

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

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

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

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

ANTONIO GARCÍA PABLOS DE MOLINA

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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