VALÈNCIA**



**UNIVERSITAT DE VALÈNCIA**

**tirant lo blanch**

Valencia, 2005

*El alcance de la prohibición de las penas inhumanas y degradantes en el constitucionalismo español y europeo. Una contribución histórico-comparada al contenido penal del constitucionalismo español y alemán*

ANICETO MASFERRER DOMINGO  
Facultad de Derecho. Universitat de València

---

**SUMARIO:** I. La prohibición de las *penas inhumanas y degradantes* en el constitucionalismo español. 1. El constitucionalismo español y la salvaguarda de los derechos fundamentales. 2. El reformismo penal ante el orden constitucional: breve aproximación histórica al contenido penal de las Constituciones españolas. 3. La introducción de la prohibición de las *penas o tratos inhumanos y degradantes* en la Constitución de 1978. II. El caso alemán: la inexistencia de una prohibición expresa de las *penas inhumanas y degradantes* en el constitucionalismo alemán. 1. Una aproximación histórica al contenido penal de las Constituciones alemanas. 2. El carácter infamante de las penas de inhabilitación y suspensión para el ejercicio de la función pública

El art. 15 de la Constitución de 1978 recogió la prohibición de las «penas o tratos inhumanos y degradantes», disposición que, careciendo de precedente alguno en el constitucionalismo español, hunde sus raíces en la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre* de 1948, así como en el *Convenio Europeo de Derechos Humanos* firmado en Roma en 1950<sup>1</sup>.

No todos los países del entorno europeo que suscribieron el mencionado Convenio optaron, como España, por introducir expresamente esta disposición en el articulado de su Carta Magna, si bien en todos ellos rige la prohibición de tales penas o tratos inhumanos y degradantes. Alemania es un ejemplo bien

---

<sup>1</sup> Art. 5 de la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre* (1948): «Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes»; art. 3 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos* (1950): «Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes».

elocuente, pues refleja precisamente esta opción, sin mermar lo más mínimo las garantías del derecho fundamental al honor y dignidad de la persona. En realidad, ningún texto constitucional español anterior al vigente se había pronunciado en este sentido, y de ello no debe colegirse que hasta 1978 el constitucionalismo español no hubiera sabido salvaguardar y proteger estos derechos fundamentales, permaneciendo bajo el cobijo de la dignidad humana, la vida o la integridad personal.

La expresión «penas o tratos inhumanos o degradantes» contiene una variedad y riqueza de contenido, no siempre fácilmente delimitable. El objeto de la presente contribución no se centra tanto en los «tratos» como en las «penas» inhumanas o degradantes. Quedan fuera de este estudio, pues, tales «tratos» que, en buena medida, tienen que ver con la práctica de la tortura, tema de sumo interés pero ya abordado por la historiografía penal<sup>2</sup>.

El derrumbamiento del Antiguo Régimen y el advenimiento del Estado constitucional de corte liberal propició unas serie de transformaciones cuyas consecuencias jurídicas resultaron notabilísimas en el ámbito penal, y más en particular, en la evolución de nuestro sistema punitivo. Sin embargo, la reforma de la tipología penal llevada a cabo en la etapa constitucional fue más lenta y gradual de lo que en principio pudiera parecer. La expresión «penas inhumanas y degradantes» nos remite a una serie de castigos infamantes cuya vigencia, bien se trunca en los inicios del movimiento codificador<sup>3</sup>, bien se mantiene, en algunos casos, hasta hace bien poco<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Es bien conocido el interesante estudio al respecto de MAQUEDA ABREU, María Luisa: «La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes», *Anuario de Derecho Penal y de las Ciencias Penales* (1986), fasc. II, págs. 423-484; sobre la tortura en la historiografía española y europea, véanse las referencias bibliográficas recogidas en la nota 37 y 38.

<sup>3</sup> Un ejemplo concreto sería el de la pena de infamia, abolida definitivamente en 1848 (art. 23 CP 1848); al respecto véase MASFERRER DOMINGO, Aniceto: *La pena de infamia en el Derecho histórico español. Contribución al estudio de la tradición penal europea en el marco del ius commune*. Madrid, Dykinson, Madrid, 2001.

<sup>4</sup> Para una panorámica general al respecto, véase el reciente estudio de MASFERRER DOMINGO, Aniceto: *Tradición y reformismo en la Codificación penal española. Hacia el ocaso de un mito. Materiales, apuntes y reflexiones para un nuevo enfoque metodológico e historiográfico del movimiento codificador penal europeo*. Prólogo de J. Sainz Guerra, Universidad de Jaén, 2003, y más concretamente las págs. 76-86 y 159-188.

## I. LA PROHIBICIÓN DE LAS PENAS INHUMANAS Y DEGRADANTES EN EL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL

De entrada la expresa introducción de esta prohibición de las «penas inhumanas y degradantes» por el legislador constitucional de 1978 bien podría tildarse de anacrónica o, por lo menos, intempestiva, habida cuenta de que se recoge en un momento en el que los castigos infamantes y deshonorosos ya formaban parte de nuestra primigenia historia constitucional. ¿A qué se debió el interés del legislador por dejar constancia expresa de tal prohibición? Es muy posible que respondiera a la reciente etapa histórica que se cerraba con la Transición, así como a la voluntad de secundar lo más fielmente posible aquellos textos de ámbito internacional que recogían el reconocimiento expreso de un elenco de derechos fundamentales, algunos de los cuales habían sido escasamente salvaguardados en el periodo franquista.

Aunque *a priori* pueda resultar sorprendente sostener que hoy en día el sistema punitivo español contenga pena alguna de carácter infamante, no son pocos los penalistas que, atraídos por ciertas corrientes y tesis científicas defendidas por la doctrina alemana, sostienen la conveniencia de terminar de erradicar ciertos vestigios de las vetustas penas infamantes, reivindicando la abolición de las penas de inhabilitación y suspensión para el ejercicio de la función pública, tal como se hiciera en Alemania a principios de los años setenta.

¿Cuándo surge esta discusión en España? ¿En qué se basa? ¿En qué medida y cuándo fue introducida por la doctrina alemana? ¿Resulta sostenible y, en consecuencia, atendible esta reivindicación de supresión de tales penas por atentar contra el art. 15 de nuestro texto constitucional? ¿En qué supuestos podía estar pensando nuestro legislador constitucional al recoger la expresión «penas inhumanas y degradantes»? He aquí el hilo conductor y algunas de las cuestiones que abordaremos en este estudio elaborado con motivo del 25 aniversario de la promulgación de nuestro vigente texto constitucional.

### 1. El constitucionalismo español y la salvaguarda de los derechos fundamentales

Al Absolutismo monárquico propio del *Ancien Régime* le sucedió el Estado liberal de corte constitucional garantizador de los derechos y libertades del individuo frente al Estado. De ahí la importancia de la *Declaración de derechos*, pilar fundamental e ineludible de cualquier Constitución.

En este sentido, una Constitución que no reconociera la soberanía nacional (compartida o no con la monarquía)<sup>5</sup>, la división de poderes<sup>6</sup>, así como un mínimo de derechos y libertades fundamentales para los ciudadanos frente a los posibles abusos del Estado no sería propiamente una Constitución, ni merecería —por tanto— ser llamada como tal<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Sobre la noción histórica de soberanía, véanse, por ejemplo, las obras de BERMEJO CABRERO, J.L., «Orígenes medievales de la idea de soberanía», *Revista de Estudios Políticos*, 200 a 201 (1975), págs. 283 a 290; LACALZADA DE MATEO, M.J., «El Estado liberal en España durante el siglo XIX. La cuestión de la soberanía entre ilustrados, doctrinarios y racionalistas armónicos», en *Ius Fugit*, 3-4 (1994-1995), págs. 419-436; IGLESIA FERREIROS, A., *Autonomía y soberanía*, Madrid, Marcial Pons, 1996; LORENTE SARIÑENA, M., «Autonomía y soberanía: entre la historia conceptual y la historia del derecho», en *Initium*, 3 (1998), págs. 487-530; PUNSET, Ramón: «En el Estado constitucional hay soberano (reflexiones para una teoría jurídica de la soberanía nacional)», *Soberanía y Constitución* (Ramón Punset, Coord.), *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional* 1/1998, Oviedo, págs. 329-359; GONZÁLEZ CASANOVA, José Antonio: «La cuestión de la soberanía en la historia del constitucionalismo español», *Soberanía y Constitución* (Ramón Punset, Coord.), *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional* 1/1998, Oviedo, págs. 295-326; MÁIZ, Ramón: «Los dos cuerpos del soberano: el problema de la soberanía nacional y la soberanía popular en la revolución francesa», *Soberanía y Constitución* (Ramón Punset, Coord.), *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional* 1/1998, Oviedo, págs. 167-201; GARCÍA MARÍN, José M.: «La doctrina de la soberanía del monarca (1250-1700)», *Soberanía y Constitución* (Ramón Punset, Coord.), *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional* 1/1998, Oviedo, págs. 21-84; SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José: «El problema de la soberanía en el Estado autonómico», *Soberanía y Constitución* (Ramón Punset, Coord.), *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional* 1/1998, Oviedo, págs. 461-502.

<sup>6</sup> Sobre la división de poderes, véanse VALLET DE GOYTISOLO, J., *Montesquieu. Leyes, gobiernos y poderes*, Madrid, 1986; BLANCO VALDÉS, R.L., *El valor de la Constitución: separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Madrid, 1998; CLAVERO, B., «Propototipo constituyente: de los derechos a los poderes», *Razón de estado, razón de individuo, razón de historia*, Madrid, 1991, págs. 129-158; GARCÍA MADARIA, J.M., *Estructura de la Administración central (1808-1931)*, Madrid, 1982.

<sup>7</sup> Para una visión panorámica del constitucionalismo español, véanse, entre otros, los antiguos estudios de FERNÁNDEZ ALMAGRO, Melchor: *Orígenes del régimen constitucional en España*. Barcelona, 1928; SÁNCHEZ AGESTA, Luis: *Historia del Constitucionalismo español*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1955; SEVILLA ANDRÉS, Diego: *Constituciones y otras Leyes y Proyectos políticos de España*. Madrid, Editorial Nacional, 1969; y los ya antiguos —o elaborados tras el régimen franquista— de GARCÍA FERNÁNDEZ, Fco. Javier / ESPÍN, Eduardo / ESTEBAN, Jorge de: *Esquemas del constitucionalismo español: 1808-1976*. Universidad Complutense de Madrid, 1976; SOLÉ TURA, Jordi / AJA, Eliseo: *Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936)*. Madrid, Siglo XXI, 1977; ALEJANDRE GARCÍA, Juan A. / GACTO FERNÁNDEZ, E.: *Temas de Historia del Derecho:*

Seguendo la moderna terminología de la doctrina constitucionalista, las Constituciones cumplen dos funciones primordiales: 1) consagrar los principios que servirán de guía para los órganos del poder público, y 2) organizar el ejercicio del poder del Estado; el articulado relativo a la primera y segunda componen la parte dogmática y orgánica, respectivamente.

En este sentido, bien puede decirse que el Constitucionalismo español, así como el europeo y americano, se caracterizó desde sus inicios por la presencia de esta «parte dogmática» en la que se establecen los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos.

En consonancia con el carácter esencial e imprescindible de la *Declaración de derechos* en cualquier texto constitucional, la historiografía española no ha escatimado esfuerzos en el estudio de esta parte fundamental<sup>8</sup>, sin la cual no

*Derecho del Constitucionalismo y la Codificación*. Sevilla, 1978 (vol. I) y 1979 (vol. II); FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *Las Constituciones históricas españolas*. Madrid, ICAE, Universidad Pontificia, 1982; CLAVERO, Bartolomé: *Evolución histórica del constitucionalismo español*. Madrid, Tecnos, 1984; del mismo autor: *Manual de historia constitucional de España*. Madrid, Alianza Editorial, 1989 (reimpres., 1990); TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Códigos y Constituciones (1808-1978)*. Madrid, Alianza Editorial, 1989; del mismo autor: «Notas para una nueva historia del constitucionalismo español», *Sistema* 17-18 (abril, 1977), págs. 71-88; del mismo autor: «La Constitución de 1978 y la historia del constitucionalismo español», *AHDE* 50 (1980), págs. 721-751; TOMÁS VILLAROYA, Joaquín: *Breve historia del constitucionalismo español*. Barcelona (ed. Planeta), 1976 y Madrid (Centro de Estudios Constitucionales), 1981.

<sup>8</sup> ROJAS SÁNCHEZ, G., *Los derechos políticos de asociación y reunión en la España contemporánea, 1811-1936*, Pamplona, 1981; FIORAVANTI, M., *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, trad. de M. Martínez Neira, presentación de C. Álvarez Alonso, Madrid, 1996; SOLÍS FERNÁNDEZ, J., «Maurizio Fioravanti, Los derechos fundamentales. Apuntes de Historia de las constituciones», *IUS FUGIT. Revista Interdisciplinar de Estudios Histórico-Jurídicos*, 1996-1997, 5-6, pág. 539 y ss.; CLAVERO, B., «Propiedad como libertad: la declaración del Derecho de 1812», *AHDE*, LIX (1990), págs. 20-101; MATILLA, María Jesús / FRAX, Esperanza: «Libertad de industria y comercio. El derecho de propiedad», *Ayer* 34 (1999): *Derechos y Constitución* (Rafael Flaquer Montequi, ed.). Madrid, Marcial Pons, 1999, págs. 17-40; BERMEJO CABRERO, J.L., «Prensa política en los orígenes del constitucionalismo», *AHDE*, LXVI (1996), págs. 615-652; del mismo autor, «La Junta de Protección de la Libertad de Imprenta en el Trienio Liberal», *AHDE*, LXVIII (1998), págs. 11-44; FIESTAS LOZA, A., «La libertad de imprenta en las dos primeras etapas del liberalismo español» *AHDE*, LIX (1989), págs. 351-490; MARCUELLO BENEDICTO, Juan Ignacio: «La libertad de imprenta y su marco legal en la España liberal», *Ayer* 34 (1999): *Derechos y Constitución* (Rafael Flaquer Montequi, ed.). Madrid, Marcial Pons, 1999, págs. 65-91; VALLEJO, J., «Orden, libertad, justicia. Figuración constitucional republicana (1873)», *AHDE*, LVII (1997), I, págs. 821-846; VALLOSO, M.L., «Los orígenes constitucionales del derecho de asociación en España (1868-1923)», *Revista de Derecho Público*, LXXXVIII-LXXXIX (1982), págs. 593-643; FLAQUER MONTEQUI, Rafael: «Los derechos de asocia-

puede —ni debe— hablarse propiamente de «Constitución» en el sentido moderno de la expresión<sup>9</sup>.

Así como el Constitucionalismo tiene su historia, lo mismo cabe decir de las *Declaraciones de derechos*, cuyo estudio revela la lenta pero gradual ampliación de su marco y alcance sustantivo. En este sentido, poco tienen que ver las *Declaraciones de derechos* de finales del siglo XVIII (piénsese en la americana de 14 de diciembre 1774, así como en la francesa de 26 de agosto de 1789) con las que se sucederían a partir de la I Guerra Mundial, más sensibles con los derechos sociales y económicos, al tiempo que reclamaban del Estado una labor intervencionista, bien impropia de la ideología liberal. Es en este nuevo contexto cuando las Constituciones no se limitan tan sólo a consagrar una serie de derechos, sino que procuran establecer mecanismos que vengán a garantizar el efectivo ejercicio de los mismos<sup>10</sup>.

Tras la II Guerra Mundial, surgen dos nuevas *Declaraciones de derechos*, una de ámbito universal y otra europea, que se erigieron en referente ineludible para los Estados que, a lo largo de la segunda mitad de la pasada centuria, se dispusieron a redactar y aprobar su Carta Magna<sup>11</sup>. En el marco europeo, salvo

ción, reunión y manifestación», *Ayer* 34 (1999): *Derechos y Constitución* (Rafael Flaquer Montequí, ed.). Madrid, Marcial Pons, 1999, págs. 155-175; CABRERA BOSCH, María Isabel: «La libertad religiosa», *Ayer* 34 (1999): *Derechos y Constitución* (Rafael Flaquer Montequí, ed.). Madrid, Marcial Pons, 1999, págs. 93-125; PRIETO, Rosario: «Instrucción: derecho a saber y derecho a enseñar», *Ayer* 34 (1999): *Derechos y Constitución* (Rafael Flaquer Montequí, ed.). Madrid, Marcial Pons, 1999, págs. 127-154; sobre el derecho de sufragio, CABALLERO DOMÍNGUEZ, Margarita: «El derecho de representación: sufragio y leyes electorales», *Ayer* 34 (1999): *Derechos y Constitución* (Rafael Flaquer Montequí, ed.). Madrid, Marcial Pons, 1999, págs. 42-63.

<sup>9</sup> Lo cual no significa que, con anterioridad al constitucionalismo liberal, el Derecho peninsular y europeo no otorgara un cierto régimen de derechos y libertades; al respecto, véanse los trabajos de LALINDE ABADÍA, J., «Las libertades aragonesas», (Zaragoza), Excmo. Diputación Provincial de Zaragoza, XXXIX-XL (1975), págs. 89-118; también publicado en *Cuadernos de Historia «Jerónimo Zurita»* (Zaragoza), Institución Fernando El Católico (C.S.I.C.) de la Excmo. Diputación Provincial de Zaragoza, 25-26 (1972-1973-1975), págs. 7-36; «Los derechos individuales en el "Privilegio General" de Aragón», *AHDE*, XLVIII (1978), págs. 585-592.

<sup>10</sup> ÁLVAREZ ALONSO, Clara: «Los derechos y sus garantías (1812-1931)», *Ayer* 34 (1999): *Derechos y Constitución* (Rafael Flaquer Montequí, ed.). Madrid, Marcial Pons, 1999, págs. 155-175.

<sup>11</sup> Y así se reconocía en la parte final del propio Preámbulo de la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre* de 1948: «como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacio-

Alemania, Austria, Italia, Irlanda y Reino Unido<sup>12</sup>, la mayoría de los países —inclusive el nuestro— aprobaron su Constitución con posterioridad a 1950<sup>13</sup>.

nal, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción»; al respecto, véase también el estudio de CLAVERO, Bartolomé: «Derechos humanos y derechos constitucionales: cincuentenario de la Declaración Universal», *Cortes y Constitucionalismo. Actas de los XIV Encuentros de Historia y Arqueología*. San Fernando, 1998, págs. 95-108.

<sup>12</sup> Alemania: el 8 de mayo de 1949 se aprobó la Ley Fundamental, que fue sometida a la aceptación de los gobernadores militares aliados. En agosto de ese año se celebraron elecciones a las Cámaras y en septiembre fue elegido el canciller federal. La Ley Fundamental, pese a estar dotada de una característica «rigidez constitucional», ha sido modificada por sucesivas leyes constitucionales; Austria: promulgada en 1920, desde entonces la Constitución de este país ha sido enmendada por más de treinta leyes constitucionales. La última reforma es del año 2002. Especialmente importante es la reforma de 1994, en la que se adaptó el derecho constitucional austriaco al Tratado de la Unión Europea; Italia: la Constitución de la República italiana (entró en vigor el 1 de enero de 1948) fue el fruto de una Asamblea Constituyente con representación proporcional de cada partido. El nuevo texto fundamental tuvo mucho de compromiso para sacar adelante el país tras la guerra y establece un procedimiento especial de leyes de reforma; Irlanda: la vigente Constitución entró en vigor en 1937 y, desde entonces, ha pasado por 20 enmiendas de distinta consideración. Su artículo más polémico, el 41, que en la práctica impedía el divorcio, ha sido superado gracias al referéndum sobre el divorcio (24-11-1995), que dio el sí a esta práctica; Reino Unido: el régimen constitucional inglés es el más peculiar ya que carece de una Constitución escrita. Su naturaleza es consuetudinaria y está formada por la práctica y las convenciones. El pueblo inglés fija los orígenes de su historia constitucional en el otorgamiento de la Carta Magna del Rey Juan «Sin Tierra» (1215) y en la convocatoria por Simón de Monfort del primer Parlamento en que participan los Comunes (1264) ([http://www.constitucion.es/otras\\_constituciones/europa/index.html](http://www.constitucion.es/otras_constituciones/europa/index.html), fecha de consulta: 15 de abril de 2004).

<sup>13</sup> Bélgica: el texto originario de la Constitución belga es de 1831. Tras pasar por varias reformas, los cambios en el texto realizados en 1970, 1980, 1988 y sobre todo 1993, tenderían a federalizar el Estado. El 17 de febrero de 1994 se publicó la denominada «Constitución refundida», elaborada por las cámaras constituyentes, que unifica y sistematiza las anteriores reformas del texto constitucional, modificado por última vez en 2002; Finlandia: la Constitución de la República de Finlandia es la más reciente dentro del marco de la Unión Europea. Entró en vigor el 1 de marzo de 2000, un mes después de que los finlandeses eligieran a la primera presidenta del país, Tarja Jalonén. La nueva Constitución reitera el principio fundamental recogido en textos anteriores: la soberanía reside en el pueblo representado por el parlamento; Francia: a raíz de los disturbios que estallan en Argel el 13 de mayo de 1958, protagonizados por residentes franceses, cae el último gobierno de la Cuarta República. El General De Gaulle asume momentáneamente la dirección del gobierno y se pone en marcha la elaboración del nuevo texto constitucional. El 28 de septiembre de 1958, la Constitución de la Quinta República es adoptada por un referéndum. Ésta confiere un papel eminente al Presidente de la República. De Gaulle es designado para desempeñar esta función; Grecia: en 1974, el desgaste acabó con el régimen militar. El partido del ex presidente Konstantinos Karamanlís ganó en las elecciones la mayoría parlamentaria y un posterior referéndum consagró la abolición de la monarquía. En junio de 1975, el Parlamento

## 2. El reformismo penal ante el orden constitucional: breve aproximación histórica al contenido penal de las Constituciones españolas

Entre los derechos y libertades contenidos tanto en *Declaración Universal de los Derechos del Hombre* de 1948, como en el *Convenio Europeo de Derechos Humanos* firmado en Roma en 1950, aparecía no sólo el relativo al que nos ocupa, esto es, la prohibición de las penas crueles, inhumanas y degradantes<sup>14</sup>, sino otros que, bien afectaban a determinados bienes jurídicos fundamentales, cuya protección concierne directamente al ordenamiento penal, bien establecían el marco de garantías procesales y los límites de las medidas punitivas más allá de los cuales, el legislador penal no debía sobrepasar.

En realidad, es bien sabido que, desde principios del siglo XIX, las Constituciones han solido recoger en alguno de sus artículos, generalmente ubicados en la parte relativa a los derechos fundamentales, una serie de disposiciones de contenido procesal-penal y penal. Y el constitucionalismo español no constituye una excepción en este aspecto.

Dejando aparte las garantías de índole procesal-penal, veamos muy sucintamente cuales han sido los principales preceptos de contenido penal recogidos en los diversos textos que jalonan nuestra historia constitucional.

El precepto fundamental de contenido penal, cuya introducción en el marco normativo constitucional, propició un giro copernicano en la evolución del

adoptó una nueva Constitución republicana, de carácter democrático; Luxemburgo: esta Constitución es una de las más antiguas de la UE (entró en vigor el 17 de octubre de 1868) y ha pasado por profundas reformas en 1919, 1994, 1996 (introducción de un Tribunal Constitucional) y 1998; Países Bajos: adoptada el 17 de febrero de 1983, la norma fundamental de Países Bajos es una revisión completa de la de 1815 y establece que el país es una Monarquía Constitucional con 12 provincias y áreas dependientes provinientes de sus antiguas posesiones coloniales; Portugal: la Constitución de 1976 es la expresión de la revolución de 25 de abril de 1974 (Revolución de los Claveles) que acabó con los restos del régimen de Salazar, y que se plasmaría, meses después, en la convocatoria a elecciones por una Asamblea Nacional Constituyente que elaboraría la Constitución de 1976, actualmente vigente aunque con muy grandes reformas (1982, 1989, 1992, 1997 y 2001); Suecia: la Constitución sueca de 1974 viene a completar el proceso iniciado a principios del siglo XX en el país escandinavo y reduce aún más el poder de los monarcas, que queda reducido a funciones meramente protocolarias. Es un texto de fuerte contenido social y una de las más progresistas de Europa ([http://www.constitucion.es/otras\\_constituciones/europa/index.html](http://www.constitucion.es/otras_constituciones/europa/index.html), fecha de consulta: 15 de abril de 2004).

<sup>14</sup> Véase nota 1

Derecho penal existente hasta el momento fue el relativo al principio de legalidad<sup>15</sup>. Con independencia de las profundas raíces históricas de este principio<sup>16</sup>, lo cierto es que sólo el triunfo de la «revolución» liberal permitió la constitucionalización y consiguiente legalización de este principio hasta sus últimas consecuencias<sup>17</sup>. Lo cierto es que las primeras Constituciones y *Declaraciones de derechos* recogieron expresamente este principio. Es el caso, por poner algún ejemplo, de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789*<sup>18</sup> y la Constitución francesa de 1791, así como de otras Constituciones europeas y americanas. Más tarde, se recogió expresamente en la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre*<sup>19</sup>, y dos años después en el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> MASFERRER DOMINGO, *Tradición y reformismo en la Codificación penal española...* cit., págs. 75-76 y 111-113.

<sup>16</sup> Sobre la historia de este principio, véanse los estudios de BALLESTEROS LLOMPART, J.: «La Historia y la Historicidad del principio jurídico *nulla poena sine lege*», *Estudios en honor al prof. José Corts Grau*. Valencia 1977, I, págs. 521-537; CAMARGO HERNÁNDEZ, César: «El Principio de legalidad de los delitos y de las penas», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, vol. III, nº 5, 1959; DEDES, Christos: «Sobre el origen del principio "nullum crimen nulla poena sine lege"», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, nº 9 (2002), págs. 141-146; GUALLART, J. y GOICOECHEA, L. De: «El principio "Nullum crimen, nulla poena sine previa lege" en los Fueros de Aragón», *Homenaje a la memoria de Don Juan Moneva*. Zaragoza, 1954, págs. 659-682; en la historiografía alemana, véanse SCHOTTLÄNDER: «Die geschichtliche Entwicklung des Satzes: *Nulla poena sine lege*», *Strafrechtliche Abhandlungen*, Breslau, 1911; KREY, Volker: *Keine Strafe ohne Gesetz. Eine Einführung in die Dogmengeschichte des Satzes «nullum crimen, nulla poena sine lege»*. Berlin-New York, 1983; SPRANDEL, Rolf: «Ivo von Chartres und die moderne Doktrin "nulla poena sine lege"», *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung* 47 (1961) págs. 95-108.

<sup>17</sup> «De poco hubieran servido —por lo menos a corto plazo— las reivindicaciones penales de corte ilustrado de no haber triunfado las revoluciones políticas liberales. Efectivamente, la reforma penal no fue tan sólo posible gracias a las nuevas ideas penales sino porque las fuerzas políticas que las propugnaban, al hacerse con el poder, procedieron al desmantelamiento del Antiguo Régimen y a la apertura de una nueva etapa denominada liberal. He aquí el necesario binomio para la efectiva reforma del Derecho penal antiguo: pensamiento ilustrado-Estado liberal» (MASFERRER DOMINGO, *Tradición y reformismo en la Codificación penal española...* cit., pág. 73).

<sup>18</sup> Art. 8: «Nadie puede ser castigado sino en virtud de ley anterior al delito y legalmente aplicada».

<sup>19</sup> Art. 11.2: «Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito».

<sup>20</sup> Artículo 7: «No hay pena sin ley. 1. Nadie podrá ser condenado por una acción y o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que

En España el principio de legalidad se incluyó en todas las Constituciones (1812, 1837, 1845, 1869, 1876, 1931 y 1978)<sup>21</sup>, bien es cierto que en el texto gaditano no se recogió de forma explícita<sup>22</sup>.

Actualmente el reconocimiento expreso del principio de legalidad sigue erigiéndose en uno de los preceptos de contenido penal más común en el constitucionalismo europeo<sup>23</sup>.

El carácter personal de las penas, en virtud del cual la condena sólo puede recaer sobre la persona del delincuente, fue otro de los grandes principios de contenido penal consagrados en los textos constitucionales, quedando así definitivamente abolida la trascendencia de la pena<sup>24</sup>. La expresa abolición de este lamentable efecto trascendente dispuesta en la Constitución gaditana fue

la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida; 2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas».

- <sup>21</sup> La Constitución 1812 fue la única que no recogió expresamente este principio, si bien puede deducirse de la interpretación de algunos preceptos; art. 9 Constitución 1837: «Ningún español puede ser procesado ni sentenciado sino por el Juez y Tribunal competente en virtud de leyes anteriores al delito y en la forma que éstas prescriban»; art. 9 Constitución 1845: «Ningún español puede ser procesado ni sentenciado sino por el Juez y Tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito y en la forma que éstas prescriban»; art. 10 Constitución nonnata (1856): «Ningún español puede ser procesado ni sentenciado sino por el juez y tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito y en la forma que éstas prescriban»; art. 11 Constitución 1869: «Ningún español podrá ser procesado ni sentenciado sino por el Juez y Tribunal a quien, en virtud de leyes anteriores al delito, competa el conocimiento y en la forma que éstas prescriban. No podrán crearse Tribunales extraordinarios ni comisiones especiales para conocer ningún delito»; art. 16 Constitución 1876: «Ningún español puede ser procesado ni sentenciado sino por el Juez y Tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito, y en la forma que éstas prescribieran»; art. 28 Constitución 1931: «Sólo se castigarán los hechos declarados punibles por la ley anterior a su perpetración. Nadie será juzgado sino por Juez competente y conforme a los trámites legales»; art. 3: «La Constitución garantiza el principio de legalidad...», y art. 25.1: «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento».
- <sup>22</sup> Sobre la evolución de este principio en nuestro constitucionalismo, véase el estudio de RUÍZ ROBLEDO, Agustín: «El principio de legalidad penal en la historia constitucional española», *Revista de Derecho Político* 42 (1997), págs. 137-169.
- <sup>23</sup> Véase, a título de ejemplo, el art. 103. 2 de la vigente Constitución alemana, precepto en clara consonancia con la propia historia constitucional alemana, según se deduce de una lectura de algunos de sus textos constitucionales, a saber, el de Hessen (1820), Prusia (1848-1850), así como el de Weimar (1919), entre otros.
- <sup>24</sup> MASFERRER DOMINGO, *Tradición y reformismo en la Codificación penal española...* cit., págs. 77-79.

tan definitiva<sup>25</sup>, que ningún otro texto constitucional posterior hizo referencia alguna al respecto.

Ciertamente, a principios del siglo XIX resultaba incontrovertible la idea de que «en una sociedad liberal, de acuerdo con el principio de individualidad y racionalidad, la penalidad debía descargarse sobre quien había delinquido, pero sin que ello afectase a sus familiares»<sup>26</sup>.

Las Cortes gaditanas, llevando hasta sus últimas consecuencias la idea de salvaguardar el honor familiar, no se conformaron con desterrar tal institución sino que procuraron borrar también los efectos visibles y latentes de su aplicación en el pasado. Este fue el sentido del Decreto de 22 de febrero de 1813, según el cual, se ordenaba que «todos los cuadros, pinturas o inscripciones en que estén los castigos y las penas, impuestos por la Inquisición, que existan en las iglesias, claustros y conventos, o en cualquier parage público de la Monarquía, serán borrados o quitados de los respectivos lugares en que se hallen colocados»<sup>27</sup>, permitiendo así cicatrizar la herida infamante de aquellas familias caídas en la desgracia de que a alguno de sus miembros le hubiera recaído sentencia condenatoria por el Tribunal inquisitorial<sup>28</sup>.

Hoy en día son más bien escasas las Constituciones del entorno europeo que hayan optado por mantener de forma expresa tal prohibición<sup>29</sup>.

Sin embargo, en congruencia con la supresión del efecto trascendente de las penas, también se exigía la abolición de la única clase de pena que repercutía *per se* a terceras personas que, ajenas a la comisión del delito, resultaban sin embargo directamente afectadas por su punición. Nos referimos a la pena de confiscación de bienes<sup>30</sup>, castigo que en buena lógica fue abolida expresamente

- <sup>25</sup> Art. 305 Constitución 1812: «Ninguna pena que se imponga, por cualquiera delito que sea, ha de ser trascendental por término ninguno a la familia del que la sufre, sino que tendrá todo su efecto precisamente sobre el que la mereció».
- <sup>26</sup> BABIANO Y MORA, J./FERNÁNDEZ ASPERILLA, A.: «Justicia y delito en el discurso liberal de las Cortes de Cádiz», *Antiguo Régimen y liberalismo. Homenaje a Miguel Artola*. 2. Economía y sociedad. Alianza Editorial, Madrid, 1995, pág. 395.
- <sup>27</sup> Decreto CCXXV, de 22-II-1813, en *Colección de Decretos...*, vol II, págs. 766-767 (recogido en BABIANO Y MORA/FERNÁNDEZ ASPERILLA, «Justicia y delito en el discurso liberal de las Cortes de Cádiz», ob. cit., pág. 395).
- <sup>28</sup> MASFERRER DOMINGO, *Tradición y reformismo en la Codificación penal española...* cit., pág. 79.
- <sup>29</sup> Entre ellas cabe destacar la Constitución portuguesa (art. 30.3: «Las penas no serán susceptibles de transmisión») y la italiana (art. 27: «La responsabilidad penal será personal»).
- <sup>30</sup> Para una panorámica histórica de esta institución, desde sus orígenes hasta su desaparición en el siglo XIX en el Derecho peninsular, puede verse en PINO ABAD, Miguel: *La pena de confiscación de bienes en el Derecho histórico español*. Córdoba, 1999.

por la Constitución gaditana<sup>31</sup>, si bien en este caso los sucesivos textos constitucionales optaron, siguiendo la tendencia europea imperante<sup>32</sup>, por mantener expresamente esta supresión<sup>33</sup>.

Al margen del pensamiento anti-ilustrado y de la existencia de una corriente minoritaria contraria a su abolición<sup>34</sup>, las Cortes de Cádiz no albergaron duda alguna sobre la conveniencia de su abolición. Y el motivo fundamental de tal supresión resultaba bien claro a los ojos de los protagonistas y redactores del primer texto constitucional español: «no es justo que las penas se amplíen a la descendencia inocente, al pariente honrado...»<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> Art. 304 Constitución 1812: «Tampoco se impondrá la pena de confiscación de bienes».

<sup>32</sup> El constitucionalismo alemán es un buen ejemplo de esta tendencia, según se desprende del § 16 Constitución de Baden (1818), § 105 Constitución de Hessen (1820), § 128 Constitución de Kurhessen (1831) y la Constitución prusiana (§ 9 de la *oktroierte Verfassung*, 1848 y § 10 *revidierte Verfassung*, 1850); aunque actualmente las Constituciones han dejado de recoger expresamente esta prohibición, todavía puede encontrarse en la de Luxemburgo (art. 17: «No podrá establecerse la pena de confiscación de bienes»).

<sup>33</sup> Art. 10 Constitución 1837: «No se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes, y ningún español será privado de su propiedad, sino por causa justificada de utilidad común, previa la correspondiente indemnización»; art. 10 Constitución 1845: «No se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes, y ningún español será privado de su propiedad sino por causa justificada de utilidad común, previa la correspondiente indemnización»; art. 12 Constitución nonnata (1856): «Tampoco se impondrá por ningún delito la pena de confiscación de bienes»; la Constitución de 1869 no recogió expresamente la prohibición de aplicación de la pena de confiscación de bienes, si bien podría deducirse implícitamente de su art. 13: «Nadie podrá ser privado temporal o perpetuamente de sus bienes y derechos, ni turbado en la posesión de ellos, sino en virtud de sentencia judicial. Los funcionarios públicos que bajo cualquier pretexto infrinjan esta prescripción serán personalmente responsables del daño causado...»; art. 10 Constitución 1876: «No se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes y nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización»; art. 44 in fine Constitución 1931: «En ningún caso se impondrá la pena de confiscación de bienes»; la Constitución vigente no contiene precepto alguno que recoja expresamente tal prohibición; en el ámbito fiscal —no penal—, el art. 31.1 dispone que «todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica (...), que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio».

<sup>34</sup> EGIDO, Teófanos: «Los anti-ilustrados españoles», *La Ilustración en España y Alemania*. Barcelona, 1989; la corriente contraria a la que nos referimos aparece recogida en GUTIÉRREZ, José Marcos: *Práctica criminal de España*. Madrid, 1804 (manejamos la 2ª edición: Madrid, 1819) tomo III, cap. 6, 103.

<sup>35</sup> *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias. Legislatura de 1810 a 1813*. Madrid, 1870, tomo IV, 437, pág. 2419; PINO ABAD, *La pena de confiscación...* cit., págs. 392 y 406; ALONSO ROMERO, Mª Paz: «Aproximación al estudio de las penas pecuniarias en Castilla (siglos XIII-XVIII)», *AHDE* 55 (1985), pág. 14.

Hasta aquí los preceptos de Derecho penal sustantivo recogidos en nuestras Constituciones históricas. Entre los relativos a la esfera procesal-penal, esto es, aquellos que disponen determinadas garantías para la salvaguarda de los derechos fundamentales del delincuente, desde su detención (*habeas corpus*) hasta el pronunciamiento judicial (absolutorio o condenatorio), pasando por el correspondiente proceso criminal<sup>36</sup>, conviene destacar la expresa abolición de la tortura como medio probatorio encaminado a arrancar la confesión del reo, práctica de tradición multisecular, según ha sabido reflejar la historiografía española y europea<sup>37</sup>.

No parece necesario abundar en una cuestión tan conocida, al igual que tampoco resulta oportuno insistir en el parecer de unos y de otros en la etapa final de esta institución en nuestro Derecho histórico<sup>38</sup>. Tampoco nos interesa entrar, por tanto, en los argumentos esgrimidos por Acevedo y Pedro de Castro en su enconada discusión sobre la conveniencia o no de su aplicación<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> Las Constituciones europeas, también las españolas, prestaron suma atención a las garantías que giran alrededor del proceso penal, desde su detención hasta el pronunciamiento del fallo, prestando especial consideración a las garantías propias del detenido (*habeas corpus*). Sin afán de exhaustividad, recogemos a continuación los artículos de las diversas Constituciones españolas en donde se establecen estos derechos y garantías en el ámbito procesal-penal: arts. 286 ss. Constitución de 1812; arts. 7 y 63 ss. Constitución 1837; arts. 7 y 66 ss. Constitución 1845; arts. 8 y 67 ss. Constitución nonnata (1856); arts. 2-4 y 12 Constitución 1869; arts. 4-8, 16, 17, 76 y 79 Constitución 1876; arts. 29, 42 y 94 ss. Constitución 1931; arts. 17.2-4, 24.2 y 117.1 Constitución 1978.

<sup>37</sup> MASFERRER DOMINGO, *Tradición y reformismo en la Codificación penal española...* cit., págs. 86-89; sobre la tortura, véase el clásico estudio de FIORELLI, Pietro: *La tortura giudiziaria nel Diritto commune*. Roma, 1953; y los conocidos trabajos de MARTÍNEZ DÍEZ, Gonzalo: «La tortura judicial en la legislación histórica española», *AHDE* 32 (1962), págs. 223-300; TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *La tortura en España*. 2ª edición. Madrid, 1994, en donde aparecen recogidos los distintos trabajos sobre esta materia; del mismo autor: *El Derecho penal de la Monarquía absoluta (Siglos XVI, XVII y XVIII)*. Salamanca, 1969, págs. 173-175; ALONSO ROMERO: *El proceso penal en Castilla (s. XIII-XVIII)*. Salamanca, 1982, págs. 244-265; y más recientemente, de la misma autora: *La tortura en Castilla (siglos XIII-XIX)*. Salamanca, 2002; GIBERT, Rafael: «En torno a la tortura», *AHDE* 67 (1997), vol. II, págs. 1675-1689; PLANAS ROSSELLÓ, Antonio: *El Proceso penal en el Reino de Mallorca*. Palma de Mallorca, 1998, págs. 85-97; del mismo autor, *El Derecho penal histórico de Mallorca*. Palma de Mallorca, 2001, págs. 164-166.

<sup>38</sup> TOMÁS Y VALIENTE, «La última etapa y la abolición de la tortura judicial en España», en *La tortura en España*, ob. cit., págs. 93-141; BERMEJO CABRERO, J.L.: «Una disertación académica a fines del Antiguo Régimen sobre tortura judicial», *AHDE* 72 (2002), 325-341; sobre la evolución final de esta pena en la tradición penal alemana, véase el trabajo de THÄLE, Brigitte: *Die Verdachtsstrafe in der kriminalenwissenschaftlichen Literatur des 18. und 19. Jahrhunderts*. Peter Lang, 1993.

<sup>39</sup> ACEVEDO, Alfonso María: «De reorum absolute abiecta crimina negantium apud equuleum...» (Madrid, 1770), traducida más tarde y publicada con el título *Ensayo acerca de*



En España Lardizábal no hizo otra cosa que repetir los argumentos de Beccaria<sup>40</sup>, mostrando su completo rechazo a esta práctica, tan extendida en nuestro antiguo proceso penal. Ahí ambos autores coincidieron<sup>41</sup>, pues, en su propuesta de abolición. Tal unanimidad de pareceres también se dio en otros países, y en algunos con anterioridad a la crítica de Beccaria<sup>42</sup>.

La abolición de la tortura tuvo lugar primero en la Constitución de Bayona (art. 133<sup>43</sup>), y más tarde en las Cortes de Cádiz, merced a la aprobación de un concreto decreto de abolición en la sesión del día 22 de abril de 1811, cuyo contenido fundamental quedó escuetamente recogido en el art. 303 del texto constitucional: «No se usará nunca del tormento ni de los apremios».

Ya se dijo que resultaría impensable tal abolición sin el triunfo del liberalismo, que ya en esa etapa pre-codificadora llevaba a ejecución reformas de orden penal propuestas y defendidas por el pensamiento ilustrado. Prueba de ello es que de nada sirvieron las críticas elevadas contra la tortura en el reinado de Carlos III, quien habiendo podido proceder a su abolición, demostró ser «un Monarca más absoluto que ilustrado»<sup>44</sup>.

*la tortura o cuestión de tormento; de la absolción de los reos que niegan en el potro los delitos que se les imputan, y de la abolición del uso de la tortura, principalmente en los tribunales eclesiásticos* (Madrid, 1817); DE CASTRO, Pedro: *Defensa de la tortura y Leyes patrias que la establecieron, e impugnación del Tratado que escribió contra ella el Dr. Alfonso María Acevedo y su autor D. Pedro de Castro* (Madrid, 1778).

- <sup>40</sup> LARDIZÁBAL, *Discurso sobre las penas*, págs. 266-267: «Otro motivo de la tortura es la purgación de la infamia. Un hombre infamado se cree, que no puede decir la verdad por la nota ó mancha que tiene por la infamia, y para quitarle esta mancha ó embarazo se le pone al tormento, a la manera que los metales se ponen al fuego en el crisol para separar de ellos los cuerpos extraños y dexarlos puros. Pero á la verdad no es fácil comprehender, como una sensación material, cual es el dolor, pueda borrar una relación moral, que consiste en mera opinión, cual es la infamia. Además de que la tortura misma acarrea una infamia verdadera al que la padece, y así viene á ser el tormento un crisol, en que se purga la infamia con la misma infamia».
- <sup>41</sup> No compartimos el parecer de SALDAÑA («Historia del Derecho penal en España», *Tratado de Derecho penal*, de Franz von Liszt, Madrid, 1926, pág. 412), según el cual «Lardizábal copia también a Beccaria y cita a Montesquieu. Es la parte menos interesante de su libro». Lardizábal abordó con mucho mayor detenimiento y profundidad esta pena que Beccaria.
- <sup>42</sup> JEROUSCHEK, Günter: «Thomasius und Beccaria als Folterkritiker. Überlegungen zum Kritikpotential im kriminalwissenschaftler Diskurs der Aufklärung», *ZStW* 110 (1998) Heft 3, págs. 658-673; según consigna el autor de este estudio, el discurso argumentativo de Beccaria contra la tortura no sólo careció de originalidad, sino que posiblemente fue tomado de obras de otros autores anteriores.
- <sup>43</sup> «El tormento queda abolido; todo rigor o apremio que se emplee en el acto de la prisión o en la detención y ejecución y no esté expresamente autorizado por la ley, es un delito».
- <sup>44</sup> MASFERRER DOMINGO, *Tradición y reformismo en la Codificación penal española...* cit., págs. 87-88; TOMÁS y VALIENTE, «La última etapa y la abolición de la tortura judicial en España», pág. 135.

Siendo cierto que las críticas efectivamente se dirigían aisladamente contra la tortura y no contra todo el sistema procesal-penal<sup>45</sup>, no fue éste el motivo fundamental por el que tales críticas resultaron estériles<sup>46</sup>, sino por el hecho de que resultaba completamente inútil cualquier crítica que no comulgara con las tendencias y estructuras propias de aquel régimen político absolutista. Si el sistema y mentalidad absolutistas contribuyeron decisivamente a la degradación de las garantías procesales<sup>47</sup>, es lógico comprender que las críticas contra el sistema caían en saco roto y de nada servían mientras no se produjeran reformas de corte político. Así, pues, sólo cuando la revolución liberal logró cambiar el orden político existente fue posible hacer realidad ciertas reformas penales de corte ilustrado.

Si a todo ello se le añade el hecho de que la práctica de la tortura ya estaba en desuso desde la segunda mitad del siglo XVIII, es comprensible que las Cortes de Cádiz resolvieran definitivamente su abolición sin más problemas<sup>48</sup>.

- <sup>45</sup> Sobre el proceso penal en el Antiguo Régimen, véanse ALONSO ROMERO, *El Proceso penal en Castilla...* ya citado; de la misma autora: «El Proceso penal en el Fuero de San Sebastián», *El Fuero de San Sebastián y su época*. San Sebastián, 1982; PLANAS ROSSELLÓ, Antonio: *El Proceso penal en el Reino de Mallorca*. Palma de Mallorca, 1998; CERDÁ RUÍZ-FUNES, Joaquín: «En torno a la pesquisa y procedimiento inquisitivo en el derecho castellano-leonés de la Edad Media», *AHDE* 32 (1962), págs. 483-517; PÉREZ MARTÍN, Antonio: *El Derecho procesal del ius commune en España*. Universidad de Murcia, 1999; BETEGÓN CARRILLO, Jerónimo: «Los precedentes intelectuales de la humanización del Derecho penal y procesal en los siglos XVI y XVII», *Historia del Derechos Fundamentales*. Tomo I: *Tránsito a la Modernidad. Siglos XVI y XVII*. Madrid, 1998, págs. 483-499; SEGURA ORTEGA, Manuel: «La situación del Derecho penal y procesal en los siglos XVI y XVII», *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo I: *Tránsito a la Modernidad. Siglos XVI y XVII*. Madrid, 1998, págs. 457-483; OBARRIO, Juan Alfredo: *Estudios de tradición romanística. El proceso en el Derecho Foral valenciano*. Valencia, 2002, págs. 223-324 (proceso penal); GRAULLERA SANZ, Vicente: «El proceso penal en el Audiencia foral valenciano», *Estudios Jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*. Valencia, 1997, vol. I, págs. 947-968; PINO ABAD, Miguel: *La tacha de testigos en su evolución histórica hasta la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Universidad de Córdoba, 2002; entre otros.
- <sup>46</sup> No compartimos del todo el parecer de Tomás y Valiente cuando dice que «si los argumentos esgrimidos durante los siglos XVI, XVII y primera mitad del XVIII contra el tormento no lograron ni la supresión ni la simple reforma de esta institución, fue porque se dirigían aisladamente contra ésta y no contra todo un sistema procesal-penal del que la tortura era una pieza básica y consustancial» (TOMÁS y VALIENTE, «La última etapa y la abolición de la tortura judicial en España», pág. 123).
- <sup>47</sup> FERRO POMÀ, Víctor: *El Dret Públic Català. Les institucions a Catalunya fins al Decret de Nova Planta*. Vic, 1987, pág. 375, nota 381.
- <sup>48</sup> BABIANO Y MORA/FERNÁNDEZ ASPERILLA, «Justicia y delito en el discurso liberal de las Cortes de Cádiz», ob. cit., págs. 393-394.

Pero a la expresa prohibición del texto gaditano no le sucedería, a diferencia del caso alemán, ninguna otra en todo el constitucionalismo español, salvo en el texto constitucional vigente, en cuyo art. 15, siguiendo la tendencia de otros países del entorno europeo<sup>49</sup>, se optó por volver a consignarla de forma expresa. Como ya se dijo desde el inicio de este estudio, aunque refiriéndonos entonces a las *penas inhumanas y degradantes*, esta reaparición de la tortura en los textos constitucionales europeos posteriores a 1950 se explica por la *vis atractiva* ejercida tanto por la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre* de 1948, como por el *Convenio Europeo de Derechos Humanos*<sup>50</sup>.

### 3. La introducción de la prohibición de las penas o tratos inhumanos y degradantes en la Constitución de 1978.

Ya se dijo que en España, junto a las singulares circunstancias históricas del periodo de redacción y promulgación del vigente texto constitucional, la expresa prohibición de «ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos y degradantes» responde al referente que supusieron las *Declaraciones de derechos* de 1948 y 1950 para todas las Constituciones que vendrían a aprobarse a partir de entonces, con independencia de que tal prohibición se hubiera ido recogiendo o no en la propia tradición constitucional.

Se acaba de ver que la prohibición de aplicación de la tortura gozaba de una débil tradición constitucional en España, habida cuenta de que su presencia explícita se limita a los textos de Bayona (1808) y Cádiz (1812).

¿Cabe decir lo mismo con respecto a las *penas inhumanas y degradantes*? ¿Hasta qué punto estuvo presente este principio, categoría o institución en nuestra historia constitucional?

Una lectura atenta de las diversas Constituciones españolas resulta suficiente para percatarse de su escasa presencia. La única referencia al respecto se encuentra en la Constitución de 1812, en la que, al consignar las diversas causas por las cuales puede perderse «la calidad de ciudadano», se dispone: «Por sentencia en que se impongan penas aflictivas o infamantes, si no se obtiene rehabilitación» (art. 24.3). Salvo esta excepción no se encuentra en nuestro

constitucionalismo otra referencia expresa que siquiera se asemeje a la recogida por la vigente Constitución («*penas inhumanas y degradantes*»)<sup>51</sup>.

La expresa referencia del texto gaditano a las *penas aflictivas e infamantes* que, lógicamente tiene algo que ver con las *inhumanas y degradantes* del vigente texto constitucional, revela de entrada la efectiva existencia de estas penas en nuestra tradición penal antigua, esto es, en el Antiguo Régimen, y no en la etapa propiamente constitucional, pues de ser así, los diversos textos constitucionales hubieran consignado algo al respecto, cosa que no hicieron.

Resulta sorprendente constatar como esta clase de penas (llámense *infamantes, degradantes* o como se quiera) pasaron de ser admitidas y reconocidas por la Constitución gaditana (a los efectos de pérdida de la ciudadanía) a ser ignoradas por los sucesivos textos constitucionales, como si se tratara, bien de algo supefluo o superado, bien de algo ajeno al ámbito de incumbencia constitucional. Este silencio jamás se entendió, sin embargo, como permisorio o legitimador para la aplicación de tales penas. Con razón se ha reconocido que la prohibición de tales penalidades caían dentro del paraguas de la protección de otros derechos, no siempre expresamente consignados en el texto constitucional, como el derecho a la vida, al honor y a la fama, a la integridad personal o a la dignidad humana<sup>52</sup>.

No se trata de probar aquí la efectiva presencia de las *penas infamantes* en el Derecho penal anterior al advenimiento del Estado liberal en el entorno español y europeo, tema por lo demás ya muy conocido<sup>53</sup>, ni tampoco de averiguar el

<sup>51</sup> El *Estatuto Real* de 1834 sí recoge una referencia expresa a estas penas al disponer que «no podrán ser procuradores del Reino: 2. Los que hayan sido condenados por un Tribunal a pena infamatoria» (art. 15.2); al respecto véase MASFERRER DOMINGO, Aniceto: «La pena de infamia en la Codificación penal española», *Ius fvgit. Revista interdisciplinaria de estudios histórico-jurídicos* 7 (1998), pág. 173.

<sup>52</sup> MAQUEDA ABREU, «La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes», págs. 440-441, nota 67, en donde aparecen recogidas varias referencias bibliográficas al respecto.

<sup>53</sup> Una panorámica sobre estas penas puede verse en varios estudios míos; sobre la pena jurídica de infamia, véase *La pena de infamia en el Derecho histórico español...* citado en la nota 3; sobre las penas infamantes en sentido amplio, véanse «La dimensión ejemplarizante del Derecho penal municipal catalán en el marco de la tradición jurídica europea. Algunas reflexiones iushistórico-penalísticas de carácter metodológico», *AHDE* 71 (2001), págs. 439-471, en donde el lector también puede encontrar referencias bibliográficas a la historiografía europea (especialmente de la francesa, italiana y alemana); «La pena de infamia en las Costumbres de Horta (1296)», *Actes de les Jornades d'estudi del VII Centenari dels Costums D'Orta (1296-1996)*. Ajuntament d'Horta de Sant Joan, 1997, págs. 329-342; más recientemente, MASFERRER DOMINGO, *Tradicción y reformismo en la Codificación penal española...* cit., págs. 81-86.

<sup>49</sup> Art. 7 Constitución finlandesa; art. 7 Constitución griega; art. 11 Constitución de los Países Bajos: «Todos tienen derecho a la integridad corporal, salvo las restricciones establecidas por la ley o en virtud de la ley»; art. 26 Constitución Portugal: «Nadie podrá ser sometido a tortura ni a tratos o penas crueles, degradantes o inhumanos».

<sup>50</sup> Véase la nota 1.

origen de la expresión «penas aflictivas o infamantes» recogida por el art. 24.3 de la Constitución gaditana, de cuño claramente francés, si bien terminaría por encajar estupendamente con el sistema punitivo dispuesto por nuestro primer Código penal<sup>54</sup>. Salvo esta excepción, el carácter infamante o no de las penas no parece haber despertado el más mínimo interés a nuestro legislador constitucional, sí al penal, hasta llegar al diáfano art. 23 del Código penal de 1848 en el que dispuso que «la ley no reconoce pena alguna infamante»<sup>55</sup>.

Y es cierto que desde entonces no hubo en España ley penal ordinaria alguna (no militar) que «reconociera», esto es, que irrogara el *status* jurídico de infame al condenado por la comisión de algún delito, pero no es menos cierto que quedaba todavía mucho por recorrer hasta lograr la completa supresión de las *penas degradantes, inhumanas o infamantes* en un sentido más amplio. El mismo Código que abrogaba la pena de infamia recogía las penas de degradación, argolla y reprensión pública, que bien pueden ser tildadas de *degradantes, inhumanas o infamantes*.

En esta línea, conviene insistir en que aunque «la pena jurídica de infamia resultara abolida expresamente en el Código de 1848, la desaparición completa de las penas infamantes o humillantes no se produjo de modo repentino, sino que fue el resultado de un proceso más lento y gradual»<sup>56</sup>, habida cuenta de que, por una parte las modernas ideas ilustradas de corte humanizador no tuvieron una acogida fácil ni rápida en la empresa codificadora, y no cabe olvidar, por otra, que a principios del siglo XIX no todo fueron rupturas por lo que a la penalidad se refiere, pues en la etapa inicial del liberalismo de las Cortes de Cádiz se registraron ciertos rasgos de continuidad en relación al Antiguo Régimen<sup>57</sup>. En efecto, las ideas de utilidad y ejemplaridad, muy enraizadas en la mentalidad decimonónica, explican la considerable permanencia de las

<sup>54</sup> Al respecto véanse MASFERRER DOMINGO, «La pena de infamia en la Codificación penal española», págs. 157-175; del mismo autor, *La pena de infamia en el Derecho histórico español...* cit., págs. 380-389.

<sup>55</sup> Sobre el proceso de abolición definitiva de esta pena en nuestro ordenamiento, véanse MASFERRER DOMINGO, «La pena de infamia en la Codificación penal española», págs. 170-175; del mismo autor, *La pena de infamia en el Derecho histórico español...* cit., págs. 385-389; del mismo autor, *Tradición y reformismo en la Codificación penal española...* cit., págs. 162-172.

<sup>56</sup> MASFERRER DOMINGO, *Tradición y reformismo en la Codificación penal española...* cit., pág. 169.

<sup>57</sup> BABIANO Y MORA/FERNÁNDEZ ASPERILLA, «Justicia y delito en el discurso liberal de las Cortes de Cádiz», ob. cit., pág. 396, en donde se reconoce que «no todo fueron rupturas por lo que a la penalidad se refiere. También se registraron en la etapa inicial del liberalismo de las Cortes de Cádiz algunos rasgos de continuidad en relación al Antiguo Régimen».

penas infamantes en nuestra Codificación, constituyendo un epílogo de la tradición anterior ciertamente lamentable, por no tener lugar precisamente en un contexto político de absolutismo monárquico, sino de corte liberal, auspiciado por el pensamiento moderno ilustrado y bajo un marco normativo constitucional<sup>58</sup>.

Y en todo ese proceso el legislador constitucional permaneció en silencio hasta nuestros días, precisamente cuando nuestro Derecho penal parece haber logrado la supresión de aquellas penas que con razón podrían ser tildadas de *degradantes, inhumanas o infamantes*. Ciertamente resulta innegable la presencia de las *penas inhumanas y degradantes* en nuestra Codificación penal, no en nuestra historia constitucional. Y aunque su prohibición explícita en la Constitución de 1978 viene a confirmarnos su vigencia histórico-penal no muy remota, a la vista nuestra tradición penal y constitucional recién examinada, queda suficientemente probado que la expresa prohibición de 1978 tuvo que ver más con extranjeras *Declaraciones de derechos* que con nuestro propio y genuino constitucionalismo. No en vano nuestro vigente texto constitucional dispone, siguiendo el proceder de alguna otra Constitución europea<sup>59</sup>, que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la *Declaración Universal de Derechos Humanos* y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España» (art. 10.2 CE 1978).

En este sentido, es lógico que algunas Constituciones europeas promulgadas con posterioridad a 1950 tuvieran como referente principal las *Declaraciones de derechos* de 1948 y 1950, si bien algunas recogieron más fielmente que otras el tenor literal de ciertos preceptos de tales *Declaraciones*<sup>60</sup>. Otras procuraron proscribir *tales penas crueles, inhumanas o degradantes* por caminos distintos, recurriendo a la dignidad humana<sup>61</sup>, la integridad corporal<sup>62</sup> o personal (tanto

<sup>58</sup> MASFERRER DOMINGO, *Tradición y reformismo en la Codificación penal española...* cit., pág. 172.

<sup>59</sup> Véase, por ejemplo, el art. 16.2 Constitución portuguesa: «Los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deberán ser interpretados e integrados en armonía con la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre*»; de hecho este texto constitucional recogería luego casi literalmente el art. 5 de esta *Declaración* al disponer que «nadie podrá ser sometido a tortura ni a tratos o penas crueles, degradantes o inhumanos» (art. 26.2 Constitución portuguesa).

<sup>60</sup> Art. 18 Constitución Luxemburgo: «Quedan abolidas la pena de muerte por motivos políticos, la interdicción civil, y las penas infamantes»; art. 26.2 Constitución portuguesa: «Nadie podrá ser sometido a tortura ni a tratos o penas crueles, degradantes o inhumanos».

<sup>61</sup> Art. 7 Constitución finlandesa: El derecho a la vida y a la libertad y la inviolabilidad de la persona: «Todas las personas tienen derecho a la vida y a la libertad, a la inviolabilidad y a

física como psicológica)<sup>63</sup>, los derechos naturales de la persona humana<sup>64</sup>, o al sentido de la humanidad<sup>65</sup>, entre otros.

Si el constitucionalismo europeo ha recorrido caminos distintos, todos ellos conducentes al mismo resultado, esto es, a la prohibición de tales penas *cruelles, inhumanas o degradantes*, no resultaría sensato sostener la necesaria presencia de un precepto constitucional de prohibición expresa de tales penas, resultando suficiente el reconocimiento de otros derechos como la dignidad humana, la inviolabilidad de la persona, la integridad personal, etc.

En este sentido, es probable que, de no haberse recogido la expresa prohibición de las *penas inhumanas y degradantes*, otros preceptos de nuestra Constitución hubieran bastado para proscribir la posible aplicación de tales penas. Es el caso del propio art. 10.1, según el cual «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

Así las cosas, no es extraño que algunas Constituciones europeas, promulgadas con anterioridad a las *Declaraciones de derechos* de 1948 y 1950, no recogiendo expresamente algunos derechos reconocidos por éstas, garanticen igualmente —aunque por otros derroteros— su salvaguarda. Veamos el caso alemán.

la seguridad personales. Nadie puede ser condenado a muerte, torturado, ni tratado de otra manera violatoria de la dignidad humana. No se puede quebrantar la inviolabilidad personal ni detener arbitrariamente o sin arreglo a la Ley. Toda pena privativa de la libertad habrá de ser impuesta por un tribunal. La legitimidad de otras privaciones de la libertad podrá someterse al dictamen de un tribunal. Los derechos de las personas privadas de la libertad estarán garantizados por Ley».

<sup>62</sup> Art. 11 Países Bajos: «Todos tienen derecho a la integridad corporal, salvo las restricciones establecidas por la ley o en virtud de la ley».

<sup>63</sup> Art. 7 Constitución griega: «2. Se prohíben y serán castigadas con arreglo a lo dispuesto en la ley las torturas, toda sevicia corporal y todo atentado a la salud o presión psicológica, así como cualquier otro atentado a la dignidad humana; 3. Se prohíbe la confiscación total de bienes. No se infligirá en ningún caso la pena de muerte por delitos políticos, con excepción de los delitos complejos»;

<sup>64</sup> Art. 11.3 Constitución Luxemburgo: «El Estado garantiza los derechos naturales de la persona humana y de la familia».

<sup>65</sup> Art. 27 Constitución italiana: «Las penas no podrán consistir en tratos contrarios al sentido de humanidad y deberán encaminarse a la reeducación del condenado».

## II. EL CASO ALEMÁN: LA INEXISTENCIA DE UNA PROHIBICIÓN EXPRESA DE LAS PENAS INHUMANAS Y DEGRADANTES EN EL CONSTITUCIONALISMO ALEMÁN

El constitucionalismo alemán es un buen ejemplo que revela precisamente la posible prohibición de tales penas *cruelles, inhumanas o degradantes* sin una referencia expresa en su vigente texto constitucional.

Bien podría decirse que el caso alemán constituye en este aspecto el contrapunto del español. Si el constitucionalismo español optó por no recoger expresamente prohibición alguna de tales penas en sus textos históricos, para recogerlo finalmente en nuestro texto vigente, en Alemania se hizo justamente lo contrario, esto es, habiéndose recogido en alguna de sus Constituciones históricas prohibiciones expresas de aplicación de determinadas penas infamantes<sup>66</sup>, su vigente Carta Magna no dispone nada al respecto de forma expresa<sup>67</sup>.

### 1. Una aproximación histórica al contenido penal de las Constituciones alemanas

¿Qué aspectos de contenido penal abordó, entonces, el constitucionalismo alemán? En general los preceptos penales recogidos por las diversas Constituciones alemanas difieren más bien poco del modelo español. Así, por ejemplo, la Constitución bávara<sup>68</sup>, promulgada en mayo de 1818, apenas contenía

<sup>66</sup> La Constitución del Ducado de Kurhessen (5.I.1831) recogió la posible pérdida del derecho de ciudadanía, bien mediante la pérdida de la nacionalidad, bien merced a la imposición de una pena infamante (§ 23), siguiendo pues en este punto el modelo francés y gaditano; por otra parte, la primera *Constitución Imperial alemana* (*Paulskirchenverfassung*, 28.III.1849), el primer texto constitucional para toda Alemania, prohibía expresamente la imposición de la pena de muerte civil (§ 135), no admitía la pena de muerte —excepto en el Derecho de guerra—, así como determinadas penas infamantes como la de marca (*Brandmarkung*) y la pícota (*Pranger*) (§ 139) (véase la nota 72 y 75, y sus textos principales correspondientes).

<sup>67</sup> Aún así, resulta sorprendente que en Alemania tan sólo tenga una sola Constitución histórica que contenga preceptos encaminados a la prohibición expresa de determinadas *penas infamantes*, cuando no ha habido tradición europea alguna que haya tenido tan presente legal y doctrinalmente esta clase de penas. En efecto, habiendo jugado las penas de honor (las *Ehrenstrafen*) un papel incomparablemente mayor en Alemania que en cualquier otro país del entorno europeo, resulta por lo menos curioso que tan sólo una Constitución haya abordado estas penas, tan controvertidas en la tradición jurídico-penal alemana.

<sup>68</sup> Manejamos la edición de *Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte* (Herausgegeben von Ernst Rudolf HUBER), 1961. Manejamos la 3ª edición de Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, Band I: *Deutsche Verfassungsdokumente 1803-1850* (1978);

disposiciones de contenido penal. En concreto, al dedicar el título VIII a la administración de justicia, además de otorgar al monarca la jurisdicción criminal (§ 1) y concederle la facultad de indultar o mitigar la pena (§ 4), prohíbe terminantemente la pena de confiscación de bienes (§ 6) y prescribe la existencia de un solo Código civil y penal para todo el Reino de Baviera (§ 7)<sup>69</sup>.

La Constitución del Ducado de Hessen (17.XII.1820) prohibía la imposición de la pena de confiscación de bienes y establecía el principio de legalidad en materia penal al señalar que la ley tenía que determinar la pena a imponer en cada caso (§ 105)<sup>70</sup>.

La Constitución del Ducado de Baden (22.VIII.1818) prescribe que nadie puede ser privado de ser juzgado en materia criminal por el tribunal ordinario que le corresponda (§ 15), y prohíbe la imposición de la pena de confiscación de bienes (§ 16)<sup>71</sup>.

La Constitución del Ducado de Kurhessen (5.I.1831) recogió la posible pérdida del derecho de ciudadanía, bien mediante la pérdida de la nacionalidad, bien merced a la imposición de una pena infamante (§ 23), siguiendo pues en este punto el modelo francés y gaditano. Por otra parte, concede al señor del territorio (*Landesherr*) la facultad de indultar o mitigar la pena, cuyo proceso se regula minuciosamente (§ 126), y prohíbe también la imposición de la pena de confiscación completa de bienes (§ 128)<sup>72</sup>.

Más complejo resulta el marco constitucional prusiano, cuyo contenido penal puede sintetizarse como sigue. El *Acta de la Constitución del Estado prusiano* (5.XII.1848), dentro de la *oktroierte Verfassung*, prescribía que nadie podía ser privado de ser juzgado en materia criminal por el tribunal ordinario que le correspondiese, y éste debía enjuiciar con arreglo al más estricto principio de legalidad (§ 7). Se prohibía tanto la imposición de la pena de confiscación de bienes como la de muerte (§ 9)<sup>73</sup>.

Band 2: *Deutsche Verfassungsdokumente 1851-1900* (1986); Band 4: *Deutsche Verfassungsdokumente 1919-1933* (1991); en este caso, *Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte: Deutsche Verfassungsdokumente 1803-1850*, vol. I, págs. 155 ss.

<sup>69</sup> *Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte: Deutsche Verfassungsdokumente 1803-1850*, vol. I, pág. 169.

<sup>70</sup> *Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte: Deutsche Verfassungsdokumente 1803-1850*, vol. I, págs. 219 ss.

<sup>71</sup> *Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte: Deutsche Verfassungsdokumente 1803-1850*, vol. I, págs. 173 ss.

<sup>72</sup> *Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte: Deutsche Verfassungsdokumente 1803-1850*, vol. I, págs. 238 ss.

<sup>73</sup> *Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte: Deutsche Verfassungsdokumente 1803-1850*, vol. I, págs. 484 ss.

Al cabo de un año y medio se aprobó la *Acta de la Constitución del Estado prusiano* (31.I.1850), dentro de la *revidierte Verfassung*; ésta prescribe que nadie puede ser privado de ser juzgado en materia criminal por el tribunal ordinario que le corresponda (§ 7), y éste deberá enjuiciar con arreglo al más estricto principio de legalidad (§ 8). Se prohíbe tanto la imposición de la pena de confiscación de bienes como la de muerte (§ 10) y se proclama la inviolabilidad del derecho de propiedad (§ 9); en materia procesal civil y penal, dispone el principio de publicidad (§ 93), y establece el jurado para discernir o dilucidar la efectiva culpabilidad de quienes han sido inculcados por la comisión de delitos políticos de especial gravedad, pero no específicamente previstos por la ley (§ 94)<sup>74</sup>.

Entre la aprobación de una y otra *Acta*, fue aprobada en Frankfurt la primera *Constitución Imperial alemana* (*Paulskirchenverfassung*, 28.III.1849), el primer texto constitucional para toda Alemania. Esta Constitución prescribía entre otras cosas —y de acuerdo con el legado liberal-revolucionario francés— la promulgación de un solo Código civil, mercantil, cambiario y penal para todo el Imperio (§ 64); al recoger los derechos fundamentales del pueblo alemán (6ª Parte), prohibía expresamente la imposición de la pena de muerte civil (§ 135). En esta misma línea, no admitía la pena de muerte —excepto en el Derecho de guerra—, así como determinadas penas infamantes como la de marca (*Brandmarkung*) y la picota (*Pranger*) (§ 139); también consagraba —siguiendo los postulados de corte liberal— el derecho de propiedad (§ 164)<sup>75</sup>.

Tanto el constitucionalismo bismarkiano<sup>76</sup> como la emblemática Constitución de Weimar (11.VIII.1919) apenas contienen preceptos de contenido penal.

<sup>74</sup> *Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte: Deutsche Verfassungsdokumente 1803-1850*, vol. I, págs. 501 ss.

<sup>75</sup> *Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte: Deutsche Verfassungsdokumente 1803-1850*, vol. I, pág. 375 ss.; véanse también HARTUNG, Fritz: *Deutsche Verfassungsgeschichte vom 15. Jahrhundert bis zur Gegenwart*. Stuttgart, 1950 (9ª edición, Stuttgart 1969), págs. 179-188; RÜPING, Hinrich: *Grundriß der Strafrechtsgeschichte*. 3. Auflage. München, 1998, págs. 82-83.

<sup>76</sup> La *Ley concerniente a la Constitución del Imperio alemán* (16.IV.1871), dentro de la *Constitución imperial bismarkiana*, que entró en vigor el 4 de mayo de 1871, no contiene aspectos penales. Por otra parte, la *Ley imperial del funcionariado* (31.III.1873) regulaba los principales aspectos que configuran el estatuto y régimen del funcionariado alemán de la etapa bismarkiana (*Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte: Deutsche Verfassungsdokumente 1851-1900*, vol. II, págs. 434 ss.); así, por ejemplo, se prescribe la necesidad de que el funcionario, antes de tomar posesión del cargo, se comprometa al cumplimiento de la obligaciones propias de su cargo bajo juramento (§ 3); asimismo, se dispone que el funcionario que cometa un delito en ejercicio de su cargo (*Amtsvergehen*) se

En efecto, en contra de lo que pudiera parecer, la Constitución de Weimar, que entró en vigor el 14 de agosto de 1919, apenas contenía referencias de contenido penal novedosas, siguiendo la línea de las Constituciones precedentes. Una de ellas es la relativa a la asunción de la competencia legislativa en materia penal por parte del Estado Imperial (*Reich*) (art. 7.2); por otra parte, consagraba expresamente el principio de legalidad<sup>77</sup>.

La vigente Constitución alemana (23 de mayo de 1949, reformada en el año 2000), dedica escasos artículos a la materia penal. El derecho al honor viene expresamente recogido tan sólo en el marco de la libertad de expresión<sup>78</sup>, esto es, como límite al ejercicio de éste (art. 5), no como límite a la imposición de ciertas penas infamantes o deshonrosas. Entre los preceptos de contenido penal recogidos por el vigente texto constitucional alemán, cabe destacar la abolición de la pena de muerte (art. 102), el principio de legalidad (art. 103.2) y el reconocimiento del principio de *non bis idem* (art. 103.3), así como de otras garantías de contenido penal-procesal (arts. 103.1 y 104). No aparece referencia expresa alguna, pues, a la prohibición de las penas infamantes, inhumanas o degradantes, así como tampoco a la imposición de la tortura, quedando sin duda implícitamente proscrita en el art. 104.1 al consignar que «ningún detenido podrá ser maltratado física ni moralmente».

le impondrá una pena disciplinar (*Disziplinarbestrafung*) (§ 72); a continuación establece los dos tipos de penas disciplinarias: 1) penas disciplinarias menores (*Ordnungsstrafen*), y 2) alejamiento del cargo (§ 73); entre aquéllas cabe destacar el aviso (*Warnung*), la reprimenda (*Verweis*) y la multa (*Geldstrafe*) (§ 74); dentro del alejamiento del cargo cabe la traslación disciplinaria (*Strafversetzung*) y la separación o destitución del cargo (*Dienstentlassung*) (§ 75). La ley confiere al emperador la facultad de indultar o mitigar la pena disciplinar impuesta al funcionario (§ 118) (*Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte: Deutsche Verfassungsdokumente 1851-1900*, vol. II, pág. 436); HARTUNG, *Deutsche Verfassungsgeschichte vom 15. Jahrhundert bis zur Gegenwart*, págs. 267-310.

<sup>77</sup> Art. 116: «No podrá penarse ningún hecho que las leyes no hubiesen declarado punible con anterioridad a su perpetración» (*Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte: Deutsche Verfassungsdokumente 1919-1933*, vol. IV, págs. 151 ss.); HARTUNG, *Deutsche Verfassungsgeschichte vom 15. Jahrhundert bis zur Gegenwart*, págs. 310-342.

<sup>78</sup> En esta línea, se dispone que el ejercicio abusivo de determinados derechos fundamentales consagrados por el propio texto constitucional (libertades de opinión, enseñanza, reunión, asociación, propiedad, etc.) puede acarrear «la privación de los mismos y su alcance» (art. 18).

## 2. Breve apunte sobre el histórico carácter infamante de las penas de inhabilitación y suspensión para el ejercicio de la función pública en la tradición jurídico-penal alemana

Analizados los preceptos de contenido penal de los diversos textos del constitucionalismo alemán, constatamos en muchos aspectos la considerable similitud respecto a la tradición española. Sin embargo, en relación a las *penas inhumanas y degradantes* que nos ocupan, resulta paradójico constatar que en el constitucionalismo alemán, habiéndolas históricamente prohibido expresamente en alguna de sus formas (penas de marca y picota), ha optado por no recoger en su texto constitucional vigente su prohibición de forma expresa, como sí hicieran otros Estados como el español, aún careciendo éste de la más mínima tradición constitucional en este sentido, como vimos.

Ahora bien, ¿significa ello que el constitucionalismo español ofrezca una mayor protección del derecho al honor, a la fama y dignidad humanas que el alemán? Sin duda no, pues —como se dijo al principio—, la prohibición de tales penas no precisa de una referencia expresa y singular al respecto, bastando el reconocimiento de derechos más genéricos como la dignidad humana, la integridad personal (física y psíquica), así como los derechos naturales de la persona humana, o el sentido de la humanidad...<sup>79</sup>

Tanto es así que bien pudiera suceder que un Estado cuya Constitución no reconoce de forma expresa la prohibición de tales *penas infamantes*, mostrara luego mayores reparos que ningún otro al admitir ciertas penas por su posible carácter infamante, gozando éstas de vigencia en otros ordenamientos presididos por una Carta Magna que recoge una prohibición expresa de toda clase de *penas inhumanas y degradantes*, como es el caso español. En este sentido, las penas de inhabilitación y suspensión para el ejercicio de la función pública, vigentes en el sistema punitivo español, suprimidas en Alemania a principios de los años setenta, en buena parte precisamente por su carácter infamante o estigmatizante, constituye un ejemplo paradigmático<sup>80</sup>.

<sup>79</sup> Véanse las notas 61, 62, 63, 64 y 65, y su texto principal correspondiente.

<sup>80</sup> Sobre la definitiva desaparición de la inhabilitación como pena y su introducción como consecuencia accesoria (*Nebenfolge*), véanse los estudios de ZIESCHANG, Frank: *Das Sanktionensystem in der Reform des französischen Strafrechts im Vergleich mit dem deutschen Strafrecht*. Berlin, 1992, págs. 309-313 y 394-398; ZIPF, Heinz: «Die Rechtsfolgen der Tat im neuen Strafgesetzbuch», *Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und Ausbildung*, März 1974, Heft 3, págs. 137-147; «Die Rechtsfolgen der Tat im neuen Strafgesetzbuch», *Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und Ausbildung*, Mai 1974, Heft 5, págs. 273-281; STURM,

Un estudio exhaustivo de las penas de inhabilitación y suspensión para el ejercicio de la función pública en el Derecho histórico alemán y español revela a las claras que, en ocasiones —como ésta—, no es tanto el tenor literal del texto constitucional sino la propia tradición de un país la que verdaderamente marca el concreto alcance de los derechos fundamentales y libertades reconocidos en la Carta Magna.

Demostrar la verdad de esta afirmación excedería por completo las pretensiones de este trabajo<sup>81</sup>. Tan sólo diremos que la *vis atractiva* ejercida por las antiguas y —posteriormente— modernas *Ehrenstrafen* (*Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte*), y el considerable influjo ejercido por el *Code pénal* napoleónico (*dégradation civique*)<sup>82</sup> contribuyeron decisivamente al marcado carácter accesorio e infamante de las penas de inhabilitación en el Derecho alemán<sup>83</sup>. En la tradición normativa e historiográfica alemana, pues —y a diferencia de española—, la conexión entre las penas de inhabilitación y las penas infamantes (*Ehrenstrafen*) resultó tan estrecha, que aquéllas perdieron por completo su carácter autónomo<sup>84</sup>.

Richard: «Die Strafrechtsreform. Zum Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches nach dem Ersten Gesetz zur Reform des Strafrechts (Fassung 1. April 1970)», *Juristenzeitung* 3 (Februar 1970), págs. 81-87; NELLES, Ursula: «Statusfolgen als Nebenfolgen einer Straftat (§ 45 StGB)», *Juristenzeitung* 17 (1991), págs. 17-24; MÜLLER, Adolf / FRIEDRICH, Horst: «Die kriminalpolitischen Grundzüge des neuen Strafrechts nach den Beschlüssen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform», *Juristenzeitung* 8 (18 April 1969), págs. 245-253; JEKEWITZ, Jürgen: «Der Verlust des Abgeordnetenmandats auf Grund strafrichterlicher Entscheidung nach dem Ersten und Zweiten Gesetz zur Reform des Strafrechts», *Die Öffentliche Verwaltung*, November 1969, Heft 22, págs. 781-783; entre otros.

<sup>81</sup> Véase la nota 91.

<sup>82</sup> La inhabilitación para el ejercicio de la función pública, impuesta con carácter principal y autónomo con anterioridad al siglo XIX —según reflejan algunas fuentes normativas, como el *Allgemeines Landrecht* prusiano (1794)—, pasó a ser regulada, bien como accesoria de determinadas penas, bien como mero efecto de otras penalidades. La Codificación alemana no recogió, pues, esa inhabilitación como pena principal que le ofrecía su propia tradición; si en cambio, la inhabilitación que le brindó el Código penal francés, como accesoria de penas privativas de libertad deshonrosas (como el presidio), o de otras penas infamantes (como la pérdida de los derechos civiles).

<sup>83</sup> En esta línea, el empleo por el juez de la *ehrlose Gesinnung* como criterio determinante para la imposición o no de estas «penas inhabilitantes», vino —si cabe— a acentuar aún más su efecto estigmatizante sobre el condenado.

<sup>84</sup> Normativa, porque si la dependencia de la pena de inhabilitación frente a las *Ehrenstrafen* sólo en parte hunde sus raíces en el antiguo Derecho germánico, el influjo que ejercieron en este concreto campo el Código penal francés (1810) y el Código penal prusiano (1851), no hicieron más que acentuarla de tal manera que, a partir de entonces, la pena de inhabilitación apenas cumplió otra misión que la de girar alrededor de las *Ehrenstrafen*, perdiendo repentinamente la naturaleza de pena principal de que gozó en la genuina tradición alemana

Prueba de ello son, por ejemplo, los problemas que planteó a la doctrina alemana el compatibilizar la deseada y reivindicada supresión de las *Ehrenstrafen* con la conveniente y necesaria permanencia e imposición de la inhabilitación como pena accesoria, rompiendo así una marcada relación de dependencia de una sobre la otra, procedente de la codificación francesa y que el Código de 1871 recogió escrupulosamente. Esta preocupación que empezó a reflejarse latente en la doctrina penal de mediados del siglo XX, no obtuvo una solución medianamente satisfactoria hasta la reforma de 1969, merced a la cual la inhabilitación, perdiendo su histórica naturaleza de pena accesoria (*Nebenstrafen*), pasó a ser considerada como consecuencia o efecto accesorio de la pena (*Nebenfolge*). Con esta medida se lograba satisfacer a muchos que, de esta manera, esto es, suprimida ya la inhabilitación como pena accesoria, entendieron que la inhabilitación perdía así el efecto infamante y estigmatizante propio de su regulación desde la primera mitad del siglo XIX. Pero esta solución no satisfizo enteramente a todos, y por ese motivo —entre otros— su discusión permanece todavía hoy abierta.

En efecto, la reforma del sistema penal alemán de finales de 1969 no dejó satisfechos a partidarios ni a detractores de la supresión tales penas de inhabilitación. Dejando al margen el alcance de esta reforma respecto a cuestiones no relacionadas con las inhabilitaciones, sí interesa por lo menos destacar de esta reforma tres aspectos: 1) la definitiva desaparición de las distintas clases de penas privativas de libertad (*Zuchthausstrafe*, *Gefängnisstrafe*, *Strafhaft und Einschließung*) y la consiguiente introducción de una sola pena privativa de libertad (*Gefängnisstrafe*); 2) la supresión de la pérdida de los derechos civiles (recogida en los §§ 31-36); y 3) la desaparición de la inhabilita-

hasta finales del siglo XVIII, según reflejan algunas fuentes normativas. Esto no significa que a partir del siglo XIX no gozara de un mínimo de autonomía en determinados supuestos: nos referimos al castigo de las conductas delictivas cometidas en el ejercicio de la función pública, con independencia de la condición de funcionario o no del condenado. Ahora bien, siempre y en cualquier caso su imposición sería accesoria, nunca más principal. Este fue uno de los costes del influjo francés, pues exigió la renuncia de una parte del legado de la propia tradición penal alemana; historiográfica, habida cuenta de que la escasa atención prestada a la inhabilitación para el ejercicio de la función pública contrasta con el enorme interés que han suscitado las *Ehrenstrafen* desde siempre en la historiografía alemana, independientemente que poco tengan que ver las *Ehrenstrafen* medievales con las del siglo XIX. Aun así, no pocos autores parecen ver «hilillos sutiles» que les permite —salvando las distancias— apreciar un cierto continuismo entre unas y otras, como si de un aspecto importante del *Volksgeist* alemán se tratara. No es extraño, pues, que las escasas —y en ocasiones, desacertadas— referencias sobre la evolución histórica de la pena de inhabilitación —recogidas en la propia historiografía alemana—, a duras penas hayan logrado superar la pesada servidumbre de las *Ehrenstrafen*.

ción para el ejercicio de la función pública como pena accesoria y su introducción como consecuencia o efecto accesorio (*Nebenfolge*, §§ 31-33, si bien finalmente —con la entrada en vigor de la *Segunda Ley de Reforma del Derecho penal* en 1975—, pasó a ocupar el § 45 del vigente *StGB*)<sup>85</sup>.

<sup>85</sup> Para el examen de las diversas reformas, resulta imprescindible la obra de VORMBAUM, Thomas / WELP, Jürgen: *Das Strafgesetzbuch. Sammlung der Änderungsgesetze und Neubekanntmachungen*. Band 1 (1870 bis 1953), 2 (1954 bis 1974) und 3 (1975-1992). *Juristische Zeitgeschichte*, Abteilung 3, 1.1, Baden-Baden, 1999-2000; al respecto, véase también KUNERT, Franz: «Der zweite Abschnitt der Strafrechtsreform. Die wichtigsten Änderungen des StGB zum 1. 4. 1970», *Neue Juristische Wochenschrift* 13 (1970), págs. 537-545; la *Primera Ley de Reforma del Derecho penal (1. StrRG)*, de 25 de junio de 1969, modificó por completo el sistema de penas vigente hasta el momento, afectando, entre otras penas, a las que nos vienen ocupando en este estudio. Esta reforma, dividida en tres partes, entró en vigor en 1970 y 1975. La segunda parte, que recoge la reforma del sistema penal que nos interesa, entró en vigor el 1 de abril de 1970; esta *Primera Ley de Reforma* cambió por completo los §§ 31-33 y suprimió los §§ 34-36; además, introdujo una nueva redacción de los §§ 73-78: en el § 73.4 recoge, por ejemplo, la nueva distinción entre *Nebenstrafen* y *Nebenfolgen*; por otra parte, introdujo en el § 108c una mención expresa a determinadas inhabilitaciones, mientras que en los §§ 263 y 333 se suprimieron las menciones expresas recogidas hasta entonces; finalmente, modificó —aunque sin consecuencias relevantes— la redacción del conocido § 358; la tercera parte, que terminó incorporándose en la *Segunda Ley de Reforma del Derecho penal (2. StrRG)* y modificó por completo los §§ de la Parte General del Código alemán, no entró en vigor hasta el 1 de enero de 1975 (ESER, «A century of penal legislation in Germany. Development and Trends», pág. 3); esta *Segunda Ley de Reforma*, de 4 de julio de 1969, modificó por completo los primeros §§ hasta el § 80; en la tercera parte relativa a las consecuencias jurídicas del delito, se recogen tanto las diversas clases de penas —principales: de libertad (§§ 38-39) y pecuniarias (§§ 40-43); accesorias: prohibición del permiso de conducir (§ 44)—, como las consecuencias o efectos accesorios (§ 45), en donde se regula la pérdida de la habilitación para el ejercicio de la función pública, así como la pérdida del sufragio activo y pasivo, si bien al principio se dispuso su vigencia a partir del 10 de octubre de 1973 ¿En qué consistió, pues, la reforma de 1969 que entró en vigor el 1 de abril de 1970? Según dispone el reformado § 31.1, el condenado por la comisión de un crimen (*Verbrechen*) a la pena de prisión (*Gefängnisstrafe*) por un año como mínimo, pierde automáticamente la habilitación para el ejercicio de la función pública, así como el derecho de sufragio pasivo. Este efecto accesorio privativo (*Nebenfolge*), que no tiene la naturaleza de pena, puede tener una duración que oscila entre 1 y 5 años. Además, el condenado pierde también todos aquellos cargos y derechos que tuviere en ejercicio al recaerle la sentencia condenatoria (§ 31.3 y 4). Nótese que la pérdida automática de tales efectos tan sólo tiene lugar por la comisión de un crimen (*Verbrechen*), y no de un delito (*Vergehen*). Sin embargo, el § 31.2 y 5 dispone que, en los casos legalmente previstos, el tribunal podrá imponer al condenado los mencionados efectos privativos, así como incluso la pérdida del sufragio activo, con una duración entre 2 y 5 años. Finalmente, mientras el § 32 contiene las reglas del cómputo de la duración, así como la regulación del momento en el que surgen efecto tales privaciones, el § 33 establece la posible rehabilitación del condenado, siempre y cuando haya transcurrido al menos la mitad del tiempo dispuesto por la sentencia condenatoria, y la buena conducta del condenado ofrezca ciertas garantías. Con esta posibilidad de rehabilitación se logró,

Desde el principio esta reforma suscitó no pocas críticas entre algunos autores, creando un estado de opinión doctrinal más bien poco entusiasta con la nueva regulación, y que actualmente permanece más o menos latente<sup>86</sup>.

Actualmente, buena parte de la doctrina, al constatar la compleja naturaleza de las *Nebenfolgen* reguladas en el § 45, así como los problemas de carácter teleológico y sistemático que generan, siguen propugnando su completa desaparición del Código penal alemán vigente<sup>87</sup>. El mismo Schwarz, autor del único trabajo monográfico del que tenemos noticia sobre la materia —y publicado en 1991—, afirma sin ambages en su conclusión final que «los §§ 45-45b del Código penal alemán, vestigio de la antigua pérdida de los derechos civiles, han de suprimirse por su incompatibilidad con el Derecho constitucional vigente»<sup>88</sup>, proponiendo su regulación como *lex specialis* del § 70 del mismo Código<sup>89</sup>.

pues, secundar el ideal resocializador reivindicado por buena parte de la doctrina. Según el parecer de Sturm, con la supresión de la pena de presidio (*Zuchthausstrafe*) cayeron también sus consecuencias automáticas (la inhabilitación para el ejercicio de la función pública, entre otras), previstas hasta entonces en el § 31 StGB. Y para ello se hizo necesaria también la modificación de los § 32-36 relativos a la pérdida de los derechos civiles (...). De hecho, el *Proyecto de Reforma* de 1962 ya contenía propuestas en este sentido (STURM, «Die Strafrechtsreform. Zum Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches...cit.», págs. 83-84).

<sup>86</sup> La principal crítica de algunos juristas vertida sobre la nueva regulación radicó en la permanencia de la mayoría de efectos jurídicos propios de la antigua pérdida de los derechos civiles. Y la nueva regulación de la inhabilitación para el ejercicio de la función pública constituía un ejemplo bien claro de ello. De ahí que algunos autores juzgaran la reforma con poco entusiasmo y cierta dosis de espíritu crítico; así, por ejemplo, Jekewitz señaló —recogiendo el juicio poco entusiasta de algunos autores—, que si bien la reforma modificó la naturaleza jurídica de determinados efectos privativos como el de la inhabilitación para el ejercicio de la función pública (de *Nebenstrafe* a *Nebenfolge*), el alcance de tales privaciones jurídicas permaneció incólume (JEKEWITZ, «Der verlust des Abgeordnetenmandats auf Grund strafrichterlicher Entscheidung... cit.», pág. 783); pocos años más tarde, recogiendo Zipf el parecer bastante unánime de la doctrina, reiteró la idea de que la introducción de la pena privativa de libertad única, con la que precisamente se querían evitar los efectos deshonrosos e incompatibles con la resocialización del condenado, propició la introducción de la inhabilitación para el ejercicio de la función pública y la pérdida del sufragio pasivo como efectos accesorios (*Nebenfolgen*) y no como penas accesorias (*Nebenstrafen*), no atreviéndose a suprimir por completo tales efectos, conforme a la recomendación del *Proyecto Alternativo* de 1966 (ZIPF, «Die Rechtsfolgen der Tat im neuen Strafgesetzbuch», Heft 3, pág. 142; STURM, «Die Strafrechtsreform. Zum Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches... cit.», pág. 83).

<sup>87</sup> NELLES, «Statusfolgen als Nebenfolgen einer Straftat (§ 45 StGB)», págs. 17-24; véase también la bibliografía al respecto recogida en el trabajo de ZIESCHANG, *Das Sanktionensystem in der Reform des französischen Strafrechts...cit.*, págs. 394-398.

<sup>88</sup> SCHWARZ, Oliver: *Die strafgerichtliche Aberkennung der Amtsfähigkeit und des Wahlrechts. Eine rechtsvergleichende Untersuchung aus der Sicht der Bundesrepublik Deutschland und der*



En España, por el contrario, la doctrina penal decimonónica y de principios del XX, siguiendo una tradición distinta a la de las *Ehrenstrafen* alemanas, apenas prestó atención al posible carácter infamante de las penas de inhabilitación y suspensión para el ejercicio de la función pública, pues éstas jamás llegaron en nuestra tradición a un grado de servidumbre y sometimiento, respecto a las penas infamantes, comparable a la tradición alemana, por mucho que, desde los años 30 del siglo pasado, quizás desde el *Congreso Penal y Penitenciario Internacional* (Berlín, 1935)<sup>90</sup>, un sector de nuestra doctrina penal, atraído por las corrientes científicas alemanas, haya vertido esa misma crítica a nuestras penas de inhabilitación, sugiriendo o reivindicando, siguiendo el modelo alemán, su definitiva supresión de nuestro sistema penal. A mi juicio, esta crítica resulta insostenible, pues un estudio histórico de ambas tradiciones en este punto, revela ciertamente su escaso paralelismo. Resulta imprudente pretender trasladar soluciones jurídicas de un modelo a otro después de un concienzudo estudio comparado, pero carente de raíces históricas: para transportar instituciones de un ordenamiento a otro se requiere un análisis histórico-comparado, no vaya a ser que la importación de excesivos elementos extraños a la propia tradición provoque una «indigestión» al ordenamiento jurídico de un país<sup>91</sup>.

He aquí, pues, un ejemplo claro de cómo en ocasiones —como ésta— es la propia tradición jurídica de un país, y no la expresa literalidad de un precepto constitucional lo que marca en buena medida el concreto alcance de una institución, un derecho o una libertad.

---

Vereinigten Staaten. Baden-Baden, 1991, pág. 186, por atentar el art. 18 de la Constitución alemana.

<sup>89</sup> SCHWARZ, *Die strafgerichtliche Aberkennung der Amtsfähigkeit und des Wahlrechts...* cit., pág. 185, nota 25.

<sup>90</sup> Véanse las *Actes du Congrès Pénal et Pénitentiaire International de Berlin (Août 1935)*. Rapports sur les questions du programme de la Xe section: administration. Berne, Bureau de la Commission Internationale Pénale et Penitentiaire, 1935, vol. III, págs. 144 ss.

<sup>91</sup> Desde hace tiempo, venimos elaborando un trabajo monográfico del que puede extraerse, entre otras, esta conclusión; con el título *Las penas de inhabilitación y suspensión para el ejercicio de la función pública en la Codificación europea. Especial consideración a los derechos inglés, francés, alemán y español*, esperamos, Dios mediante, vea la luz en un futuro no muy lejano.