

# Nuestra concepción de las excusas absolutorias

Por JOSE GARCIA-PUENTE LLAMAS  
Juez y Fiscal de Distrito

## I

Los autores ofrecen varias definiciones que vienen a coincidir en su esencia: Max Ernst Mayer (1) las incluye en el grupo «de las causas que dejan subsistente el carácter delictivo del acto», y que no hacen más que excluir la pena. Con esto ya se comprende el concepto, que viene a coincidir con el de los tratadistas alemanes, en general, de «causas personales que excluyen la pena», lo que los hispano-hablantes y franceses designan como excusas absolutorias, con las que se designan, aquellas circunstancias que concurren en la persona del autor, que hacen que el Estado no establezca contra tales hechos acción penal alguna. Con más exactitud y rigor técnico, las define Augusto Köhler, diciendo: son circunstancias que a pesar de subsistir la antijuricidad y culpabilidad, queda excluida desde el primer momento la posibilidad de imponer una pena al autor. También como causas personales, que excluyen la pena, se pronuncian R. Von Hippel (2), Listz-Schmidt (3), Mezger (4), etc. Karl Peters (5), viene a confundir en su definición, la ausencia personal de inculpabilidad, con la causa personal que exime de pena.

Idéntica en el fondo y muy semejante en la forma a la definición de Mayer, es la dada en Francia por C. Degeois: «Son hechos determinados por la Ley, que sin borrar el carácter delictivo de un acto, sin suprimir la culpabilidad de su autor, producen sin embargo una excepción de la penalidad, que ordinariamente se asocia a la perpetración de una infracción (6).

---

(1) M. E. MAYER, *Lehrbuch*, págs. 69 y 276).

(2) R. VON HIPPEL, *Strafrecht*, tomo I, págs. 382 y ss.

(3) LISTZ-SCHMIDT, *Lehrbuch*, 123 y tomo II, págs. 64 y 65 (citas de J. Asúa).

(4) MEZGER, *Derecho penal*. (Traducción de R. Muñoz). Madrid 1955.

(5) KARL PETERS. *Zur Lehre von den persönlichem Strafanschliessungsgründen*. (En *Juristische Rundschau* 1949, págs. 496 y ss y 195, págs. 742 y ss).

(6) DEGEOIS, *Traité*, pág. 180 (cit. J. Asúa).

Antón Oneca (7) dice: que la doctrina española sobre la materia arranca de Silvela, quien además de las causas de justificación y de las de inimputabilidad (bajo cuyo nombre abarca todas las de inculpabilidad) admite «otras causas o motivos, mediante los cuales no se impone pena, aún quedando subsistentes la antijuricidad y culpabilidad, y que pueden llamarse excusas absolutorias». El concepto y enumeración que de ellas hizo Silvela (8) ha sido seguido por la mayoría de los tratadistas españoles. Consideraba Silvela que el legislador veía más útil tolerar el delito que castigarlo, aún reconociendo que existe delito y persona que de él pudiera responder, como comenta Antón Oneca. Pero es este mismo autor en su Parte general de Derecho Penal (9) y al comentar la excusa absoluta del artículo 564 del Código penal (excusa entre parientes en los delitos contra la propiedad) y ver la contradicción con el artículo 1 del Código penal, y en el que se consigna expresamente como carácter del delito la penalidad, quien dice: «No se concibe hablar de un delito, que no ha sido punible en ningún momento».

Y el mismo Jiménez Asúa dice: «La punibilidad es el carácter específico del delito, pero no el único; lo es también la tipicidad, «*stricto sensu*». Y sigue diciendo, «si la pena es el carácter de cuya aplicación pende el "ius puniendi" del Estado, resulta obvio que todo hecho que no lleve adosada una pena no pertenece al derecho penal. Pero es el caso y comentamos, que él también aplica a las excusas absolutorias las notas de antijuricidad, culpabilidad e incluso tipicidad penales (10). Y este mismo autor en su Tratado (11) dice: Los autores italianos, generalmente tan claros en la exposición de problemas penales, no suelen serlo en este punto, ni siquiera en la denominación que adoptan, para designar las excusas absolutorias. Así, Altavilla: «Causas de extinción respecto de ciertos delitos» (12), y Santoro, inspirándose en los penalistas alemanes: «causas personales de exclusión de la punibilidad».

Vasalli (13) distingue tres sectores de causas de no punibilidad: En sentido «latissimo», sentido «lato» y «causas de no punibilidad en sentido estricto o causas de exclusión de la sola pena: éstas —dice— son las que únicamente pueden llamarse excusas absolutorias. Y así mismo confiesa ser dudosas en algunos casos. Claro es que le aplica las notas de antijuricidad y culpabilidad penales.

(7) ANTÓN ONECA, *Derecho Penal* (Parte General), Madrid 1949, págs. 315 y ss.

(8) SILVELA, *El Derecho Penal*, II, págs. 201 y ss.

(9) ANTÓN ONECA, *Derecho Penal* (Parte General (obra cit.)), página 317.

(10) JIMÉNEZ ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, tomo VII, Buenos Aires, 1970, pág. 131.

(11) JIMÉNEZ ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, tomo VII, Buenos Aires, 1970, pág. 139.

(12) ALTAVILLA, *Manuale*, págs. 164 y 165.

(13) VASALLI, *Cause de non punibilità* (6 vols., Enciclopedia de Diritto, Milano. Giufré, 1960.

Dice Jiménez Asúa que no suelen estar las excusas absolutorias en la Parte General de los Códigos penales, salvo Uruguay, en su capítulo III, título II, libro I, arts. 36 a 45 (14), sino que se encuentran dispersas en la Parte Especial, donde se definen los tipos de los delitos. Pero a diferencia —dice— de las formas atípicas y de las condiciones objetivas de penalidad, cuyo aspecto negativo, no se fija en los Códigos, las excusas absolutorias aparecen taxativamente admitidas junto al delito que legalmente se le perdona, a sus «autores». Tendríamos así, que sin proponérselo Jiménez Asúa, viene a refutar a Welzel (15), quien concibe «la causa personal» que excluye de pena (excusa absolutoria) referente a los Soberanos o Jefes de Estado, así como a cónyuges y personas ligadas por determinada relación de parentesco en determinados delitos (contra la propiedad), como condiciones objetivas, redactadas en forma negativa, pues están al menos la de parientes fijada en los Códigos penales (así por ej., en nuestro Código en el art. 564 C. p. y en el anterior Código alemán en el art. 247.

Mezger (16) consideró en una primera fase, como bases del delito la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, pero más tarde vino a cambiar de criterio e insertó también como características del delito la penalidad o punibilidad, en contra de lo que más tarde viene a ser criterio de Del Rosal, quien dice no ser la punibilidad lo que confiere carácter específico del delito y diferenciándolo del injusto, que es común a todo derecho y llegando a desdecirse —según anota Jiménez Asúa— en lo que expresa sobre el cambio de criterio de Mezger. Y sigue Jiménez Asúa: «No sólo la amenaza de la pena (punibilidad y no la pena) lo destaca al delito, del género común de la infracción del derecho, también la tipicidad le da singularidad al delito y así para quienes rechazando la analogía —dice— creemos que el tipo en nuestra disciplina, es exhaustivo, limitativo y excluyente (17).

Olesa Muñido (18) dice que no puede confundirse, la figura penal, que es una concreta expresión conminatoria, de la Ley penal, con la tipicidad, que es un carácter o nota de la infracción penal, que puede comprender además de la figura penal otras disposicio-

---

(14) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado* (obra cit.) y *Códigos Iberoamericanos*.

(15) WELZEL, *Derecho Penal* (traducción de Fontán) Buenos Aires, 1956, pág. 203.

(16) MEZGER, *Derecho Penal* (obra cit.) y cita de Jiménez Asúa.

(17) JIMÉNEZ ASÚA, *Tratado* (obra cit.), tomo VII, págs. 131 y ss. Así, dice, la Ley de Usura de 1908 (Ley Civil o Mercantil) tiene o tenía un injusto culpable, pero se hizo delito en la República (Código de 1932) al ser penalmente conminada. Pero la antijuricidad tipificada, al destacarla el legislador, se debe a la "Norma de Cultura" (Lehrbuch de Maurach) dice J. Asúa. Pero éste se debe no a la definición formal del delito, sino a la formación de la ley por el legislador (obra cit., páginas 132 y ss.).

(18) OLESA MUÑIDO, *La estructura de la infracción penal, en el Código penal vigente en España*, Barcelona 1971, págs. 39 a 42.

nes reguladoras de supuestos punibles. Y sigue Olesa Muñido: en la excusa absolutoria, no hay carácter o condición objetiva de punibilidad, ya que concurre en el propio momento de ejecutarse el acto. Y haciendo trasunto de Welzel, en la excusa entre parientes y Soberano, precisadas, dice constituir la faceta negativa de la punibilidad (claro es, pero no como condición objetiva), si bien incide en más amplias zonas de la estructura de la infracción penal.

Nuestra concepción la anticipamos, es coincidente con la del Padre Montes, quien identificaba todas las excusas absolutorias, con las causas de justificación. Claro es que el Padre Montes lo describe pero no lo razona (19). Y lo hacemos en base de un interés preponderante, que hay que salvaguardar.

## II

Silvela incluía entre las excusas absolutorias, las del artículo 18, hoy, del Código penal (20): encubrimiento entre parientes; desistimiento de rebeldes y sediciosos, con referencia a meros ejecutores y aún directores y promotores y sostenedores de rebelión o sedición, que no fueren funcionarios públicos, hoy recogida en el artículo 226 del Código penal; lesiones (no graves) causadas a los adúlteros, sorprendidos «in fraganti» por el marido o por los padres respecto de sus hijas menores de veintitrés años y sus corruptores, mientras que ellas viviesen en la casa paterna, no aprovechando tal beneficio a los que hubiesen promovido, facilitando o consentido la prostitución de sus mujeres e hijas. Beneficio este del artículo 428 del Código penal de 1944 y en Códigos anteriores, fue desaparecido en la reforma de 1963 (21). Y se suprimió, pese a una tradición que se dió en las Cortes «calderoniana», pero que como diremos a renglón seguido no era tan calderoniana. Y no lo era, porque tal vez pudiera pesar en el ánimo de los legisladores del 428 C. p. y debió pesar al menos en los de la reforma

---

(19) MONTES, *Derecho Penal Español* (cita de Antón Oneca, página 465) y *Derecho Penal Español*, 2.<sup>a</sup> ed. San Lorenzo de El Escorial 1929, pág. 200.

(20) SILVELA, *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, 2.<sup>a</sup> parte. Madrid 1879, pág. 250, menciona entre la primera de las excusas, la del art. 17, hoy 18 C. P.

(21) Decía el art. 428 C. P.: "El marido que sorprendiendo en adulterio a su mujer, matare en el acto a los adúlteros ó alguno de ellos, ó le causare cualquiera de las lesiones graves. será castigado con la pena de destierro. Si les produiere lesiones de otras clases (menos graves o leves), quedará exento de destierro (N. N. Es la verdadera excusa).

Estas reglas serán aplicables en análogas circunstancias, a los padres respecto de sus hijas menores de veintitrés años y sus corruptores, mientras aquéllas viviesen en la casa paterna. El beneficio de este artículo no aprovecha a los que hubiesen promovido, facilitado o consentido la prostitución de sus mujeres ó hijas".

de 1963, como embebida en la figura del 428, una legítima defensa del honor, ya que como contraposición a una primera dirección de la Jurisprudencia, en que los ataques que integran el deliio de injurias no cabe aplicar el principio de legítima defensa (Ss. 31 de octubre de 1900; 24 de marzo de 1915 y 11 de abril de 1933), hay una segunda dirección, que representan entre otras las sentencias de 15 de octubre de 1945 y 14 de diciembre de 1970, en que se dicen: «Al propio honor conyugal hay un derecho tan respetable y protegido con el de la vida e integridad corporal o física; y cuando tal derecho es mancillado de modo grave y afrentoso, como lo fue por el interfecto, al permitirse con la mujer del procesado y en la casa habitación de éste, de ciertas liviandades, el agravio *constituye verdadera agresión*, cuya ilegitimidad salta a la vista, en cuanto a los antecedentes y la conducta del marido respecto al ofensor no podía motivarla... (N. N. Parece como si la Sentencia, estuviera «recordando» el «no hubiera promovido, facilitando o consentido, la prostitución de la mujer»).

Estas sentencias también avalan nuestra posición en contra de la despenalización del adulterio en base principal del honor ultrajado, bien del marido o de la mujer (22).

Rodríguez Muñoz, al que han seguido la mayoría de los tratadistas hispanos y la misma Jurisprudencia, han calificado el artículo 18 del Código penal, como una causa de inculpabilidad y más concretamente como un caso de inexigibilidad de otra conducta. Y así en sus comentarios, Córdoba Roda, R. Mourullo, Casabó y Toro (23), dicen que las opiniones doctrinales se dividen: Unos que lo consideran como excusa absolutoria (24), otro sector cada vez más amplio, lo consideran como una causa de exclusión de la culpabilidad. En esta línea hay que distinguir, la línea de los que al estilo de R. Muñoz, en una primera época, se limitan a considerar como una causa de inculpabilidad, basada en la «no exigibilidad de otra conducta» (25) y la de aquellos que con mayor fidelidad y respeto a la disposición legal, precisan que en todo caso se trataría de una presunción de inculpabilidad (26).

(22) GARCÍA-PUENTE LLAMAS, *La despenalización del adulterio*, en *Revista de Derecho Canónico* (mayo-agosto) 1979.

(23) CÓRDOBA RODA, R. MOURULLO, CASABÓ Y TORO, *Comentarios del Código Penal*, Barcelona, tomo I, 1972, pág. 944 y tomo II, Barcelona 1964, pág. 219.

(24) Así, QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios del Código Penal*, 2.<sup>a</sup> ed. Madrid 1966, pág. 289; J. DEL ROSAL, *Derecho Penal Español*, tomo II Madrid 1960, pág. 73, y *Acerca del encubrimiento*, en *Comentarios a la doctrina del T. S.*, Madrid 1961, pág. 55.

(25) Así, FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, tomo II, Murcia 1947, pág. 100; J. M. NAVARRETE, *El encubrimiento entre parientes*, ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1960, pág. 237 y ss.; SÁINZ CANTERO, *La exigibilidad de conducta adecuada a la norma*, Granada 1965, páginas 132-133.

(26) Así, citan a ANTÓN ONECA, *Derecho Penal* (Parte General) (obra citada), p. 318, y M. LUZÓN DOMINGO, *Derecho Penal del Tribunal Supremo*, tomo II, Barcelona, 1964, pág. 219.

Para Córdoba Roda y R. Mourullo el artículo 18, es un caso de excusa absoluta, con culpabilidad y antijuricidad reconocidas. Y así dicen que no basta para probar la inculpabilidad decir que se basa en la no exigibilidad de conducta, porque la no exigibilidad constituye como tal en ese caso «un principio regulador» de amplio alcance, que puede afectar tanto a la culpabilidad como a la tipicidad o antijuricidad y puede informar asimismo a causas personales de exclusión de pena (27). De ahí —continúan— que sea posible reconocer que el artículo 18 se inspiró en la no exigibilidad de conducta y atribuir sin embargo a la exención en él consagrada, el carácter de excusa absoluta y no de causa de inculpabilidad (28). Y basta observar cómo no opera en el artículo 18 C. p. el principio de no exigibilidad de conducta, porque lo que caracteriza este principio como fundamento de exclusión de la culpabilidad, es su carácter individualizador y en la concreta situación de hecho y autor, lo que no da lugar al artículo 18 C. p., sino que se le impone, una vez demostrada la relación parenteral. Estas ideas ya las había vertido Antón Oneca (29). Una razón más para acercarnos a nuestro criterio y posición, de lo que juega en tal artículo, es la existencia de una causa de justificación, en vista de un interés preponderante, salvaguardar el honor del nombre del pariente encubridor. Algo de esto ya lo habían anticipado los comentaristas Vizmanos y Alvarez Martínez (C) (30) al comentar el artículo 18 C. p.: «La obligación jurídica de abstenerse de encubrir, impuesta en el artículo 17 del Código penal, queda en suspenso ante la posibilidad de un sacrificio no de carácter material, como es el pensamiento dominante en el estado de necesidad y en los deberes de impedir determinados delitos y de prestar socorro, sino de tipo anímico, de sufrimiento moral, que puede producir el ir contra los sentimientos naturales. Unase a esto, además, el interés legítimo, que el encubridor del pariente, puede tener en salvaguardar el honor del nombre, para ver surgir con mayor claridad, el pensamiento de «no exigibilidad de otra conducta».

Pero decimos nosotros, según el artículo 8 - 7.<sup>a</sup> del C. p. el estado de necesidad puede generarse en la infracción de un deber, que no es sacrificio material. Y si lo proyectamos en salvaguardar el honor del nombre, no será la inexigibilidad de otra conducta, sino

(27) HENKEL, *Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulation Recht-prinzip*. En "Fest".

(28) Como comentan Córdoba y R. Mourullo... (tomo I), pág. 944, obra cit., lo hace JUAN DEL ROSAL, *Derecho Penal Español*, tomo II, página 73: "Obsérvese que la no exigibilidad de otra conducta distinta a la habida, demandada por los vínculos de parentesco, no se lleva al rango o categoría de causa de inculpabilidad, sino simplemente se dice exención de pena": *Están exentos de las penas impuestas a los encubridores...*

(29) ANTÓN ONECA, *Derecho Penal (Parte General)* (obra citada), página 318.

(30) VIZMANOS Y ALVAREZ MARTÍNEZ (C.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Madrid 1948, tomo I, págs. 181 y ss.

en base del interés preponderante de salvaguardar el honor de ese nombre —del de pariente encubridor— sobre el otro interés de la administración de justicia, que protege el encubrimiento, y que tal artículo hace retroceder.

El Proyecto de Reforma del Código penal (31), incluye ya, entre los delitos contra la Administración de Justicia: Título XI, capítulo VI; favorecimiento personal real, el artículo 517, en que se dice: «No se aplicarán las penas de este capítulo a los cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos del favorecido, ni a quienes estén ligados por análoga relación de afectividad. Nos preguntamos, ¿han colocado esto último, para hacer pesar sobre el artículo, la necesidad de una apreciación individualizadora judicial y así adscribirlo, a una inexigibilidad de otra conducta? Creemos una postura —valga la palabra— de avestruz, pues eso sería, respecto de esta última parte del artículo, pero no respecto de los parientes anteriormente indicados. O, ¿es que se ha querido volver al Código de 1822, que otorgaba esos efectos atenuatorios? (31 bis).

De excusa absoluta lo interpreta el T. S. en sentencias de 2 de julio de 1949, 22 de junio de 1957, 3 de octubre de 1959, 3 de mayo de 1961.

Claro es que el encubrimiento favorecido, es el encubrimiento desinteresado, o sea el puesto en relación con el artículo 17 (2.º y 3.º) del Código penal, o de favorecimiento personal, pero no el interesado o de favorecimiento real (art. 17, 1.º) del Código penal. Y así no aprovecha a los delincuentes encubridores, no obstante el parentesco, «que auxilian a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito o falta. Y aunque sean parientes, de los que se indican, en el artículo 18 del Código penal (32). Hoy al quedar la «receptación» tipificada como delito independiente, en el artículo 546 bis del Código penal (Ley de 9 de mayo de 1950) y así, segregada del artículo 17 (1.º) C. p. anterior a la mentada Ley, pueden los encubridores parientes, referidos en el artículo 18, C. p. ser exentos de penas en un encubrimiento desinteresado, incluso de receptación, o de favorecimiento personal. Pero no en un encubrimiento interesado del delito de receptación. Prestando así una contradicción con el artículo 564 del Código penal, en el que se omite la receptación, como delito, al que se extiende esta última excusa absoluta. Anticipamos estas ideas, de que ya hizo gala Bajo (33)

---

(31) En *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados. 17 de enero de 1980. Núm. 108-I, pág. 751.

(31 bis) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal (Parte General)*, 1976 (obra citada), pág. 557 y llamada (3).

(32) Art. 18: «Están exentos de las penas impuestas a los encubridores, los que lo sean de su cónyuge, de sus ascendientes, hermanos legítimos naturales o adoptivos o afines, en los mismos grados, con la sola excepción de los encubridores que se hallaren comprendidos en el número 1 del artículo anterior.

(33) BAJO, *El parentesco en el Código Penal Español*, Madrid 1973.

en un trabajo, y que ya menciona Rodríguez Devesa (34). Nos extenderemos más en próximo trabajo.

Rodríguez Muñoz ya vio que lo que pesaba en el artículo 18 era un caso de exclusión del injusto, lo que vino a manifestar más tarde (35). Y no como interpreta la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de febrero de 1976 «como excusa absolutoria y un caso de in-exibilidad de otra conducta». Por ello se acerca R. Muñoz a nuestra concepción de ver en las excusas absolutoria y un caso de inexigibilidad de otra conducta». Por ello ponderante: en este caso el honor del pariente encubridor.

Podría llamar la atención, el valorar en más el honor del pariente encubridor, que la administración de justicia, que protege la norma penal del encubrimiento, aquel bien individual (claro es que el honor familiar ya no es tan individual) y esta, bien de la colectividad, pero ya dice Maurach (36) «que los bienes no pueden ser valorados o ponderados en términos absolutos. Ni dentro de una misma Sociedad o Estado, son las representaciones valorativas idénticas y se encuentran sometidas a frecuentes cambios. Tampoco cabe admitir una escala valorativa en relación con los intereses definidos por el derecho. El postulado de que los bienes jurídicos de la colectividad, prevalecen en un principio sobre los del particular se encuentran en su aplicación gravemente quebrantado y resulta en sus últimas consecuencias gravemente injusto. Lo decisivo será el caso particular. Y un índice de valoración de los bienes, nos lo dice Muñoz-Conde (37), será la colocación de los títulos, en que se inserte la figura delictiva, ya que se colocan de mayor a menor gravedad. Por ello con todos los respetos, es este uno de los defectos que encontramos en el Proyecto del Código penal.

¿Y quién ha de hacer esa valoración? Ya nos lo dice Mezger: «la valoración se hace o bien por el Legislador, en el Ordenamiento Jurídico, o por el Juez» (37 bis).

Rodríguez Devesa, en su obra, va describiendo ese orden valorativo de los distintos autores, «la mayoría de los tratadistas» por la «no exigibilidad de otra conducta», y al autor se le disculpa por la situación anormal de motivación según Welzel (38), Alvarez Vizmanos y Martínez (39), ya lo anticipamos, por el sacrificio de tipo

(34) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal* (Parte General), Madrid 1976 pág. 569.

(35) RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas al Mezger: Derecho Penal* (obra citada), pág. 161.

(36) MAURACH, *Derecho Penal* (Traducción de Córdoba Roda, tomo I, Barcelona 1962, págs. 394 y 252.

(37) MUÑOZ-CONDE, *Derecho Penal* (Parte Especial. Sevilla, 1976, página 89.

(37 bis) MEZGER, *Derecho Penal* (Traducción de R. Muñoz) (obra citada). Tomo I, pág. 465.

(38) WELZEL, *Derecho Penal* (obra cit.), pág. 394.

(39) ALVAREZ VIZMANOS Y MARTÍNEZ (C.), *Comentarios* (obra cit.), 1948, pág. 178: "Esos nobles sentimientos de familia, esos arranques valerosos, que producen la energía de la virtud y del heroísmo".

anímico, de sufrimiento moral que puede producir el ir contra los sentimientos naturales, añadiendo a esto el salvar el honor del nombre, pero no como tesis fundamental. Pacheco (40) acude al conflicto entre las Leyes Sociales y las de la Naturaleza. Groizard (41), a la prevalencia del deber natural sobre el legal. A lo que objetamos; que la Ley debe querer, lo que el orden natural demanda, regulándolo. Silvela (42), a las obligaciones de cariño y afecto que debe reinar en tales personas. Viada (43), a los lazos de sangre. Antón Oneca (44) al interés social en robustecer los lazos de familia o vínculos familiares. Navarrete (45) dice: hay un conflicto entre el mundo de los afectos nobles y el instinto de conservación, unido al interés legítimo que el encubridor de un pariente puede tener en salvar el honor del nombre. Vemos, pues, que repite lo de Alvarez Vizmanos y Martínez (C). Carrara (46) «en un derecho natural inderogable». Pero los vínculos familiares se reconocen en el Código penal con independencia de los afectos que pueden estar relajados o destruidos. Y sin prueba en contrario. Y no pueden aplicarse a otras personas aunque sean mayores los afectos que unan al encubridor con ella.

Dice Welzel (47) que no se reconocerá en los delitos dolosos (salvo en los de omisión) un fundamento general de disculpa, de la no exigibilidad de un actuar adecuado al derecho, por salvaguardar intereses aceptables. Y así si se limita la disculpa a casos de necesidad en peligro para el cuerpo o la vida (exceso en la defensa necesaria por ejemplo). Solamente en algunos delitos en particular el derecho se conforma con un peligro menor, como en el encubrimiento y en el estado de necesidad del juramento.

Welzel dice que no todos los estados de necesidad son justificantes, sino que hay diferenciación (teoría de la diferenciación): estados de necesidad justificantes, si la acción de salvación es el medio adecuado para el objeto adecuado y disculpantes si esa relación no se da. Pero no se puede exigir al autor la determinación conforme a un comportamiento adecuado al derecho. A estos últimos adscribe el encubrimiento entre parientes. Cabe la legítima defensa —dice— contra sus autores y de ataques a la propiedad y

(40) PACHECO, *El Código Penal*. Madrid. 1.<sup>a</sup> Edición (1848). Tomo I, página 291.

(41) GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código de 1870, concordado y comentado*. Tomo I. Madrid, 1902, pág. 682.

(42) SILVELA, *El Derecho Penal estudiado en principios en la legislación vigente en España*. Madrid. Tomo II, 1879, pág. 297 (obra cit.).

(43) VIADA, *El Código Penal reformado de 1870*. Barcelona, 1870, página 390.

(44) ANTÓN ONECA, *Derecho Penal (Parte General)* (obra cit.), página 318.

(45) NAVARRETE, *El encubrimiento entre parientes (artículo 18 del Código Penal)*. En ANUARIO DE DERECHO PENAL 1960, pág. 238.

(46) CARRARA, *Programma: Parte speciale*. 7.<sup>a</sup> Edic. 1899, párrafos 2837: “questo dovere me era imposto de una legge superiore a la tua”.

(47) WELZEL, *Derecho Penal* (obra cit.), págs. 182 y siguiente.

de la morada y cabe sin duda la responsabilidad civil. Así por ejemplo la Sentencia de 7 de diciembre de 1898 se pronunció en contra de la exención de responsabilidad civil. Sobre este problema nos extenderemos en un segundo trabajo.

Sobre la excusa absolutoria del artículo 226 del Código penal, Rodríguez Muñoz (48) ya la consideraba como un caso de arrepentimiento activo y así Cobo del Rosal (49), siguiendo la idea lanzada por Antón Oneca (50), lo considera como un caso de desistimiento, similar al desistimiento en la tentativa. Pero en la tentativa, dicen, no se ha dado el delito completo, ni perfecto, en cambio en el artículo 226 del Código penal, el delito es completo o consumado, no agotado. Y así dice Antón Oneca, el alzamiento está realizado, pero el sujeto puede insistir más o menos tiempo en la violación jurídica: repetimos, el delito está consumado pero no agotado. Hay una consumación anticipada, y así permite eximir a ciertos partícipes, por el retroceso en su conducta, por «una sumisión», que borre su anterior «rebeldía» (o sedición).

Nosotros no podemos adscribirnos a esa concepción de Cobo del Rosal, porque dice Welzel (51), que el delito formalmente consumado o mejor de consumación anticipada, no es posible por principio, ningún desistimiento, lo que sería según nuestro parecer una excepción.

El arrepentimiento, se podrá dar o no dar, pero ni el arrepentimiento, como actitud moral, ni como estrictamente jurídica, según el artículo 9-9.ª del Código penal, no son la razón del artículo 226 del Código penal, pues pueden no existir. Y así dice Antón Oneca (52) «no podemos hablar de arrepentimiento, ante quienes se rinden ante fuerzas mayores, superiores, sino por motivos de conveniencia (utilidad) para favorecer la solución incruenta. Pero a esas expresiones objetamos: Eso será para los que se sometieren. Pero, ¿y para los que se disolvieren sin haber hecho acto de presencia la fuerza pública y por tanto antes de las intimaciones? Aquí cabría apreciar la atenuante 9-9.º del Código penal, como embebida en el 226 C. p. y como una de las notas características de tal arrepentimiento o también la otra proyección del 9-9.º del Código penal, de disminuir los efectos del delito, igualmente embebida en el 226 C. p. Por ello también disentimos de Martínez Val (53) quien dice no poderse catalogar este arrepentimiento de

(48) RODRÍGUEZ MUÑOZ, En la traducción de MEZGER, *Derecho Penal* (obra cit), pág. 146.

(49) COBO DEL ROSAL, *Función y naturaleza del artículo 226 del Código Penal*. En ANUARIO DE DERECHO PENAL 1968, págs. 62 y 63.

(50) ANTÓN ONECA, *Derecho Penal (Parte General)* (obra cit), página 317.

(51) WELZEL, *Derecho Penal* (obra cit.), pág. 203. También MEZGER, *Derecho Penal* (obra cit.). Tomo I, pág. 146.

(52) ANTÓN ONECA, *Derecho Penal (Parte General)* (obra cit), página 316.

(53) MARTÍNEZ VAL, *El arrepentimiento espontáneo*. Madrid, 1957, páginas 13 y siguiente.

la circunstancia atenuante del artículo 9-9.º del Código penal como existente en el artículo 226 del Código penal, ya que en aquel es nota característica y esencial, la espontaneidad y en cambio en el 226 del Código penal, existe la coacción externa, pues como anticipamos y repetimos, en la «disolución», antes de hacer acto de presencia la fuerza pública, no hay coacción externa alguna y le acoge la excusa. Y el hecho también es espontáneo.

Y puede haber una disminución de los efectos del delito (artículo 9-9.º del C. p. que decimos estar embebida), pues como dice Antón Oneca, en los delitos de rebelión y sedición, por el hecho del alzamiento y fin que se propongan, el delito está consumado, pero no agotado y pueden los resultados ser de mayores proporciones o consecuencias. Otra razón más, para observar que lo juega en el 226 C. p. no es la atenuación de la pena, sino una excusa absoluta, en la proyección de nuestra concepción de exclusión del injusto, causa de justificación en virtud de un interés preponderante, dotado de mayor fuerza o importancia: «Evitar consecuencias más graves al alzamiento rebelde o sedicioso». La rebelión o sedición se producen simplemente con el alzamiento público en abierta hostilidad contra el Gobierno en la rebelión y tumultuariamente, para conseguir por la fuerza o fuera de las vías legales sus objetivos en la sedición y para los fines que se indican para una u. otra en el Código penal (arts. 214 y 218 del Código penal). *Basta el fin que persigan*, para que el delito se considere consumado, formalmente consumado. Lo que interesa al Estado y consiguientemente a la Sociedad, es que se someta a la autoridad o sean disueltos los rebeldes o sediciosos, en esos hechos que atacan a la Seguridad del Estado. Y así con la sumisión o disolución, el Estado se ha asegurado la fidelidad para con él (54), protegiendo a tal Estado. Así, pues, ya no es necesaria la protección jurídica del Estado, ni la imposición de pena. Y repetimos en vista del interés preponderante, de evitación de más serios perjuicios o catástrofes, en el delito o delitos, e incluso agotado, el Estado tiende un «puente de plata» (de oro dicen Listz y los alemanes) y valora en más esa sumisión o disolución, que los hechos realizados y delictivos de la rebelión y sedición. Y así obliga al ceder de la norma, que para la protección y conservación del Estado se ha dado (55). ¿Es que queda desarmado el Estado y más principalmente la Sociedad? No. Como lo prueban dos preceptos: el mismo artículo 226 C. p. que dice no extenderse la excusa absoluta a los funcionarios públicos, porque como dice bien Simi (56) «no puede admitirse de quienes tienen un juramento de fidelidad para con el Estado, vengán a quebrantarlo y tanto más que es el funcionario (el con-

---

(54) WELZEL, *Derecho Penal* (obra cit.), pág. 3.

(55) MAURACH, *Derecho Penal* (obra cit.), Tomo I, págs. 353 y siguiente.

(56) SIMI, *El diritto di sciopero e il rapporto di pubblico impiego dei dipendenti dello Stato*, en "Riv. Diritto del Lavoro" 1954, pág. 45.

cepto de funcionario en el orden penal, es más amplio que el administrativo, art. 119, párrafo 3.º del Código penal) el medio por el cual el Estado actúa y expresa su propia personalidad, y así no cabe admitirle de ningún modo ni en la rebelión ni en la sedición.

El otro precepto es el artículo 227 del Código penal: los delitos particulares cometidos en una rebelión o sedición, o con motivo de ellas serán castigados respectivamente según las disposiciones de este Código. Cuando no puedan descubrirse sus autores, serán penados como tales, los jefes principales de la rebelión o sedición. Así, pues, se penan esos delitos particulares y que no estaban en la finalidad perseguida en la rebelión o sedición. Una prueba más que lo que mira en la excusa absolutoria, es evitar consecuencias más graves a la rebelión o sedición, es decir, al levantamiento.

Por lo anticipado, creemos no ser válidas las razones que da Cobo del Rosal (57) «de no extenderse la excusa absolutoria a los promotores o directores, ya que éstos con su dirección espiritual, tienen vigor para poner en marcha actividades similares». Pues la excusa también abarca a éstos, y sólo exceptúa a los funcionarios públicos, según el 226 C. p., en relación con el 219 del mismo cuerpo legal.

Otra excusa absolutoria que exponía Silvela y recogen los diversos tratadistas «es la de descubrimientos de secretos por los padres o tutores o de quienes hagan sus veces, sobre papeles o cartas de sus hijos o menores, que se hallen bajo su dependencia, recogida en el artículo 497 del Código penal. Sobre esta excusa absolutoria, Rodríguez Muñoz (58) la considera y su opinión es de general aceptación, como causa de justificación, en virtud del interés preponderante, de la actividad educadora sobre el interés de los hijos o educados a la conservación de sus secretos. Lo que coincide con nuestra concepción de las excusas, de exclusión de la antijuricidad en virtud de un interés preponderante.

Jiménez Asúa, la considera también «por el ejercicio de un derecho de dirección, educación y corrección» (8 · 11.º C. p.) (59)

Sobre la excusa absolutoria del artículo 564 del Código penal, su desarrollo más completo nos lo reservamos para otro trabajo, sólo anticipamos, que sintéticamente vertimos algunas ideas en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia (60). Sólo tenemos que preindicar que la adscripción a la eximente, es como todas las excusas, en virtud de una causa de justificación y rectificando lo dicho sobre su colocación que está bien donde la tenía colocada el legislador.

A raíz de nuestra Ley de 15 de noviembre de 1971 (Rep. Aran-

(57) COBO DEL ROSAL, *Función y naturaleza del artículo 226 del Código Penal* (obra cit.), págs. 156 y siguiente y 159 (Tomo I).

(58) R. MUÑOZ.

(59) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, Tomo VII (obra cit.).

(60) GARCÍA-PUENTE LLAMAS, "Para una reforma del Código Penal: Nueva eximente: El parentesco (Boletín de Información del Ministerio de Justicia 15 de septiembre 1961)".

zadi 2050) se incluye en nuestro ordenamiento jurídico, la excusa absolutoria del artículo 563 bis b), párrafo 5.º, del Código penal, de cheque en descubierto: «No obstante lo dispuesto en los números anteriores, quedará exento de responsabilidad penal, el librador del cheque o talón que hiciere efectivo su importe, en el plazo de cinco días contados a partir de la fecha de su presentación a cobro». Ya comentan R. Mourullo, Bajo Fernández, Cobo del Rosal y Rodríguez Ramos (61): «El pago ha de ser en el plazo de cinco días a partir de la presentación al cobro, no del protesto» (S. 25-2-75) no es una condición objetiva de punibilidad, sino una excusa absolutoria, cuya concurrencia no se presume, si no consta en los hechos del pago y en tal plazo (St. de 19 de diciembre de 1975). No basta con un pago parcial y se considera consumado el delito cuando transcurren los cinco días (St. de 6 de noviembre de 1975). Bacigalupo (62) la considera como delito de omisión. Jiménez Asúa (63), quien cita también a Rodrigo Fabio Suárez Montes (64) dice ser un caso de arrepentimiento activo, que repara totalmente lo hecho ilícitamente. Pero nosotros disentimos de esa concepción de Jiménez Asúa, porque entonces se le aplicaría la atenuante artículo 9-9.º del Código penal, y aquí se exime de pena, lo que efectivamente se hace en virtud de un interés preponderante, ya que como dice la sentencia de 12 de marzo de 1974, entre los dos intereses que protege la norma del cheque en descubierto, «el interés general y público de la confianza en la circulación del cheque» y el «interés particular del tomador o tenedor de la seguridad que la tenencia de éste en sus manos equivale al del numerario que representa, opta el legislador por aquel interés general y aplaza ese interés particular, como medio de salvar aquel interés general.

El artículo 491 del Código penal recoge otra excusa absolutoria. La disposición del artículo anterior no es aplicable al que entra en morada ajena para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, ni al que lo hace para prestar algún servicio humanitario a la justicia. La tipicidad del delito a que se refiere es el allanamiento de morada. Ya la S. de 8 de mayo de 1973 dijo: que el delito de allanamiento de morada, exige solamente elementos objetivos, sin exigencia alguna de elementos subjetivos de propósito o intención finalista, claro es, salvo el dolo genérico, de conciencia y voluntad del hecho ilícito de entrar o permanecer en vivienda ajena, oponiéndose al deseo del morador, y así concurre el elemento ideal de tal dolo, de conocer su significación antijurídica y también el psíquico al dirigir su voluntad a causar el mal conocido

---

(61) R. MOURULLO, BAJO, COBO DEL ROSAL, RODRÍGUEZ RAMOS, *Código Penal*, 1976, pág. 464.

(62) BACIGALUPO, *Cuestiones relativas al delito de cheque sin fondos*, en *Rev. de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, 1968.

(63) JIMÉNEZ ASÚA, *Tratado* (obra citada), tomo VII, Buenos Aires 1970, págs. 140 y ss.

(64) RODRIGO FABIO SUÁREZ MONTE, *El cheque en descubierto*, Barcelona 1965.

de violar la morada de otra persona (65). Y así sigue la sentencia, más abajo anotada de 5 de octubre de 1974: «El artículo 491 del Código penal establece un singular estado de necesidad "ex lege", para el delito de allanamiento de morada, que si tenía razón de ser cuando los Códigos no previeron con carácter general y amplio la eximente de estado de necesidad, se hace superfluo como estima la doctrina científica, desde que las reformas de 1932 y 1944, regularon el «status necessitatis», extensa y omnicomprensivamente, debiéndose en la actualidad exigir en buen derecho, para que la excusa actúe, la concurrencia de los requisitos de la eximente (8-7.<sup>a</sup> del Código penal), informando todo su contenido y englobando tanto los conflictos de bienes jurídicos de valor desigual, siendo menor el mal cometido, en que actúa una causa de justificación, por el principio del interés preponderante, como también el choque entre intereses protegidos de igual magnitud, en que opera una causa de inculpabilidad y el principio de la inexigibilidad de otra conducta, lo que evita enojosas comparaciones de los bienes jurídicos en juego, toda vez que el conflicto, si se aplica la eximente general, encajará en una u otra versión, salvo del supuesto de que el *mal causado sea mayor*, lo que no acaecerá, si se acude al caso especial de este precepto, en que habrá que cotejarse del disvalor producido por el allanamiento, con el «mal grave» que para sí trata de evitar el allanador o con el servicio a la humanidad o a la justicia, con toda una serie de problemas de muy difícil solución y de confrontación de penalidades diversas, que se eliminan acudiendo a la norma general de exención, con todo el libre juego interpretativo, que el mismo por su indudable mayor amplitud permite (ponente: Escudero del Corral). Se ve pues patentemente la causa de justificación y en vista de un interés preponderante. La norma penal del allanamiento de morada retrocede y así se suprime la nota de antijuricidad y la acción se convierte en ajustada a derecho.

Jiménez Asúa (66) también cita como excusa absolutoria, la del artículo 461 del Código penal, y con referencia a las Injurias a Funcionarios Públicos por hechos concernientes en el ejercicio de sus cargos, o cuando se tenga derecho a perseguir el delito imputado en el caso del núm. 1.º del artículo 458 (imputación de un delito de los que no dan lugar a procedimiento de oficio). En el primer caso, hay un interés preponderante, el de la pureza de la buena administración, que debe primar sobre el honor del presunto ofendido. Y no de tomarse en cuenta la «exceptio varitatis». En el segundo caso, como quiera que el Estado ha delegado en el privado, la persecución del delito, asimismo delega en él todo lo

---

(65) Lo dice la S. de 5 de octubre de 1974: "La libertad de domicilio, derecho esencial e inherente a la persona humana, que *hace inviolable* el hogar familiar... se garantizaba en norma del Fuero de los Españoles de 1945 y en el art. 490 del Código penal. Hoy en ese mismo artículo y el 47 de la Constitución de 1978.

(66) JIMÉNEZ ASÚA, *Tratado*, tomo IV, Buenos Aires 1961, pág. 410.

concerniente al efecto y hace el particular el efecto de receptor de la denuncia, y por ende a él solo cabe «sobreserla» (vélgase la frase) o «perseguir el hecho». El interés del Estado se subordina al del privado, presunto ofendido.

### III

Antón Oneca, cita también como excusas absolutorias especiales, las que en la fecha de publicación de su obra en 1949 (67), eran excusas especiales del Código de Justicia Militar: Artículo 294, análoga a la establecida en el artículo 226 C. penal común u ordinario, prealudida. Declaraba exentos de pena a los que en forma y tiempo que establezcan los Bandos que al efecto se publiquen, depongan las armas antes de haber hecho uso de las mismas y se sometan a las autoridades legítimas, si son meros ejecutores y no tienen empleo militar superior a clases de tropa o marinería. Cuando por aplicación de este precepto quedasen exentos de pena los meros ejecutores, el Tribunal podrá declarar igualmente exentos de pena o imponer alguna de las inferiores a los comprendidos en el último párrafo del artículo 288 (promotores y adheridos) y en el artículo 289 (auxiliadores). También quedarían exentos de pena, los que hallándose comprometidos a realizar el delito de rebelión, lo denuncien antes de empezar a ejecutarse y a tiempo de evitar sus consecuencias (68).

Vemos cómo afina el Código de Justicia Militar y viene a darnos la razón de atisbar una Causa de Justificación por el interés preponderante de evitar las consecuencias más graves, que la propia rebelión en sí.

El Decreto Ley de 18 de abril de 1947, sobre «Represión de bandidaje y terrorismo» fue sustituido por el de 21 de septiembre de 1960, sobre prevención y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo: artículo 7 del Decreto Ley de 26 de agosto de 1975: Aplicación de prevención y enjuiciamiento de los delitos previstos en los artículos 260 a 264 del Código penal Común, hoy derogados los artículos 260 y 262 inclusive, por la Ley de 28 de diciembre de 1978; y el 263 dejado por esa misma Ley, sin contenido, pasando a constituir el artículo 246 del Código actual, reformado y el 294 bis, del Código de Justicia Militar, así como las disposiciones administrativas de esa misma disposición de 1975. El artículo 5 dice, o decía: Están exentos de responsabilidad criminal, por el hecho de su asociación y por sus actividades proselitistas o de propaganda, quienes perteneciendo a una organización de las comprendidas en el artículo anterior, se apartaren de la misma, poniéndolo en conocimiento de la autoridad y confensando espontáneamente su partici-

---

(67) ANTÓN ONECA, *Derecho Penal* (Parte General) (obra citada), pág. 319.

(68) Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945.

pación en dichas actividades. Vemos aquí otra excusa absolutoria. Hoy rige en materia de terrorismo, repetimos, la Ley de 28 de diciembre de 1978. Sobre los artículos que modifica esta Ley hace expresa mención Rodríguez Devesa (69).

Análogamente a las excusas absolutorias, existen las excusas personales en que están incurso determinadas personas, cuyas conductas en determinadas circunstancias quedan impunes, no obstante —dice Antón Oneca— (70) ser antijurídicas y culpables, y en esas ideas abundan la mayoría de los tratadistas. Así entre esas excusas, tenemos la del artículo 56, 3.º de la Constitución Española de 1978: La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad. Sus actos estarán siempre refrendados en la forma que establece el artículo 64. Los actos del Rey serán refrendados, por el Presidente del Gobierno y en su caso por los Ministros competentes. La propuesta y el nombramiento del Presidente del Gobierno y la disolución prevista en el artículo 99, serán refrendados por el Presidente del Congreso, 64-2. De los actos del Rey serán responsables, las personas que los refrenden. Se han dado varias doctrinas para fundamentar el privilegio de responsabilidad del Soberano. En los Estados absolutos, el Estado ha de estar sobre la Ley Positiva, pues de lo contrario faltarían las notas de supremo y originario que caracterizan al Poder Soberano. En los constitucionales, se fundamenta la irresponsabilidad política del Rey, en la responsabilidad ministerial. Pero en lo penal cuando se trata de actos que no van refrendados por un ministro hay que acudir a otros argumentos. En realidad se trata, dice Antón Oneca, de una supervivencia mantenida por la tradición y la conveniencia de mantener un nimbo de esplendor en torno de quien representa al Estado. Para definir formalmente la prerrogativa, podría acudirse a la definición que los juristas ingleses dan de ella, a saber: la masa de poderes que resta en el Rey, después de las limitaciones que el Parlamento ha ido sucesivamente haciendo al primitivo poder absoluto. Y puesto que la nota de inviolabilidad e irresponsabilidad, que era esencial en la situación originaria no le ha sido sustraída, hay que concluir, que permanece en el Monarca, allí donde no hay precepto terminante en la Legislación positiva. En los Estados Republicanos, el Jefe de Estado es responsable, si bien son juzgados por Organos especiales, jurisdiccionales y conforme a un proceso también especial. Para Cuello Calón (71), en aquellos

---

(69) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español: Parte Especial* (Suplemento a la 7.ª edición. Madrid 1980, pág. 95.

La competencia para conocer de los delitos de terrorismo era de la Audiencia Nacional y Juzgados Centrales (D-L. 4 de enero de 1977, *Aranzadi*, 32-77 y otro D-L. de igual fecha, *Aranzadi*, 30-77).

(70) ANTÓN ONECA, *Derecho Penal (Parte General)* (obra citada), página 320.

(71) CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, Barcelona 1975, tomo I, página 278.

sistemas políticos en que el Jefe del Estado ejerce un poder moderador, la sumisión al Poder Judicial, estaría en pugna con el principio de la división de poderes.

El Sumo Pontífice disfruta de inviolabilidad, discutiéndose, si está basada en Derecho Internacional o en el Derecho Italiano Interno (72).

De las diversas doctrinas sustentadas y que creemos más ajustada a nuestra concepción de las excusas, en la descrita por Rodríguez Devesa (73): El motivo de la inviolabilidad, reside en la función consustancial, con la máxima jerarquía política dentro del Estado. La permanencia en la Jefatura del Estado, es la única garantía de continuidad política en la crisis del Ejecutivo. El riesgo de graves conmociones en el Estado, mientras se instruye y concluye un proceso, queda en suspenso sobre la vida del país, la duda sobre si el Jefe del Estado es un delincuente o no, constituye evidentemente un mal mayor que la impunidad, en el caso de que realmente haya cometido un delito, imposible de dilucidar, sino a través de un proceso. Por todo lo cual, creemos ver una causa de justificación, en vista del interés preponderante, de evitar graves conmociones en el país, e infravalorando menormente el delito cometido por el Jefe del Estado. Retrocediendo así la norma penal o posible norma penal.

Otra excusa personal, es la del artículo 71 de la Constitución Española: Los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones. Rodríguez Devesa dice que esta inmunidad tiene por objeto garantizar la libertad de expresión. Y viene a concebirla como una *causa de justificación*, pues se trata de un derecho que le confiere su calidad de representantes del pueblo español (art. 8-11.<sup>a</sup> del Código penal). O el interés preponderante de la salvaguardia de la nación, sobre las infracciones que sus expresiones pudieran contener.

Battaglini (74), ya lo dice que la falta de punibilidad es por razones de política criminal, y así el Estado renuncia a castigar.

Antón Oneca (75) piensa que se trata de inmunidad procesal, debida a la inexistencia de una jurisdicción competente para juzgar al Soberano o a quienes ejerzan el Poder Legislativo, en cuyo caso —dice— no estaríamos en el caso de una excusa absoluta, sino una condición de procedibilidad.

Aceptaríamos lo referente al Soberano, pero no así respecto de los Diputados y Senadores, ya que en la Constitución Española 71-3, en las causas contra Senadores y Diputados, será competente la

---

(72) BETTIOL, *Derecho Penal*, 1976, pág. 166.

(73) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal (Parte General)* (obra citada), págs. 561 y ss.

(74) BATTAGLINI, *Diritto Penale (Parte Generale)*, págs. 74-75 (cit de Antón Oneca).

(75) ANTÓN ONECA, *Derecho Penal (Parte General)* (obra citada), pág. 321.

Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Por ello abundamos en la idea de existir una causa de justificación.

Cerramos este trabajo con las frases de Gimbernat (76): A la pena sólo se renuncia frente a aquellos ciudadanos de los cuales se prueba fácilmente que no tendrá mucho sentido proceder con ese medio de reacción. La acción amenazada de una manera general con una pena no se reprime jurídico-penalmente, con referencia a cierto grupo de personas suficientemente delimitadas, frente a las cuales se estaría encantado de actuar inhibitoriamente... si ello fuera posible. Y esto es lo que viene de una manera taxativa a expresarse en el artículo 18 cuando dice: «Están exentos de pena»... Y en el 564 del Código penal: «Están exentos de responsabilidad criminal...».

---

(76) GIMBERNAT, *El estado de necesidad, un problema de antijuricidad*, en *Estudios de Derecho Penal*, 1967, pág. 116.