



MONOGRAFICO
SOBRE
TEMAS
" JURÍDICO- PENALES "



Año 10º núm.18-1992



ALDEA
REVISTA
del CENTROASOCIADO a
la
UNIÓN
MELILLA

Año 10º núm.18-1992

DIRECCION

José Megías Aznar

CONSEJO DE REDACCION

**Vicente Moga Romero–José Manuel Calzado Puertas
Teresa Rizo Gutiérrez–Celia García Marfil–Antonio Bravo Nieto
Paloma Moratinos Bernardi–Moises Salama Benerroch–Teresa Serrano Darder**

EDITA Y DISTRIBUYE

**Servicio de Publicaciones del Centro UNED de Melilla
Lope de Vega, 1. Apdo. 121. Teléfono 268 10 80 y 268 34 47 Fax 268 14 68**

ALDABA, publicación periódica de la UNED (Universidad Nacional de Educación a Distancia) - Melilla, trata de ser cauce de investigación y divulgación de los diversos campos de las actividades universitarias, y con especial dedicación a la Historia y Civilización de Melilla, y el entorno cultural en que se enmarca.

Los autores de los trabajos publicados en ALDABA son los únicos responsables de las expresiones de sus ideas.

**Imprime "La Gioconda"
Melchor Almagro 16
Depósito Legal: 526-1983
I.S.S.N.: 0213-7925
GRANADA**

Bibujo Cubierta,: Eduardo Morillas

INDICE

	Pag.
INTRODUCCION	
<i>Blas Jesús Imbroda Ortiz</i>	7
LA PRISION PROVISIONAL EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
<i>Manuel Rodríguez López</i>	9
EL NACIMIENTO DE LA IDEA DE CULPABILIDAD	
<i>José María Navarrete Urieta</i>	31
EL DERECHO PENAL EN LA ENCRUCIJADA DEL AÑO 2000	
<i>Enrique Ruíz Vadillo</i>	43
EL DELITO DE IMPAGO DE PRESTACIONES POR SEPARACION, DIVORCIO O NULIDAD DE MATRIMONIO	
<i>Blas Jesús Imbroda Ortiz</i>	65

Introducción

Publicamos el presente número de la Revista Aldaba, dedicándolo de forma monográfica a temas Jurídico-Penales.

Podría afirmar que el Centro de la Universidad Nacional de Educación a Distancia en Melilla, donde cada día es mayor el número de alumnos en Derecho, ha sido especialmente sensible en el campo del Derecho Penal. Así tuvimos en nuestras aulas al prestigioso catedrático D. José Antonio Sáinz Cantero, melillense que ejercía su docencia en la Universidad de Granada, y que los avatares del destino, nos lo retiró en lo esplendor de su Carrera, si bien dejando en cuantos fuimos sus alumnos el eterno recuerdo a la brillantez, seriedad, profundidad y honestidad en la docencia. Contamos con ilustres conferenciantes en Jornadas. Seminarios etc., tales como D. Lorenzo Morillas catedrático y actual director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Granada. D. José María Navarrete, catedrático de Derecho Penal, quien intervino en distintas Jornadas Jurídicas de nuestro Centro. D. Manuel Rodríguez López, presidente de la Audiencia Provincial de Málaga. D. Andrés García Márquez ex-director general de Instituciones Penitenciarias. D. Enrique Ruíz Vadillo, presidente de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, recordada tan gratamente su estancia entre nosotros y su intervención en la Universidad, al igual que cuantos conferenciantes se han desplazado a esta ciudad.

Junto a ellos, prestigiosos abogados, médicos forenses, fiscales, profesionales de los Cuerpos de Seguridad, profesores de Universidad etc., han contribuido en nuestras Aulas a mantener una línea de estudio en el campo del Derecho Penal, en unos momentos que requieren en la Universidad especial sensibilidad y atención, ante la continua evolución y transformación social-política y económica, y su directo y esencial reflejo en el Ordenamiento Jurídico.

A la colaboración de todos ellos, sirvan estas líneas de justo agradecimiento.

Recoge este libro tres trabajos correspondientes a conferencias dadas por sus autores en nuestro Centro, en las Jornadas Jurídico Penales celebra-

das en el mes de marzo de 1988, “La prisión provisional en la doctrina del Tribunal Constitucional”, de D. Manuel Rodríguez López, “El nacimiento de la idea de culpabilidad” de D. José María Navarrete Urieta, y “El Derecho Penal en la encrucijada del año 2000” de D. Enrique Ruiz Vadillo. También se incluye un trabajo sobre el esquema del delito de impago de prestaciones por separación, divorcio o nulidad de matrimonio, en el que pretendo efectuar algunas reflexiones sobre las líneas de este nuevo delito, por otra parte controvertido entre la doctrina.

Han sido muchos los alumnos, que pasaron por nuestras aulas, y que su dedicación e interés por el Derecho han estimulado la enseñanza en nuestra Facultad así como las actividades complementarias de formación. A ellos deseo por último, expresar nuestro reconocimiento y agradecimiento.

Blas Jesús Imbroda Ortiz
Profesor-Tutor de Derecho Penal
UNED Melilla

La prisión provisional en la doctrina del Tribunal Constitucional

Manuel Rodríguez López
Presidente de la Audiencia Provincial de Málaga

La Constitución Española en su artículo 17 dice:

1º Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos por la Ley.

2º La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

3º La Ley regulará un procedimiento de “habeas corpus” para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. así mismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.

El Tribunal Constitucional en sentencia de 19-XII-1985, dijo: “El artículo 17 de la Constitución no concibe la libertad individual como un derecho absoluto no susceptible de restricciones, lo que ocurre es que sólo la Ley puede establecer los casos y las formas en que la restricción o privación de libertad es posible”.

Y en sentencia de 2 de julio de 1982, ha dicho: “El mandato Constitucional español relativo a los principios de libertad y seguridad, encuentran sus precedentes en las Constituciones Españolas de 1812 (art. 290), de 1837 (art. 7), de 1845 (art. 7), de 1869 (art. 2), de 1873 (art.4), de 1876 (art. 4) y de 1931 (art. 29), y en los instrumentos internacionales siguientes: Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (Acta 9), convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (art. 5) y Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 9)”.

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos distingue dos mo-

mentos en la privación de la libertad, la detención inicial para la que basta la existencia de indicios de infracción y la prolongación de la detención que sólo puede hacerse en supuestos concretos. Ello quiere decir que la inicial privación de libertad, para esclarecer los hechos, puede acordarse en las primeras diligencias, con los meros indicios y que la estabilización en el tiempo de dicha medida requiere mayores exigencias.

Detención

Esta misma distinción la encontramos en nuestro derecho positivo, cuando regula separadamente la detención y la prisión preventiva.

La detención es una medida cautelar de tipo personal que —como dice Muñoz Conde— supone la privación transitoria de la libertad de una persona por un breve periodo de tiempo, determinado en su extensión máxima.

La detención, igual que la prisión preventiva, entraña una privación de libertad y por tanto ha de tener carácter excepcional.

Ningún español ni extranjero podrá ser detenido sino en los casos y las formas que las leyes prescriben (art. 489 L. E. Criminal).

La detención la puede practicar cualquier persona, en determinados supuestos: (art. 490 L. E. Cr.).

1º Para impedir que se cometa un delito.

2º Al que se fugare de una prisión, se fugare durante la conducción o se fugare estando detenido o preso, por causa pendiente.

3º Al procesado o condenado que estuviere en rebeldía.

Y tiene la obligación de practicarla la Autoridad o los agentes de la Policía Judicial en los casos anteriormente referidos (art. 492 de la L. E. Cr.), y:

1º Al que estuviere procesado por delito que tenga señalada en el Código pena superior a la prisión menor.

2º Al procesado por delito al que esté señalada pena inferior a prisión menor si sus antecedentes o las circunstancias del hecho, hicieren presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la Autoridad Judicial.

3º Al que estuviera en el caso anterior, aunque todavía no se hallase procesado, con tal que concurran las dos circunstancias siguientes: 1ª

Que la Autoridad o agente tenga motivos racionales bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente caracteres de delito. 2ª Que los tengan también bastantes para creer que la persona a quien intenta detener tuvo participación en él.

También puede llevarse a efecto la detención para hacer comparecer a una persona ante la Autoridad Judicial, por desobediencia a una orden Judicial al acusado, testigo o perito que no compareciere, después de haber sido citado en forma.

Hay otros supuestos en los que se puede llevar a efecto la detención y en su caso el internamiento, como pueden ser:

I. Al menor de edad penal, conforme a la Ley de 4 de julio de 1948.

II. Al presunto incapaz, conforme al artículo 211 del Código Civil.

III. Al extranjero para su expulsión, en los casos previstos en la Ley.

IV. Al extranjero, respecto del cual se haya interesado la extradición, conforme a la Ley de 21 de marzo de 1985.

V. Al quebrado, conforme al artículo 1.044-2º del Código de Comercio de 1829, que regula la quiebra. Medida de vieja tradición en nuestro ordenamiento jurídico, cuya constitucionalidad fue declarada por sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de diciembre de 1985.

El Tribunal Constitucional en sentencia de 10 de julio de 1986, nos dice que debe considerarse como detención cualquier situación en que la persona se ve implicada u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte para la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad.

Y en sentencia de 31-I-1986, viene a marcar el alcance o límite a aquella libertad al señalar que el artículo 17-1º de la Constitución comporta la ausencia de perturbaciones procedentes de medidas tales como la detención u otras similares que, adoptadas arbitraria o ilegalmente, restringen o amenazan la libertad de toda persona de organizar en cualquier momento y lugar del territorio nacional su vida individual y social con arreglo a sus propias opciones y convicciones.

En garantía del derecho a la libertad la Constitución en su art. 17-4º mandó regular el procedimiento de "habeas corpus", para la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida.

Mandato que se cumplió con la Ley Orgánica 6/1984 de 29 de mayo

que estableció un procedimiento rápido para conseguir la inmediata verificación de la legalidad y las condiciones de la detención.

Y en su artículo 25-3º de la Constitución se dispone que la Administración no podrá imponer sanciones que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad.

Prisión provisional

Concepto

La Prisión Provisional, como la denomina la Constitución Española y la Ley de Enjuiciamiento Criminal o Prisión Preventiva, como la llama el Código Penal y la Ley Orgánica General Penitenciaria, es una medida procesal tendente a asegurar los fines del procedimiento criminal y eventualmente la ejecución de la sentencia y que consiste en la privación de libertad del acusado, mediante su ingreso en un establecimiento adecuado, normalmente un establecimiento penitenciario.

La Prisión Provisional no puede entenderse, en modo alguno, como pena anticipada, pues no tiene ni siquiera la consideración legal de pena, a tenor del artículo 26 del Código Penal.

Antecedentes históricos

La Prisión como institución jurídica —según dice Bernaldo de Quirós, Enciclopedia Jurídica Seix— tiene sus primeras manifestaciones en los postes naturales o artificiales, para la inmovilización de una persona, mediante el sistema de ligaduras del sometido a ella.

Así —según dicho autor— el árbol que, en las zonas campestres de Marruecos, sirve frente a frente del así ento del jeque juzgador, para amarrar a los reos juzgados hasta el momento de la ejecución del castigo.

Y todos hemos visto la imagen cinematográfica del árbol que sirve en determinadas cintas, para amarrar al reo.

Y también hemos oído hablar de la picota, como lugar, en la entrada de los pueblos, donde se exponía a los reos a la vergüenza pública.

Pero cuando, por consecuencia de las complicaciones jurídicas y sociales, el juicio sufrió mayor dilación, cuando el plazo que media

entre la detención y el juicio se hizo mayor, la prisión se convirtió en recintos cerrados, en los que, de una parte, las condiciones de seguridad, y de otra, la desconsideración abusiva frente al presunto reo, dieron los caracteres de oscuridad, de incomodidad y de tristeza propias que desde entonces tienen las prisiones.

La Prisión Provisional, como institución fue conocida en el Derecho Romano, donde Tulio Hostilio fundó la primera cárcel, a la que siguió la Claudina y la Mamertina, que —como dice Carrara, Programa de Curso de Derecho Penal— no se utilizará para la ejecución de penas, si no como medida de custodia previa al juicio.

La prisión en dichas épocas sólo tenía una función preventiva, era un medio para impedir la fuga de los que aguardaban el juicio.

Así en las Partidas, la Ley Cuarta del Título XXV de la Séptima Partida, expresa claramente este carácter cuando dice: “La cárcel no es dada para escarmentar los yerros, mas para guardar los presos solamente en ella, fasta que sean juzgados”.

Como dice Seelig —Tratado de Criminología, Madrid 1958, hasta el establecimiento de las “casas de corrección” en el siglo XVI, la cárcel es una medida estrictamente procesal.

A partir de este momento, la prisión toma un nuevo carácter, carácter que todavía tiene, pese a la reacción doctrinal contraria a ella, como pena típica y casi única de los Códigos contemporáneos.

Fundamento

En el tiempo en que estuvo vigente en el procedimiento criminal el principio inquisitivo, la prisión del inculpado, durante el desarrollo del proceso, era la regla general y la libertad provisional era la excepción, pues la acusación presuponía la culpabilidad: el acusado en principio era responsable penal del delito que se imputaba.

Pero después, cuando se parte del principio de presunción de inocencia, la justificación de la prisión preventiva se hace teniendo en cuenta los intereses generales de la sociedad que ha de salvaguardar el Estado.

Hoy es claro que el derecho a la libertad está considerado como un derecho inherente a la persona humana y está consagrado en las legislaciones como un derecho fundamental.

Derecho que sólo puede someterse a limitaciones en cuanto pueda entrar en colisión con el derecho a la seguridad que el Estado viene obligado a mantener.

La justificación que tiene la prisión preventiva, como medida restrictiva de la libertad personal, es la de evitar que el acusado obstaculice la investigación sumarial, y, en definitiva, el cumplimiento, en su día, de la pena que pudiera corresponderle.

En las postrimerías del siglo XIX, con el estilo cálido y retórico, propio de la época y la vehemencia de su celo de reformadora —como dice el Magistrado D. Jesús Fernández Entralgo, en su artículo “El sentido de la prisión provisional”, publicado en la Revista General del Derecho— se lamentaba Concepción Arenal diciendo: “Imponer a un hombre una pena tan grande como la privación de libertad, una mancha en su honra como es haber estado en la cárcel, y esto sin haberle probado que es culpable y con la posibilidad de que sea inocente, es cosa que dista mucho de la justicia”.

Frente a esta postura, Aguilera de Paz —en sus Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal— decía: “Algunos autores, guiados por sentimientos de humanidad exagerados y erróneos, han demandado la abolición de la prisión preventiva, pero esto haría imposible el ejercicio de la justicia. Ninguna razón sólida puede autorizar dicha impugnación, pues si bien es cierto que la prisión preventiva es un mal, hay que reconocer que constituye un mal menor, necesario e irremplazable”.

El Profesor Pérez Gordo—citado por Fernández Entralgo, en su referido trabajo—ha resumido esta solución de compromiso diciendo: “Hay que reconocer que repugna a cualquier conciencia el que se pueda privar de libertad a quien todavía se presume inocente”, pero añade “si fundamental es el derecho a la libertad personal, no es menos el derecho a la seguridad, y se refiera ésta al ciudadano o la sociedad”.

Fundamento y concepto en la doctrina del Tribunal Constitucional

Para el Tribunal Constitucional la prisión provisional es una institución situada entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito y el deber estatal de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano (S. 2-VII-1982), pues entiende que no existen derechos ilimitados, todos

tienen sus límites, unas veces impuestos por la propia Constitución y otras derivados de una manera mediata o indirecta de tal Norma, en cuanto han de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros intereses constitucionalmente protegidos, siendo el límite de cada derecho el de respetar el derecho de los demás (SS.- 29-I-1982 y 8-IV-1981).

Y en la sentencia de 12 de marzo de 1987 (S. Nº 32/1987) después de recoger la anterior doctrina, dice: "Ciertamente es necesario reiterar ahora que, aún reconociendo su carácter de simple medida cautelar, que sin prejuzgarlo, tiende a asegurar el resultado final del proceso, la prisión provisional es una decisión judicial de carácter excepcional que incide negativamente en el "status" de libertad personal del inculpado y por lo mismo, es con toda evidencia restrictiva del derecho fundamental reconocido en los apartados 1º y 4º del artículo 17 de la Constitución".

En la sentencia de 3 de abril de 1987, después de decir que las normas de los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben aplicarse a la luz de los principios y normas constitucionales añade que tanto estas normas como las internacionales que, de conformidad con el artículo 10-2 de nuestra Constitución han de servir de base a la interpretación de las normas legales: artículos 3, 9 y 11-1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículos 5 y 6-2º del Convenio para Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los artículos 6-1º, 9-3º y 14-2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. De ellos se desprenden los principios de: a) Interdicción de la arbitrariedad de cualquier detención o prisión; b) Presunción de inocencia; c) Limitación temporal de la medida de prisión hasta un plazo razonable; d) Justificación de la medida para asegurar la comparecencia del acusado al acto del juicio, en su caso, para la ejecución del fallo, o para impedir otra infracción, y en fin, e) Excepcionalidad de la medida cautelar de prisión, que no debe ser la regla general.

Y en la sentencia de 8 de julio de 1987, reitera el carácter de simple medida cautelar de la prisión provisional, su aspecto restrictivo del derecho a la libertad y por ello de situación de excepcionalidad para acabar recogiendo la doctrina de dicho Tribunal, "en materia de derechos fundamentales la legalidad ordinaria ha de ser interpretada de la forma más favorable para la efectividad de tales derechos".

Para dicho Tribunal la prisión provisional es una medida cautelar (SS-2-VII-82 y 12-III-87) tendente a asegurar el resultado final del proceso (S. 12-III-87 y 8-VII-87) y la comparecencia del inculpado (S. 3-IV-87) que respetando el principio de presunción de inocencia (S. 3-IV-87), puede ser adoptada por decisión judicial (S. 2-VII-82, 3-IV-87), en un proceso penal (S. 3-IV-87), en resolución fundada (S. 12-III-87), medida cautelar, que no puede entenderse como pena y sin embargo va más allá del carácter procesal, pues restringe el derecho fundamental a la libertad (SS. 12-III-87, I-IV-87, 3-IV-82 y 8-VIII-87) y duración temporal, (S. 3-IV-87 y 8-VII-87) medida que se ha adoptado para los casos y dentro de los límites establecidos por la Ley, por lo que está vedada la arbitrariedad (S. 3-IV-87), debiendo interpretarse las normas que la regulan en la forma más favorable al derecho fundamental a la libertad del inculpado (S. 2-VII-82, 12-III-87, 3-IV-87 y 8-VII-87) y de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional y de los Organismos Internacionales para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

Carácter discrecional

Admitida por los tratadistas el principio de la necesidad de la prisión provisional, estos “difieren —según decía Aguilera de Paz, en sus comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal— notablemente en cuanto a las medidas de llevarla eficazmente a la práctica en su reglamentación procesal y mientras unos entienden que la potestad otorgada a la Autoridad judicial para decretar la Prisión del Presunto culpable no debe tener más límites que su prudente y discrecional criterio, para que en cada caso, con arreglo a las circunstancias del mismo, determine lo que su conciencia y celo por la realización de la justicia le dicten; otros, por el contrario, estiman peligrosa en extremo toda libertad en este punto, y sostienen que la Ley debe condicionar de una manera expresa y terminante el ejercicio de esta potestad, estableciendo taxativamente los casos en que procede dicha prisión, para evitar los abusos a que pudiera dar lugar el libre arbitrio judicial en esta materia”.

Es claro que este segundo sistema fue el adoptado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882, si bien con un

“sentido amplio, expansivo y liberal”, como decía su Exposición de Motivos.

Y es también el que actualmente rige en nuestra legislación.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal en sus artículos 503 y 504 establece:

Para decretar la prisión provisional serán necesarias las circunstancias siguientes:

1º Que conste en la causa la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito.

2º Que éste tenga señalada pena superior a la de prisión menor, o bien que, aún cuando tenga señalada pena de prisión menor o inferior, considere el juez necesaria la prisión provisional, atendidos los antecedentes del imputado, las circunstancias del hecho, la alarma social que su comisión haya producido o la frecuencia con que se cometen hechos análogos. Cuando el juez haya decretado la prisión provisional en caso de delito que tenga prevista pena inferior a la de prisión mayor, podrá según su criterio, dejarla sin efecto, si las circunstancias tenidas en cuenta hubiesen variado, acordando la libertad del inculpado con o sin fianza.

3º Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión.

Procederá también la prisión provisional cuando concurren la primera y la tercera circunstancia del artículo anterior y el inculpado no hubiera comparecido, sin motivo legítimo, al primer llamamiento del juez o Tribunal o cada vez que éste lo considere necesario.

No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, aunque el delito tenga señalada pena superior a la de prisión menor, cuando el inculpado carezca de antecedentes penales o estos deban considerarse cancelados y se pueda creer fundadamente que no tratará de sustraerse a la acción de la justicia, y además, el delito no haya producido alarma ni sea de los que se cometen con frecuencia en el territorio donde el juez o Tribunal que conociere de la causa ejerce su jurisdicción, podrán estos acordar mediante fianza, la libertad del inculpado.

La situación de prisión provisional no durará más de tres meses cuando se trate de causa —por delito al que corresponde pena de arresto mayor, ni más de un año cuando la pena sea de prisión menor o de dos

años cuando la pena sea superior. En estos dos últimos casos, concurriendo circunstancias que hagan prever que la causa no podrá ser juzgada en estos plazos y que el inculpado pudiera sustraerse a la acción de la Justicia, la prisión podrá prolongarse hasta dos y cuatro años, respectivamente. La prolongación de la prisión provisional se acordará mediante auto, con audiencia del inculpado y del Ministerio Fiscal.

Una vez condenado el inculpado, la prisión provisional podrá prolongarse hasta el límite de la mitad de la pena impuesta en la sentencia cuando esta hubiere sido recurrida.

No se tendrá en cuenta, para el cómputo de los plazos establecidos en este artículo, el tiempo en que la causa sufre dilaciones no imputables a la Administración de Justicia.

Contra los autos que decretan la prisión provisional o los que disponga su prolongación o libertad provisional podrán ejercitarse los recursos de reforma y apelación.

Concedida la libertad por transcurso de los plazos máximos previstos para la prisión provisional será también de aplicación lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo.

Es de señalar que, en líneas generales, con excepción de haberse establecido los plazos máximos de duración de la prisión provisional la redacción actual de estos preceptos, de conformidad con la Ley Orgánica 10/1984 de 26 de diciembre, coincide sustancialmente con la redacción que le fue dada en el texto originario de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882, aunque en la vigente redacción se amplían las razones para poder determinar la prisión provisional, cuando el delito tenga señalada pena no superior a prisión menor, en atención a la "alarma social" o la "frecuencia" de la comisión de hechos análogos. También se permite al juez dejar sin efecto la prisión, con fianza o sin ella, cuando las circunstancias hayan cambiado. Y se admite la posibilidad de acordar la prisión si no compareciere el inculpado sin motivo legítimo, cada vez que el juez o Tribunal lo llame.

E igualmente da mayor flexibilidad para acordar la libertad, en el supuesto en el que el delito esté penado con pena superior a prisión menor, cuando los antecedentes penales puedan considerarse cancelados.

Este mismo criterio de conservar en lo sustancial la primitiva redacción, se ha mantenido en las sucesivas reformas de los referidos artículos, a los que se le fueron añadiendo párrafos que se referían, por influencias del momento político predominante, a determinados delitos valorando la naturaleza y las circunstancias de los mismos, para poder determinar la posibilidad de aplicación de la prisión provisional, pero los requisitos esenciales de los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, quedaban inalterados.

Sin embargo en la Ley de 22 de abril de 1980, el legislador, impulsado por razones coyunturales de política criminal, modificó sustancialmente dichos preceptos, lo que justificó diciendo en el Preámbulo de la Ley, “las circunstancias hoy concurrentes de aumento de cierto tipo de delincuencia, que sin ser de extrema gravedad atenta la tranquilidad ciudadana... hace aconsejable un mayor rigor de las medidas provisionales que el juez puede decretar para asegurar la persona del detenido”.

Para ello dispuso: “El juez decretará la prisión provisional cuando concurren las circunstancias...”. En consecuencia al emplear el imperativo, el juez debía automáticamente decretar la prisión. Y como también modificó el artículo 503, expresando “que el delito tenga señalada pena superior a la de arresto mayor”, es claro que la prisión preventiva dejó de ser la medida excepcional para convertirse en la regla general, desvirtuando el verdadero sentido y función de la prisión provisional.

Situación que permaneció vigente hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/1983 de 23 de abril. El objeto de esta Ley —según Preámbulo, “consiste en cumplir el mandato recogido en el artículo 17-4º, último inciso, de la Constitución que establece que por Ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional y recoger el principio de que la situación de prisión provisional debe tener carácter excepcional, no pudiendo convertirse en una ejecución anticipada de la pena, ni tener el carácter obligatorio”. Con ello se pretende sustituir el sistema que limitaba el arbitrio judicial, introducido por la Ley 10/1980 de 22 de abril.

En dicha Ley 6/1983 se fijó la duración máxima de la prisión provisional en seis meses cuando el delito imputado lleve aparejada pena igual o inferior a prisión menor y dieciocho meses en los demás casos.

Esta Ley estuvo vigente hasta la entrada en vigor de la referida Ley de 26 de diciembre de 1984.

“Tres reformas producidas en cinco años que, como dice Montero Aroca, han consistido en un tejer destejer”.

Quién puede acordar la prisión provisional y cuándo.

A tenor de los artículos 502 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

Corresponde al juez de Instrucción, o al que formule las primeras diligencias, o actúe por comisión o interinamente, decretar la prisión privisional, mientras dure el estado de sumario y al Tribunal cuando esté conociendo de la causa.

También corresponde al juez de Instrucción decretar la prisión cuando conozca de las Diligencias de la Ley Orgánica 10/1980 o de Diligencias Preparatorias.

La Prisión provisional ha de acordarse por auto (arts. 141 y 504).

El Tribunal Constitucional, en sentencia de 2 de julio de 1982 dice resolución judicial motivada.

Para poder acordar la prisión provisional es necesario:

A) Que conste la existencia de un hecho que revista los caracteres de delito. No cabe acordarla en los juicios por faltas.

B) Que aparezcan en la causa motivos suficientes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de acordar la prisión provisional.

C) Como regla general, que el delito imputado esté castigado con pena superior a prisión menor. Como excepciones a esta regla general:

I.- Estando sancionado el delito con pena no superior a prisión menor, se podrá acordar la prisión provisional, cuando concurren una de las circunstancias siguientes:

a) Que el inculcado no comparezca, sin motivo legítimo, cuando sea llamado por el juez o Tribunal.

b) Que el juez considere necesaria la prisión provisional, atendidas los antecedentes del inculcado, las circunstancias del hecho, la alarma social que la comisión del delito hubiere producido o la frecuencia con que se cometan hechos análogos.

II.- Estando sancionado el delito con pena superior a prisión menor, se permite la libertad provisional del inculcado, mediante fianza cuando éste carezca la antecedentes penales, o estos deban considerarse y se

pueda creer fundamentalmente que no se tratará de sustraerse a la acción de la justicia y, además, el delito no haya producido alarma social ni sea de los que se cometen con frecuencia en el territorio de la jurisdicción del juez o Tribunal que conociera de la causa.

El Tribunal Constitucional, en sentencia de 3 de abril de 1987, dice: “Cierto es que la Ley encomienda, dentro de la función jurisdiccional que le es propia a los jueces y tribunales la potestad de acordar sobre la situación de libertad o de prisión preventiva respecto de aquellas personas sujetas a un proceso penal y antes de la celebración del juicio oral, teniendo en cuenta para ello las circunstancias subjetivas y objetivas que concurran en el caso, tales como la naturaleza del delito, la gravedad mayor o menor de la posible pena pedida o que pueda pedirse, las características del hecho y de su posible prueba en la fase sumarial con la presencia obligada del inculpado, la posibilidad de huida de éste, etc. En este sentido la Ley Procesal Penal (artículos 503, 504 y concordantes) establecen las pertinentes reglas y la remisión de su observancia al justo arbitrio de los jueces y tribunales, los cuales, obvio es decirlo, habrán de aplicarlas con la mira siempre puesta en su mayor y directa vinculación a la Norma constitucional, sobre todo si, como en el caso, están en juego derechos fundamentales, aquí el de la libertad reconocido en el artículo 17-1º y 4 de la Constitución. Es a la luz de los principios y normas constitucionales, en definitiva, como deben aplicarse aquellas normas legales”.

Mandamiento

Para llevar a efecto el auto de prisión se expedirán dos mandamientos, uno para el Agente Judicial o funcionario de la Policía Judicial y otro para el Director del Establecimiento (art. 505).

En el mandamiento se consignará el auto de prisión, el nombre, apellido, naturaleza, estado y domicilio del inculpado, el delito que dé lugar al procedimiento, si se procede de oficio o a instancia de parte y si la prisión ha de ser con comunicación o sin ella. (art. 505).

Clases de prisión

La prisión puede ser con comunicación o sin ella.

La incomunicación de los presos sólo podrá durar el tiempo necesario para la investigación del delito, sin que por regla general deba durar más de cinco días (art. 506).

El juez o Tribunal que conozca de la causa puede mandar que vuelva el inculcado a la incomunicación, después de haber sido puesto en comunicación, pero esta incomunicación no excederá de tres días (art. 508), salvo que las citaciones hechas para la investigación hubieran de efectuarse fuera del territorio de la Península o a larga distancia, en cuyo caso la incomunicación durará el tiempo preciso para evitar la confabulación.

La Prisión provisional debe llevarse a efecto en un establecimiento penitenciario o arresto municipal, como norma general.

Si bien la prisión puede ser atenuada, cuando por razón de enfermedad del inculcado el internamiento entrañe grave peligro para su salud (art. 505).

El Código de Justicia Militar, dispone que los militares deberán ser ingresados en establecimientos militares, cuando se acuerde su prisión preventiva (C.J.M. art. 673) (en la actualidad es el artículo 215 de la Ley Orgánica Procesal militar 2/89).

Recursos

Contra el auto que decreta la prisión provisional o que disponga su prolongación o la libertad provisional, podrá ejercitarse los recursos de reforma y de apelación (art. 504).

El Tribunal Constitucional en diversas ocasiones ha admitido el recurso de amparo contra los autos de prisión o de prolongación de la misma.

El recurso de amparo es un proceso constitucional tanto por su objeto, pretensiones fundadas en normas de derecho constitucional, como por el Organo jurisdiccional a que se atribuye su conocimiento. Su finalidad es la protección de los derechos fundamentales y defensa objetiva de la Constitución y de su valor como norma suprema.

No es una tercera instancia, sino que su función se circunscribe a la protección de los derechos reconocidos en los artículos 14 al 29 y 30-2º de la Constitución y la competencia del Tribunal Constitucional es

de carácter limitado, ya que el art. 44-1º b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional exige que “la violación de derecho y libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellos se produjeron, en los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional”.

Es por tanto obligado para el Tribunal Constitucional “el partir de los hechos declarados probados por las sentencias impugnadas”, “lo que constituye un límite no aplicable en ningún otro supuesto de recurso de amparo” (S. 29-I-1981). En su auto Nº 320/1984 el T. C. dijo: “La defensa de la libertad justifica el acceso al Tribunal Constitucional”.

Y en sentencia de 3 de abril de 1987, manifiesta que desde la perspectiva de los principios y normas constitucionales es “como este Tribunal puede sin interferir en los hechos y en la competencia judicial, valorar la transcendencia constitucional de las decisiones que inciden en los derechos fundamentales especialmente protegidos por la Norma suprema”.

Reforma de oficio

También los autos de prisión y libertad provisionales son reformables de oficio o a instancia de parte durante todo el curso de la causa (art. 539), (art. 503).

Cómo debe ejecutarse la prisión

La prisión privisional deberá practicarse en la forma que menos perjudique al preso en su persona, reputación y patrimonio (art. 520).

Esta disposición legal es lógica pues la prisión privisional, aparte del estigma social, participa de las mismas consecuencias que todo ingreso en prisión lleva consigo, que —como dice Bueno Arus, “la Dimensión jurídica de la pena de prisión”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XI año 1987—no se limitan a la exclusiva—privación de la libertad de movimientos, puesto que afectan a otros derechos inherentes a la persona, como pueden ser la libertad de expresión, la libertad de reunión y manifestación, así como a derechos civiles, económicos, laborales y familiares, que quedan limitadas y a

veces anulados por la propia naturaleza de la prisión y forman parte de su contenido.

Duración

La duración máxima de la prisión provisional es:

a) De tres meses, cuando se trata de causas por delitos al que corresponda pena de arresto mayor.

b) De un año, cuando la pena señalada para el delito sea de prisión menor.

c) De dos años, cuando la pena señalada para el delito sea superior a prisión menor.

El Tribunal Constitucional en sentencia de 2 de julio de 1988 recogiendo el artículo 5-3 del Convenio para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, dijo que toda persona tiene derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento.

Y en sentencia de 26 de diciembre de 1984, reconoció el derecho de toda persona a no ser privada de libertad, “sino con la observancia de lo establecido en el artículo 17 de la Constitución Española y en los casos y en la forma previstos en la Ley”, en relación con la exigencia constitucional de fijación de un plazo máximo de duración de la prisión provisional configura un derecho fundamental a no permanecer en prisión por plazo superior al legalmente establecido.

En definitiva, lo que la Ley dice —afirma la sentencia citada— es fijar imperativamente el deber de poner en libertad al acusado transcurridos los plazos legales (S. 3-IV- 1987).

En aquella misma sentencia se afirma que en el supuesto de acumulación de sumarios por la conexión que diversos delitos tienen entre sí, no puede sostenerse que el plazo máximo y excepcional que establece la Ley para la prisión provisional, haya de contarse para cada delito por separado. Hacer depender esa duración del número de delitos imputados supone en la práctica, que en el plazo máximo fijado por la Ley dependa de un elemento incierto como es el número de delitos con que se acusa a una persona; además violaría los pactos internacionales pactados por España, una interpretación de este tipo, pues el resultado de multiplicar el plazo máximo legal de la prisión provisional

por el número de delitos imputados conduce a un resultado notoriamente superior a todo plazo razonable. En igual sentido se expresó la sentencia de 27 de marzo de 1985.

Prolongación de la prisión

La Ley de Enjuiciamiento Criminal establece excepcionalmente la posibilidad de prolongar la prisión provisional, cuando concurren circunstancias que hagan prever que la causa no podrá ser juzgada en los plazos marcados y que el inculpado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, señalando un máximo de dos años y cuatro años respectivamente, sin que se pueda prolongar cuando la pena señalada sea de arresto mayor.

El Tribunal Constitucional, en sentencia de 3 de abril de 1987 ha dicho: "Es incuestionable que la Sala pudo prolongar la situación procesal de la prisión preventiva antes del trascurso de dos años desde el inicio de ésta, conforme al artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si se dieron los requisitos de tal norma. Pero no lo hizo así, es decir en tiempo obligado, ni tampoco como era preceptivo, poner en libertad al procesado. Por eso, cuando a instancia de éste acuerde la prórroga de la prisión dos meses y unos días más tarde de la fecha en que se cumplió el plazo legal perentorio, ya no cabía subsanar la vulneración constitucional de la garantía de la libertad personal no respetada por la omisión del órgano judicial".

Una vez condenado el inculpado, la prisión provisional podrá prolongarse hasta el límite de la mitad de la pena impuesta en la sentencia, cuando ésta hubiera sido recurrida.

Por tanto, dictada sentencia, la prisión provisional puede tener mayor duración que antes de dictarse la sentencia; aunque ésta no es firme, el legislador ha estimado que puede existir mayor razón para mantener la prisión provisional.

Como excepción a la regla general que determina la duración máxima de la prisión, se dispone que no se tendrá en cuenta para el cómputo de los plazos establecidos en este artículo, el tiempo en que la causa sufre dilaciones no imputables a la Administración de Justicia. En la Ley de 1983 se decía imputables al inculpado. La nueva redacción parece ampliar los supuestos en los que la dilación que sufre la

causa no ha de ser tenida en cuenta para el cómputo de los plazos legales.

En todo caso deberá prestarse cumplimiento al artículo 528 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, “La Prisión Provisional sólo durará lo que subsistan los motivos que la hayan ocasionado”.

“El preso será puesto en libertad en cualquier estado de la causa en que resulte su inocencia”.

“Todas las autoridades que intervengan en un proceso estarán obligadas a dilatar lo menos posible la detención y la prisión provisional de los inculpados o procesados”.

En este momento es interesante recordar la Real Orden Circular de 20 de marzo de 1916 en que se comunicaba a los presidentes y fiscales, para que a su vez lo hicieren a los jueces de Instrucción, la conveniencia de que, inspirados en el verdadero propósito de la Ley, restrinjan la prisión provisional a aquellos casos en que sea absolutamente indispensable. Y que procuren que en la tramitación y despacho de las causas en que haya presos, se proceda con la más extraordinaria rapidez, no consintiendo que en ningún caso se exceda de los plazos que para cada trámite marca la Ley.

La sucesión de disposiciones legales diferentes sobre el plazo máximo de prisión provisional, y al ser la Ley de 1984 más restrictiva de la libertad que la de 1983, que la precedió, ha originado que se hayan planteado diversos recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional que si bien en los autos de 18 de diciembre de 1985 y 24 de septiembre de 1980, sostuvo que la Ley Procesal aplicable será la vigente en el momento de cada uno de los actos procesales, sin que de ello pueda derivarse una aplicación retroactiva de la Ley. Posteriormente modifica su doctrina en las sentencias 32 y 34 de 1987, de fecha 12 de marzo de 1987, y efectúa una interpretación más favorable al derecho de libertad del inculcado y así dice: “la predicada naturaleza procesal o adjetiva de tales normas y el alcance meramente preventivo o cautelar de la prisión provisional no pueden en modo alguno ocultar la efectiva limitación de la libertad personal del inculcado en la causa penal”.

Y en la otra sentencia de igual fecha dijo: “Se desconocerían las garantías constitucionales frente a limitaciones indebidas del derecho a la libertad al aplicarse una Ley posterior más restrictiva a un inculcado en situación de prisión preventiva acordada con arreglo a una Ley

anterior más benigna, pues ello podría suponer la prolongación de la situación excepcional de prisión más allá del límite máximo establecido en la Ley aplicable en el momento en que se acordó su privación de libertad, plazo máximo que representa para el afectado la garantía constitucional del derecho fundamental a la libertad de acuerdo con lo dispuesto en el apartado cuarto en relación con el apartado primero del artículo 17 de la Constitución”.

Efectos

En cuanto a los efectos de la prisión provisional o preventiva hemos de señalar que aparte de los anteriormente enumerados, que afectan a derechos de libertad de opinión, reunión, manifestación, derechos civiles familiares y económicos, etc., en el Código Penal en su artículo 33 dispone que “El tiempo de prisión preventiva sufrida por el delincuente durante la tramitación de la causa se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la condena, cualquiera que sea la clase de pena impuesta”.

No faltará quien piense que con esta interpretación tan restrictiva de la prisión provisional se facilita la fuga de los delincuentes, sujetos al procedimiento. Cuestión ésta de tanta actualidad, después de las últimas fugas habidas en España, que tienen tan sensibilizada a la opinión pública, según se infiere de la lectura de los medios de comunicación.

Y ello es cierto, pero no debemos olvidar que como dice Aguilera de Paz, “la fuga del culpable supone privaciones terribles; sacrificios extraordinarios; la ausencia del lugar donde habitualmente se ha vivido, del centro donde se cultivan las relaciones todas de la vida, y donde radican los bienes poseídos; quizás el voluntario extrañamiento de la patria; la pérdida de la tranquilidad por el continuo temor de ser perseguido y capturado; infinidad de contratiempos, dificultades y angustias que en la mayoría de los casos exceden con mucho a la gravedad de la pena que hubiera de sufrirse, y a los inconvenientes que son su natural consecuencia”.

Pero además tenemos que tener presente que nuestro país está vinculado por los Tratados Internacionales, a que anteriormente hemos hecho referencia y que nuestra legislación se ha de adaptar a lo estipulado en dichos Tratados, y a lo acordado por los Organismos que los interpretan.

Conclusión

El Excmo. Sr. Fiscal General del Estado —en su Memoria presentada al Gobierno, en septiembre de 1987, al inicio del presente año Judicial— recogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, ha dicho: Las normas que regulan la libertad provisional son normas limitadoras del derecho fundamental a la libertad y que afectan a los derechos fundamentales del artículo 24-2º; entre ellos la presunción de inocencia, entendiéndose que de ello se derivan como consecuencias: I.- Que cabe en amparo el control del Tribunal Constitucional cuando se actúa bajo la cobertura improcedente de una ley o contra lo que la misma ley dispone. II.- Las prescripciones legales sobre la prisión provisional han de interpretarse en la forma más favorable al derecho fundamental que limitan. III.- Han de interpretarse, por último, de conformidad con los Tratados y Convenios suscritos por España, especialmente por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y por tanto atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, al que el Tribunal Constitucional, en numerosas sentencias cita y reconoce la validez obligatoria de su jurisprudencia.

Y más adelante el Excmo. Sr. Fiscal General del Estado, dice: el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en los Arret Wemhoff, 27 de junio de 1968, Nuemeister, 27 de junio de 1968, Stogmuller, 10 de noviembre de 1969; Maznetter, 10 de noviembre de 1969; Ringeisen, 16 de julio de 1971; Guzzardi, 10 de noviembre de 1980, entre otros, únicamente considera conformes con el Convenio las prisiones que tengan como finalidad asegurar el resultado del proceso o evitar que el sometido a la medida cometa nuevos delitos. El primera de los fines citados puede articularse en dos supuestos: A) Peligro de fuga. Es el riesgo de que el imputado deje de estar a disposición del Tribunal para el buen fin de la causa. Para calibrarlo se debe atender a diversas circunstancias: a) Gravedad de la pena a imponer. En cuanto el inculpado pueda ausentarse ante el temor de sufrirla, tiene dicho el Tribunal (caso Maznetter) que la importancia de la pena no puede por si sola hacer presumir el peligro de fuga, sino que es preciso el examen de las

circunstancias siguientes. b) Conducta anterior, carácter y personalidad; c) Circunstancias de la detención, si ha habido singular oposición a ella; d) Arraigo familiar, profesión y arraigo económico y social en el país que se trate. B) Peligro de supresión de pruebas. Es la posibilidad de que el imputado en libertad pueda sobornar a los testigos o amenazarlos o destruir u ocultar pruebas documentales o de otra especie. El segundo de los fines tasados es el peligro de cometer nuevas infracciones. Para determinar si existe debe tenerse en cuenta la conducta y trayectoria delictiva anterior hábitos criminales, gravedad del delito y nocividad. Esta nocividad debe entenderse como peligrosidad criminal. Es de destacar que para el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos la gravedad del delito *per se*, sin conectarse con el peligro de fuga, repetición de hechos o supresión de pruebas, no puede fundamentar la medida cautelar que es la prisión provisional.

El Excmo. Sr. Fiscal General del Estado a continuación añade: Como esta doctrina es vinculante, los supuestos de los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben sufrir una profunda reinterpretación. Las consecuencias son: I.- Los “antecedentes” y “circunstancias” del hecho deberán ahora referirse a todas las circunstancias personales y fácticas que el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos evalúa para determinar si se da alguno de los tres peligros exigidos con carácter cerrado. II.- La “alarma social” y “frecuencia” no deben aplicarse por los Jueces como fundamento de la privación cautelar de la libertad por su dificultad a ser encajados con los referidos peligros. III.- La gravedad de la pena no es por sí criterio fundamentador de la medida a no ser que se conexe al peligro de fuga valorado además por las circunstancias personales. IV.- En los supuestos de prisión reglada, penas de prisión mayor con alguna de las circunstancias expresadas en la Ley, alarma, antecedentes, etc. cuando el único peligro sea el de fuga cabrá la posibilidad de fianza (por aplicación directa del art. 5-3º del Convenio). V.- Los autos de prisión provisional sólo serán constitucionales cuando se funden en alguno de los tres citados peligros, debidamente probados y no presumidos, así como suficientemente razonados en la resolución.

Sin embargo a diario vemos autos de prisión que no se ajustan a las orientaciones que señala el Excmo. Sr. Fiscal General del Estado y ello es lógico pues como ha dicho el Excmo. Sr. D. Enrique Ruiz Vadillo

—algunas consideraciones sobre el sistema acusatorio y de interdicción constitucional de toda indefensión en el proceso penal, la Ley nº 1826, 23-X-1987— “Acaso hayan de pasar muchos años para que nos demos perfecta cuenta del profundo cambio que se ha operado en España, aparte de, en otros órdenes, en el jurídico y de la forma tan eficaz como se ha producido. Nuestra Constitución promulgada en diciembre de 1978, todavía no hace ni siquiera una década ha supuesto una mutación sustancial en todo el Ordenamiento Jurídico, no sólo en aquella parte formalmente derogada o modificada, sino también, y en no pequeña medida, en aquella que ha permanecido inalterada. Hasta aquí ha llegado el influjo de nuestra Ley Fundamental, a veces con inconstitucionalidades sobrevenidas, más espectaculares, pero no siempre complejas, y a veces con una incidencia determinante, conforme a la doctrina constante y reiterada del Tribunal Constitucional, de nuevas interpretaciones, más acordes con los principios y mandatos de la Ley de Leyes”.

El nacimiento de la idea de culpabilidad

José María Navarrete Urieta
Catedrático de Derecho Penal

El tema de la culpabilidad es algo así como el barómetro que nos indica el grado de desarrollo de un Derecho Penal concreto, pensamiento que con otras palabras expresó hace ya setenta y cinco años Max Ernesto Mayer.

Quizás, antes de entrar en el desarrollo del tema, convendría aclarar qué se entiende por “nacimiento de la idea de culpabilidad”. Pasteur demostró de una vez para siempre, que en la naturaleza no hay generación espontánea; pues bien, lo mismo podemos afirmar para el mundo del espíritu, que tampoco hay generación espontánea en este campo, que todo está condicionado por la historia y lo que no es tradición, es plagio o algo peor.

Las nuevas generaciones universitarias, por las razones que sean, que son múltiples y complejas, dedican su interés a lo cotidiano, son grandes patinadores y esquiadores que hacen preciosas figuras en la superficie sin que esta observación, meramente constatativa, me lleve a negar el mérito que esto pueda traer consigo. Pero, antes de lanzarse, hay que preparar las pistas y, esto es precisamente lo que hoy no se hace. Pocos trabajos hay que tengan por objeto los problemas permanentes de la Ciencia del Derecho Penal, la más antigua en la historia jurídica de los pueblos, pero también la más moderna en lo que a su elaboración científica se refiere. Incluso en la interioridad psicológica del hombre, la conciencia jurídica del individuo como pone de relieve Spranger, se forma antes en el campo penal que en cualquiera otra parcela jurídica. Sin embargo, como ha puesto de manifiesto E.R. Dodds, hay una cultura de vergüenza anterior a una cultura de culpabilidad y esto no sólo en el ámbito histórico, sino que aún hoy día, en la conciencia de cada cual, el sentimiento de vergüenza, del “que dirán”, es previo a un puro sentimiento de culpabilidad.

La culpabilidad ha sido, es y será la parte más sensible y el elemento más delicado de la teoría del delito. Ya Mezger, hace más de cincuenta

años, advirtió que el Derecho Penal, a través de la imputabilidad, tenía abierta siempre una ventana por donde entrarían permanentemente los resultados de todas las ciencias que investigan la personalidad. Incluso en el lenguaje vulgar, aparece la culpabilidad como algo inherente a la personalidad: yo soy culpable, tú eres culpable, sin que nadie se extrañe de estas afirmaciones, cosa que no ocurriría si a alguien le espetásemos la afirmación de que es antijurídico. Tenemos que distinguir, como decían Graff zu Dohna y Mezger, entre el objeto de la valoración y la valoración del objeto. El juicio de “antijuridicidad”, es un juicio objetivo que recae sobre la acción y el resultado. Estos objetos de valoración del juicio de antijuridicidad tienen una naturaleza objetiva y hay congruencia entre la naturaleza del juicio —objetivo—, y la naturaleza del juicio de valoración. En cambio, en el juicio de culpabilidad, se rompe esta identidad: la naturaleza del juicio es objetiva, como exige la concepción normativa de la culpabilidad, pero el objeto de la valoración es subjetivo, ya que el juicio recae sobre realidades que pertenecen a la interioridad de la persona. De ahí los problemas que siempre acompañarán al juicio de culpabilidad. De esta distinción se deriva el repudio que el Derecho Penal actual tiene hacia toda responsabilidad penal objetiva. La culpabilidad no puede ni debe residir en la cabeza del juez, sino en la personalidad del autor.

No vamos a pasar revista a la evolución del concepto de culpabilidad tal como se ha perfilado a través del desarrollo científico. Esto se encuentra en cualquier Tratado de Parte General de Derecho Penal, sino que lo que vamos a contemplar, aunque sólo sea de una manera rápida y somera, cómo y cuándo va surgiendo en el horizonte la idea de culpabilidad paralelamente a la evolución del pensamiento de la humanidad. No vamos a encerrarnos en fechas, pero sí vamos a apoyarnos en lo que podríamos llamar momentos estelares de la humanidad.

¿De dónde viene el pensamiento de culpabilidad y cómo se ha ido transformando a lo largo de su desarrollo? Ante nuestros ojos espirituales podemos hacer desfilar el paso de milenios y ver como en el seno del pensamiento jurídico de la humanidad han ido surgiendo el sentimiento y el concepto de culpabilidad. No cabe la menor duda de que el concepto de culpabilidad, tal como se aplica en la vida jurídica, no es algo absoluto, ni invariable, ni que le haya sido dado al hombre de

antemano u originariamente. No puede hablarse de una culpabilidad mientras el individuo no se considere a sí mismo como tal. Solamente cuando se despierta la conciencia del “yo” es cuando surge la culpabilidad individual y este proceso es bastante tardío y bastante complejo. En la fase de la vivencia del “nosotros” o comunitaria, no cabe la pregunta por la culpabilidad individual.

Para poner un poco de orden en la exposición, nos referiremos en primer lugar, a la época mágica, luego a la mítica, para pasar después a la época prelógica y terminar en la época lógica.

Epoca mágica.- Según Hegel, una “era de la magia” había precedido a la “era de la religión” y Frazer supuso que había existido una época en la que el hombre creía poder controlar directamente los procesos naturales mediante la fuerza de hechizos y encantamientos. De ahí surge la figura del “mago”. Pero esta separación tajante entre magia (poderes naturales) y religión (poderes sobrenaturales), parece ser que no existió, según afirma E. O. James, sino que el pensamiento mágico y el religioso coexistieron desde el principio de la humanidad, si bien el papel del “brujo”, forma originaria del sacerdote, fue cobrando más relevancia a costa del “mago”.

A través de la historia puede comprobarse que la forma de culpabilidad depende de la forma de sociedad. Ya hemos apuntado que la culpabilidad individual no puede pensarse hasta que el individuo no se considera como tal. Sólo con el despertar de la conciencia del “yo” es cuando puede surgir un sentimiento de culpabilidad que se apoye en un pensamiento de culpabilidad individual. Pero el despertar del “yo” supone un largo proceso de desarrollo y se realiza en la historia de la humanidad muy lentamente y su aparición es relativamente tardía. El hombre se encuentra metido, como engastado en su entorno y su mundo íntimo no es la vivencia del “yo”, sino la vivencia del “nosotros”. De aquí que este “nosotros” marque el nacimiento de la vivencia de culpabilidad. Vamos a echar una mirada sobre la apariencia de la sociedad de esta época para ver como va surgiendo la culpabilidad, o mejor dicho, la “preforma” de la culpabilidad.

En los pueblos cazadores y nómadas la forma de constitución social es la familiar, establecida sobre la base de los vínculos de la sangre. Ahora bien, cuando los cazadores y nómadas se hacen sedentarios, aquella sociedad familiar se va deshaciendo lentamente y va siendo

sustituída por una sociedad territorial, aunque, naturalmente, no desaparecen todos los caracteres de la organización familiar. En la originaria sociedad familiar no hay tribunales, todas las discordias son resueltas por el “patriarca”. No existe ningún Derecho Penal en el sentido actual, pero no deja de haber castigo. La venganza de la sangre es la solución de todas las necesidades. La venganza de la sangre no se plantea el problema de la culpabilidad y de su correlato la inculpabilidad.

Durante la época mágica, el jefe era hecho responsable de todo lo que ocurría, fuera malo o bueno: malas cosechas, derrotas, mal tiempo etc., pero también se le agradecía lo bueno, victoria sobre los enemigos, buenas cosechas, etc. Sobre la base de este concepto mágico de la causalidad, que nada tiene que ver con la concepción causalística de nuestra época, se le hacía responsable de todos los males que ocurrían y para evitarlos, se le eliminaba. Las formas de eliminación eran muy distintas. El concepto de culpabilidad no existe en el sentido de una responsabilidad moral. No existe en esta época una concepción física de la persona para el derecho, sino una especie de fantasma jurídico. En esta etapa del desarrollo espiritual resulta imposible hablar de una culpabilidad en sentido individual. La sociedad familiar es un organismo formado por un entramado donde lo individual desaparece. Podemos decir que nos encontramos ante un Derecho Penal sin culpabilidad. El concepto de una culpabilidad individual es inexistente aún cuando se forma la sociedad territorial. Tenemos que distinguir entre la retribución por el delito cometido y la venganza de la familia o la comunidad. La sociedad familiar no está en absoluto interesada en que se realice una compensación a la víctima, sino que su único interés es el mantenimiento de las funciones vitales para la comunidad. Podríamos decir con terminología moderna, que el pensamiento dominante en esta época arcaica es la “Defensa Social” y por eso se toman medidas encaminadas a evitar que en el futuro puedan repetirse tales acciones que trastornen el normal desarrollo de la vida y de la convivencia.

Kohler, en 1884, dice sobre la venganza de la sangre que “nadie duda que es una de las más fructíferas y al mismo tiempo, una de las más universales instituciones jurídicas y como demuestra la Historia del Derecho, constituye la fuente histórica de todo el Derecho Penal”. Lo cierto es que, cuando Kohler afirmaba esto, los conocimientos antropológicos, especialmente los referentes a la época mágica, no

estaban tan desarrollados como hoy día. La verdad es que en estos momentos no puede hacerse una afirmación de tal rotundidad.

Unos de los fundamentos de la venganza de la sangre era la creencia de que el muerto no encontraba reposo hasta que sus próximos parientes no lo habían vengado. Aquí vemos el entrecruzamiento de lo jurídico con lo religioso. No podemos ocuparnos en este momento de tan trascendental problema, que de por sí da materia más que suficiente para dedicarle una atención concreta. Quede aquí solamente constancia de su trascendencia. El miedo de los familiares ante el espíritu del muerto que falto de descanso deambulaba de acá para allá,—otra muestra de que desde los orígenes de la humanidad ha existido una creencia en la otra vida que Dios o los dioses han puesto detrás de la muerte—, hacía que los vengadores se apresuraran a efectuar la venganza, para de esta forma, al mismo tiempo que procuraban el reposo al muerto, también lo encontraban ellos al verse libres de la persecución de los espíritus.

Todavía dentro de la época mágica tenemos que referirnos a la “compositio” que tiene, aunque no lo parezca, una significación emocional. Con la aparición de la sociedad territorial y la progresiva desintegración de la sociedad familiar, va decayendo la venganza de la sangre y paralelamente se va desarrollando la “compositio”. Su objeto es apaciguar a los miembros de la familia a la que pertenecía la víctima. No se trata de una compensación, sino dicho de una manera plástica, de poner un apósito a la herida, aliviar el dolor, persiguiendo con esto una finalidad emocional. Tampoco podemos encontrar aquí ningún tipo de sentimiento de culpabilidad.

Época mítica.— A la época o fase mágica sigue la época mítica. Es muy difícil representarse el paso de la época mágica a la mítica sencillamente como un cambio de las funciones del pensamiento. Más próximo a la realidad es considerar a la época mítica como la irrupción de las fuerzas o poderes psíquicos que constituyen la base previa de la historicidad. La época mágica está más próxima a las ciencias naturales que a la historia. Los mitos, como dice Shotwell, son afirmaciones de hechos para el creyente. No parece lógico, pero lo cierto es que llegamos a creer en una cosa a fuerza de creer en ella. La fe es el elemento básico del pensamiento. El hombre se encuentra consigo mismo y adquiere conciencia del tiempo y del espacio y se contempla a sí mismo dentro de un espacio. La Humanidad comienza a despertar, pero todavía

no está capacitada para el pensamiento lógico. La relación de causalidad no está aún reconocida como una categoría lógica. La forma del pensamiento es plástica, el pensamiento procede por imágenes aunque ya se reconoce la relación temporal antes-después y esto significa que el hombre está ya en situación de vivir conscientemente el paso del tiempo como un acontecimiento cósmico. El hombre vive ya el cosmo e intenta interpretar lo vivido con las funciones del pensamiento que están a su disposición, es decir, con un pensamiento plástico a base de imágenes. Esta fase de la humanidad es la misma fase ontogénica que vemos en el niño en la edad de los cuentos. La época mítica tiene una gran importancia para el desarrollo espiritual de la humanidad, cuya necesidad se aprecia si queremos representarnos al arte y a la literatura sin ayuda del mito. Lo que el mito representa, incluso para la metafísica, aparece con toda claridad cuando intentamos investigar los orígenes de las representaciones religiosas. Dentro del cuadro de lo mítico sólo podemos vislumbrar representaciones relacionadas con la culpabilidad y en primer lugar nos encontramos con el mito de la culpa del pecado.

El pensamiento de una culpabilidad por la existencia surge de un mito sumerio y es entre los sumerios, una relación con la concepción mítica de la creación del mundo, donde se desarrolla. El sumerio ve en el mundo una unidad que, como el devenir de la esencia divina, está atravesado por la existencia de lo divino, es decir, una forma de panteísmo.

La representación mítica, que los sumerios tienen de la caída en el pecado por medio de la seductora serpiente, es recogida por la mayoría de las religiones. Y no hemos de maravillarnos de que el mito de la redención por medio de un redentor, siga el mismo camino que la teoría cristiana de la salvación que aunque aparecida en la época histórica, tiene precedente en los sumerios.

Pero atención: si en la época mágica hemos visto la existencia de hechos sin culpabilidad, ahora vamos a enfrentarnos con el polo opuesto, la existencia de una culpabilidad sin causa.

Para la cosmología mitológica de los babilonios, el destino de los hombres estaba determinado por los dioses. El que en esta cosmogonía se desarrolle el pensamiento de una culpabilidad por el pecado, nos pone sobre aviso de que hay una culpabilidad por la existencia. La culpabilidad por la existencia, como una forma de la culpabilidad, sólo

es posible en una forma mítica del pensamiento, culpabilidad sin causa, ya que la categoría lógica de la causalidad era totalmente desconocida en la mitología. El mito vive de relaciones de contacto y de imaginaciones. Sus relaciones mentales y sus fantásticas representaciones están sometidas a otras leyes distintas que las relaciones lógico-causales.

Pero esta culpa sin causa personal, sigue viviendo hoy en la concepción judeo-cristiana del pecado original. Nacemos con una culpa heredada, —“¡Oh felix culpa!—, en la que no hemos participado como persona, aunque sí como parte del género humano. La problemática del destino del hombre determinado por los dioses y la progresiva liberación del mismo por obra de la voluntad individual, la veremos por vez primera en los griegos y no precisamente en la época homérica, sino más adelante. El pensamiento de una autodeterminación moral, y con ello la idea de responsabilidad personal, no es congruente con el pensamiento de la culpa dentro del mundo mítico.

Epoca prelógica.— Resumiendo un poco lo dicho anteriormente, vemos cómo al comienzo de la época mágica, la culpabilidad de la sangre es una culpabilidad comunitaria. En el Derecho Penal de la “Sippe” el sujeto jurídico es la comunidad. La retribución por el hecho no supone una compensación subjetiva del Derecho. Las formas jurídicas que hemos considerado, se encuentran en la familia, en la tribu y, en estas formaciones sociales originarias, Derecho equivale a Moral. La separación entre Derecho y Moral es muy tardía y puede decirse que no tiene lugar hasta que comienza a vislumbrarse el estado. El pensamiento mágico no contiene todavía ninguna idea ni sentimiento de culpabilidad. Después de la venganza de la sangre, al comienzo de la época mágica, sigue como un segundo escalón la “compositio”, la compensación material y la compensación emocional y ya pueden entreverse ciertas exigencias retributivas.

Como segunda etapa de las formas arcaicas de la existencia, surge el mito. El pensamiento de esta fase de la existencia es formador de imágenes. El hombre está ya capacitado para tener una vivencia del tiempo y del espacio. El idioma se expresa por medio de símbolos. La primera vivencia de la culpabilidad se expresa por medio de un símbolo. La culpabilidad es un destino del hombre, el pecado es la inversión del orden. En el mito nace el pensamiento de culpabilidad, en el mito se representa la caída en el pecado que ya encontramos en los sumerios como un pecado heredado.

En la tercera fase de las formas arcaicas de la existencia que corresponde al pensamiento prelógico, es cuando despierta la conciencia del "yo". Se desarrollan las relaciones especulativas entre las causas y las consecuencias, pero de un modo concreto, sin abstracciones. Es precisamente en esta época cuando los egipcios establecen relaciones entre la justicia divina y la retribución individual por el hecho. El Código de Hammurabi no contiene todavía un puro principio talional, aunque sí su origen. A esta época pertenecen las representaciones del derecho de los primitivos israelitas y de los griegos de la época heroica. Tampoco encontramos en los griegos de este tiempo el pensamiento de una culpabilidad individual. Las representaciones de los antiguos israelitas están influenciadas por los mitos babilónicos y por la ética de los egipcios.

En el paso del pensamiento mágico al prelógico, nos encontramos con la fe en el destino y el derecho a la venganza. En ninguna otra cultura como en la de los griegos puede observarse este cambio de la idea de culpabilidad bajo la influencia del desarrollo de la inteligencia humana por el transcurso del tiempo junto con el ejercicio de la misma.

En la época homérica es donde podemos atisbar el paso de una fase mítica a la prelógica, que coincide con fenómenos análogos de otras culturas como pueden ser la babilónica o la egipcia. La creencia en el destino condiciona todo el pensamiento jurídico. En el cumplimiento del destino del hombre, anida el pensamiento de una justicia estricta. La bondad es recompensada y la maldad castigada. La Odisea y la tragedia griega nos muestran cómo se castigan los vicios y cómo la justicia divina mantiene el orden moral del mundo. El padecimiento de enfermedades graves es tenido como castigo por hechos cometidos contra los dioses. El pensamiento prelógico establece relaciones mentales que nada tienen que ver con la causalidad material. No es una causalidad ciega como hemos visto en la época mágica, pero sí es una causalidad de lo irreal.

Los poetas griegos son los conservadores de las antiguas representaciones jurídicas de los tiempos heroicos. Estas representaciones jurídicas no se diferencian, en principio, de los que tienen otros pueblos de una cultura en igual período de evolución. En la época heroica nos encontramos con el más puro derecho a la venganza. Los parientes tienen el deber de vengar la muerte y esta obligación se extiende hasta los sobrinos por línea paterna.

La idea de culpabilidad, como culpabilidad individual, no se ha perfilado aún en la época heroica. La fe de los griegos en el destino, cierra el paso a un sentimiento de culpabilidad individual. Esto supone la coincidencia del "yo" y el establecimiento de una relación entre un hecho y una causa puesta por el individuo, pero de forma que esta relación sea captada y querida por la voluntad. Pero estamos, todavía, en la época en que se cree en la intervención directa de los dioses en la vida de los hombres.

El despertar de la conciencia del "yo", la más fuerte elevación de las potencias espirituales, tiene como consecuencia la separación del individuo de la colectividad, el "yo" del "nosotros". Con la aparición de la conciencia del "yo" se despierta también una amplia escala de nuevos sentimientos, sentimientos que se relacionan con la idea de la responsabilidad, pero también con el sentimiento del amor propio, desarrollándose al mismo tiempo una nueva idea que tiene como consecuencia la creencia en la culpabilidad por la existencia. Lo creencial ha tenido y sigue teniendo una importancia fundamental para la comprensión del actuar humano. El amor propio y todas las exageraciones de la afirmación de la personalidad, son la causa del mal.

La afirmación de la conciencia del "yo" está en una relación recíproca con la conciencia de la libertad de querer. Ya Platón concede al hombre la facultad de elegir, que luego es desarrollado por Aristóteles. Pero Platón es todavía determinista, mientras que Aristóteles representa el indeterminismo y en el Libro III de la Etica Nicomachea plantea Aristóteles el problema de la culpabilidad y de la responsabilidad en relación con nuestra conducta.

Aquí no se trata ya más del problema del mal, sino de la libertad ínsita en cada hombre para decidir, libertad de elección y libertad de querer y esto tiene una significación decisiva para el enjuiciamiento del problema de la culpabilidad en la práctica de todos los días.

Se ha ido operando un cambio en el tratamiento del problema de la culpabilidad, relacionado con la importancia creciente que se ha ido dando al papel de la voluntad. Se distingue entre lo querido y lo no querido y también se valora el mundo afectivo, pero según Aristóteles los afectos no anulan la voluntad. Lo que no es querido no es justo ni injusto, simplemente casual. Como vemos, una responsabilidad por culpa, como categoría de la culpabilidad, está aún muy lejos.

La ignorancia no actúa como exterminadora de la culpabilidad pero sí puede conducir al perdón. El afecto, como hemos dicho, no anula la voluntad, pero sí puede considerarse como causa de atenuación y el matar en legítima defensa es totalmente impune.

Epoca lógica.- Como exponente jurídico de la época lógica tenemos al Derecho Romano. Naturalmente que también experimentó en sí mismo el proceso evolutivo de todos los derechos y podemos ver en él el derecho a la venganza, la pérdida de la paz y la "compositio" antes de llegar a la concepción de un Derecho Penal estatal y todo esto corre paralelo a las fases que hemos destacado y hemos denominado época mágica, mítica y prelógica de la historia del pensamiento humano.

En el Derecho Romano nos encontramos en el camino hacia una concepción individual de la culpabilidad. La Etica griega es un factor de gran influencia en este sentido. Hay que recorrer un largo camino hasta que en la jurisprudencia romana se pone de manifiesto el momento de la inculpación. En las Doce Tablas no hay referencia alguna a la inculpación del autor, sólo se tiene en cuenta el resultado. Tenemos que llegar a las Leyes de Numa para ver el nacimiento de la personificación de la culpabilidad. Numa distingue entre una muerte dolosa y otra que no lo es y es la primera vez que aparece el momento individual de la culpabilidad. En la Ley de Numa, la muerte no dolosa no queda sin castigo, pero en toda la Ley de Numa el dolo tiene una carga más racional que volitiva y es en las Leyes Cornelianas donde se opera un cambio en la orientación de la culpabilidad. Anteriormente a las Leyes Cornelianas se prescindía de la voluntad, el conocimiento es lo decisivo, pero en las Leyes Cornelianas la voluntad aparece en primer lugar. ¿Cómo se opera este cambio? Dos causas obran simultáneamente: una es la influencia de la Etica griega representada por Cicerón y Séneca y otra el creciente interés público por la pena.

Este creciente interés público hace surgir un nuevo sentimiento jurídico y es que en el fondo del concepto de la culpabilidad del Derecho Romano clásico aparece la idea de que la voluntad es la portadora de la responsabilidad jurídica. La culpabilidad que surge de la comisión de un hecho antijurídico, es una culpabilidad de voluntad. Es clara la influencia del pensamiento aristotélico. Los romanos llaman "dolus" a esta voluntad que se levanta contra el Derecho. Esta voluntad teñida de antijurídica presupone que alguien ha cometido una acción que una Ley amenaza con una pena.

Tan absurdo sería reprocharle a la época arcaica y primitiva de la humanidad que no utilizara el concepto de culpabilidad, como echarle en cara a Napoleón que no hiciera uso de la fuerza aérea en la batalla de Waterloo.

Estas breves consideraciones que hemos hecho, nos llevan a la afirmación que ya hizo Jelineck a finales del siglo pasado cuando decía que si de un pueblo hubiese desaparecido toda su cultura pero hubieren quedado sus leyes penales, partiendo de éstas se podría reconstruir la tabla de sus valores de la misma forma que un paleontólogo, partiendo de un hueso de un animal antediluviano, podría reconstruir todo su esqueleto lo que no es otra cosa que lo que Justiniano puso al comienzo del Corpus Iuris: “Jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto”.

EL DERECHO PENAL EN LA ENCRUCIJADA DEL AÑO 2000

Enrique Ruíz Vadillo

Presidente de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.
Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación y Profesor de Universidad.

SUMARIO

Introducción.
Crisis de valores.
La persona humana y la convivencia.
La Constitución Española.
Europa y el Derecho Penal.
La sociedad y el Derecho Penal.
La culpabilidad.
Indispensabilidad del Derecho Penal.
La imparcelabilidad del Derecho Penal.
La paradoja del Derecho Penal.
La duda, signo primario de este derecho.
La imaginación en el Derecho punitivo.
Criminalización-Descriminalización.
El mundo penitenciario.
Las penas privativas de libertad.
La reinserción del delincuente.
El proceso penal.
La misión del juez penal.
El Jurado.
Consideraciones finales.

Introducción

Desde esta Melilla que para los españoles peninsulares e isleños

ofrece tan especiales connotaciones de consideración, admiración y afecto quiero enviaros un saludo lleno de respeto, de cariño y de estímulo si uds. me lo aceptan para mantener vivos vuestros ideales y propósitos.

Como el cabo Tres Forcas defiende Melilla de los vientos del Oeste y la laguna litoral de bu-Areg, (o Mar Chica) actúa de estabilizadora del clima de esta bellísima Ciudad, la recia personalidad de sus ciudadanos y al mismo tiempo su espíritu generoso y cosmopolita sirvan para configurar unas señas muy precisas de identidad, compatibles con el respeto y la comprensión hacia distintas formas de entender la vida y hacia diversas culturas. Acaso sea esta uno de los mejores caminos para ejemplarizarnos en la tolerancia y en la consideración a los demás, esencia misma de la democracia. No es imprescindible que coincidamos en todo, probablemente ni siquiera es bueno, basta la identidad de ilusiones para construir un mundo mejor, más libre, más auténtico, más humano y, en definitiva, más justo.

La confluencia de poblaciones de muy distinto origen y características en esta encantadora Melilla es un dato aleccionador -Hebreos, mahometanos, (con un fondo bereber e importante incidencia árabe) y europeos- porque, ha sido tradicionalmente ejemplar. La proyección de la Comunidad Europea y del Consejo de Europa en este crisol de culturas, de ideales y de bellezas, en esta preciosa Ciudad, tan española y universal, fortalecer, sin duda, las magníficas perspectivas que su historia y su presente hacen legítimamente esperar.

Melilla, ha dicho nuestro alcalde D. Gonzalo Hernández Martínez forma parte de la Comunidad Económica Europea y por ello el ciudadano melillense y sus instituciones son conscientes del papel que puede jugar entre los europeos y los africanos. Ese es uno de los retos más auténticamente atractivos de esta Ciudad.

Crisis de valores

El mundo al que pertenecemos está pasando, no sufriendo, una profunda evolución. Aquellos bienes que hace cincuenta o sesenta años parecían relativamente asentados, no tienen hoy el alcance y la significación primitivos. Poco esfuerzo hay que hacer para demostrarlo: las relaciones de la pareja, de los miembros de la familia nuclear, de los

educadores y educados, la idea misma de instrucción y formación, la llamada honestidad, el escándalo público tradicional, las ideas religiosas, el derecho a castigar por parte del Estado, no han podido ser insensibles a estos cambios sociales en cuanto a su respectiva incidencia jurídica porque el Derecho o es precisamente una Ciencia social, dinámica y cambiante, o no es nada.

Por supuesto, no voy a entrar en el examen de la positividad o negatividad de esta transformación. Me limito a constatarla y con enorme respeto para quienes no piensen así, a decir que en mi modesta opinión, toda ella es, en general, favorable a las ideas sustentadoras del Derecho, como son la justicia y el bien común.

Frente a la cifra mágica del año 2000, como ocurrió con otras de análoga significación (1), el mundo se presta a buscar en el horizonte de los días, la clave de la nueva frontera de los tiempos, política, social, económica y jurídicamente, como si se tratara de descubrir lo que hay detrás de ese muro gigantesco enigmático e incierto, sin darse cuenta que sólo un segundo separará, sin solución de continuidad, al siglo que muere y al que nace. No habrá revolución, sino evolución y esta tiene ya signos de identidad inequívocas.

El título de esta charla es una simple concesión a expresiones estereotipadas, pero su contenido quiere ser una reflexión común con este grupo muy cualificado de personas por su preparación y sensibilidad, sobre el futuro inmediato del Derecho Penal.

Por encima de todo hay que conseguir el mayor equilibrio posible entre el desarrollo tecnológico y el progreso humano. Dice Caro Baroja (2) que en todo caso hay datos para suponer que lo que domina es cierto amorfismo moral y que los métodos que se han de aplicar para remediar los excesos a los que conduce la técnica han de ser métodos

(1) Por ejemplo, en la Edad Media que tuvo su origen en el Renacimiento y expresa el tiempo transcurrido desde el siglo V hasta la mitad del siglo XV o sea hasta el año 1453 en que desapareció el Imperio de Oriente con la toma de Constantinopla por los turcos.

(2) Caro Baroja: "Factores negativos en el desenvolvimiento de Vizcaya en el futuro próximo" (1984-2000). Ponencia General de las Jornadas.

Ruiz Vadillo, Enrique: "Vizcaya y su evolución hacia el futuro". Contribución del Derecho al desarrollo social; pág. 269. En "Factores negativos en la evolución de la sociedad vizcaína". I. Jornadas sobre Vizcaya ante el siglo XXI. Vol. II.

no basados en la fe religiosa ni en la conciencia moral general o individual, sino en nociones de tipo legal, ante todo. Lo que sucede, en mi opinión, es que la legalidad, sin más, es también un dato insuficiente para sostener válidamente, con legitimidad trascendente o metajurídica-positiva, una estructura y un entramado social consistente, si no hay detrás una conciencia colectiva que asuma, o al menos acepte y respete, el sistema jurídico imperante.

Ahí está la crisis, crisis de crecimiento, al alcanzar las personas colectivamente su mayoría de edad que muchas veces ha sido negada o aminorada con la censura política, jurídica, social o moral. De sujetos pasivos de una relación, han pasado a ser actores, de súbditos a ciudadanos. Esta es la grande y auténtica revolución.

Sólo falta que un consenso real y efectivo permita construir un sistema basado en la libertad y en la igualdad en el que todos respetemos a todos, en función de unas coordenadas de justicia. Este es el papel trascendente del Derecho y de quienes ejercen los poderes del Estado que es la sociedad organizada: de quienes legislan, de quienes gobiernan y de quienes juzgan.

La persona humana y convivencia

Nuestra Constitución que ofrece una clara naturaleza jusnaturalista y que sitúa en su primer plano de inquietudes a la persona humana y así lo ha destacado de manera insistente el Profesor Hernández Gil fortalece los principios más esenciales del Derecho Penal, entendido como una unidad estructural (sustantivo, procesal, penitenciario y orgánico); así el principio de legalidad, de culpabilidad (el principio de presunción de inocencia es una clara manifestación de ello, si se presume provisoriamente la inocencia es porque en el polo opuesto hay culpabilidad y correspondiente responsabilidad), de protección de la dignidad humana y de proporcionalidad.

Ahí reside el fortalecimiento del Derecho Penal en centrar los problemas en la persona humana en cuanto a quien delinque y a la víctima. No se habla ya de la honestidad sino de la libertad sexual y manifestaciones de aquella como el adulterio, y el amancebamiento consencuencia de un desamor, han dejado de ser delitos, como acaso suceda pronto con el abandono de familia y, dentro de ciertos temperamentos con el escándalo público.

Constitución Española

Hacer efectivos los principios constitucionales es tarea fundamental de los Tribunales, en todos los sectores y en cuanto afecta a esta charla, en el campo penal y con ello enlazamos con ideas ya expuestas o que habrán de ser desarrolladas en esta conversación, y en este sentido hay que citar con los profesores Cobo del Rosal y Vives Antón(3) el principio de legalidad del que Beling trazó una distinción entre “tenor literal” y el “significado esencial del referido principio y dentro de él las exigencias de claridad y taxatividad en la determinación de las conductas prohibidas y de las sancionadas aplicables”.

En mi modesta opinión y como filosofía del principio creo que todavía hay que añadir otra consecuencia: no sólo que los delitos únicamente existen cuando la Ley los ha configurado como iguales (destinatario el juez), sino que todas las conductas o hechos con idéntico o análogo relieve jurídico-penal (por ejemplo la delincuencia de los negocios) deben también tipificarse como infracciones penales (destinatario el legislador).

También el principio “*non bis in idem*”, en toda su extensión, en su vertiente material y procesal y con referencia al Derecho Penal y al Administrativo, es básico y se contiene implícitamente en el artículo 25 de la Constitución Española.

Como lo es de igualdad que tiene una doble proyección a juicio de los autores citados (4): hacia el legislador representa una prohibición de las diferencias de trato injustificadas o discriminatorias, frente al juez no representa la exigencia de que supuestos idénticos sean tratados siempre del mismo modo, sino sólo la de que las diferencias se justifiquen argumentalmente. Sin sacarlo de quicio: Que no se puedan asegurar los menores, en cuanto a la vida o que las mujeres con hijos pequeños tengan un horario “*ad hoc*” no atenta a este principio constitucional. El que desiguala lo desigual, iguala, menos por menos, más.

La presunción de inocencia, consagrada constitucionalmente en el artículo 24.2 de la Constitución representa uno de los pilares del

(3) Cobo del Rosal y Vives Antón: “Derecho Penal. Parte general 2ª” Ed. Tirant lo Blanch. Derecho, pág. 48 y ss. Valencia 1987.

(4) Idem, pág. 59.

ordenamiento jurídico, no sólo del Derecho Penal, sino del Derecho todo. También tiene una doble proyección frente al legislador: imposibilidad de establecer presunciones de culpabilidad o hechos presuntos y en el Derecho Procesal Penal, la prohibición de condenar mientras no se pruebe el hecho determinante del delito (5).

La presunción de inocencia supone que sólo una actividad probatoria de cargo de signo acusatorio, advenida regularmente al proceso y razonablemente suficiente, puede servir para condenar y hacer entrar en juego el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (6).

Finalmente tenemos el principio de proporcionalidad que rige, como dicen Cobos y Vives (7), el establecimiento y aplicación de toda especies de medidas restrictivas de libertad.

Europa y Derecho Penal

Existe una tendencia inequívoca a la uniformidad europea en la configuración del Derecho Penal. Si las respuestas al crimen, como dice Mireille Delmas-Marty, están condicionadas por el tiempo y el espacio porque el mismo crimen se configura en cada sociedad según criterios múltiples y a veces contradictorios, en la medida en que el espacio también se configure bajo unos criterios de armonización; en líneas generales, sólo nos quedará como condicionante particularizable de las estructuras jurídicas, al menos las más comunes, el Derecho Mercantil, parte del Civil, grandes sectores del Penal, menos del Administrativo y Político, mucho también en el procesal en cuanto instrumento de garantía de los derechos fundamentales, las notas específicas de cada Pueblo en la medida en que sean determinantes de aspectos

(5) Lo cual no quiere decir que determinadas situaciones de hecho no conduzcan a la agravación de la pena. Por ejemplo, el art. 546 bis b) del Código Penal. No es correcto constitucionalmente (y así lo ha declarado la Sala 2ª del Tribunal Supremo) afirmar que quien posee un establecimiento abierto al público, si recepta es habitual, si lo es, en cambio afirmar que si el receptor es un comerciante la pena puede sufrir una agravación. Lo inaceptable es presumir, sin más, en contra del inculpado. Aunque parezca un juego de palabras, no lo es.

(6) Vázquez Sotelo, José Luis: "Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal". Gosch Casa Ed. S.A. Barcelona 1984.

(7) Cobo y Vives, Obra citada, pág. 63.

diferenciadores importantes.

En este sentido, es obligado citar la labor extraordinariamente fecunda que está llevando a cabo el Consejo de Europa, a través de sus distintas organizaciones, últimamente bajo la muy acertada dirección del actual Secretario General, nuestro compatriota D. Marcelino Oreja que ha publicado recientemente un libro sobre Europa (“Europa ¿Para que? Respuestas europeas a problemas actuales”) (8). En los muchos años que he tenido la inmensa satisfacción de colaborar en su tarea a través de mi participación en Comités de Expertos, en representación de España (9), puedo decir que los efectos alcanzados me parecen excepcionalmente valiosos precisamente porque surgen de una política serena, equilibrada, técnica también, de los Grupos de Trabajo que sólo persiguen una política de armonización, hasta donde en cada momento es posible, alcanzándose así metas, sin disfunciones ni sobresaltos en el vacío, que irán también dando poco a poco —ya han producido muchos— sus correspondientes frutos.

La Sociedad y el Derecho Penal

Estos planteamientos exigen una colaboración estrecha de muchos colectivos. La tarea de configurar un nuevo Código Penal, en mi modesta opinión, exige, primero un descubrimiento real y efectivo, en función de unas coordenadas sociales muy precisas descubiertas con seriedad, de los valores que la Comunidad estima básicos y después un pronunciamiento, sobre los mismos principios acabados de exponer, en relación con el sistema punitivo y la dosimetría de las sanciones.

No vamos a hacer un catálogo de problemas pero con la finalidad de reflejar más expresivamente lo que pretendo decir, podamos recordar el

(8) Oreja Elosegui, Marcelino: “Europa ¿Para qué? Respuestas europeas a problemas actuales”. Prólogo de Raimond barre 1987.

(9) Ruiz Vadillo, Enrique: “Algunas consideraciones sobre la contribución del Consejo de Europa al desarrollo y perfeccionamiento del Derecho Penal”. Rev. General de Derecho. Valencia, abril-mayo y junio 1985.

Disparidades en el pronunciamiento de las penas (8º Coloquio Criminológico del Consejo de Europa). Recomendación nº R (87) I concerniente a la cooperación interestatal europea en materia penal.

tema de la violación —de mujer, de hombre—, y sus distintas manifestaciones en orden a su punición, de especial gravedad por atentar al valor esencial de la libertad en una de sus principales manifestaciones, la libertad sexual, sobre el que la Sala 2ª del Tribunal Supremo dirigió una Exposición al Gobierno, el delito de desórdenes públicos en que acaso conviniera precisar más para evitar qué expresiones de desacuerdo político o laboral puedan generar una infracción penal, el delito de escándalo público que acaso, dados los términos legales del Código Penal, pueden generar situaciones no queridas por el propio legislador, algunas de las modalidades de los delitos mal llamados contra la honestidad, que en definitiva sólo deben defender la libertad sexual, el tema de determinadas imprudencias que no debieran tener cobijo en el texto penal, por ejemplo aquellas que sólo producen daños materiales y así un largo etcétera. Otro tanto podemos decir de los delitos que han sido calificados de opinión, como las injurias a las más altas Magistraturas de la Nación. Pero hay que advertir algo importante no es el juez quien inventó el delito ni quien asoció la pena correspondiente, sino que fue el legislador, tanto el que creó la figura como el que la mantiene. La contribución a que la vida de las personas en sus relaciones con las demás y con el Estado y demás Entes Públicos y privados sea correcta ha de ser finalidad básica del Derecho. Como ha dicho Jescheck la misión del Derecho Penal es proteger la convivencia humana en la Comunidad. Todo lo que nos desvie de este esencial propósito será, en mi opinión, alejarnos de la esencia misma de esta importante área del Ordenamiento Jurídico.

La propia inseguridad ciudadana debe resolverse sobre un contexto de cooperación eficaz de las gentes, de los ciudadanos con las autoridades. Pensar que el Estado y la Administración lo pueden todo y todas las responsabilidades han de recaer sobre ellos es un error. Si algo debe caracterizar a la auténtica democracia frente a las dictaduras es la presencia activa del pueblo, la realidad de un régimen participativo. Otro tanto debemos decir del fenómeno social, gravemente patológico, de las drogas (10).

(10) Conferencia sobre la prevención de la inseguridad urbana. Barcelona 17-20 noviembre de 1987. La droga y la inseguridad. Consejo de Europa (15.004/09.21).

La culpabilidad

La reforma penal de 25 de junio de 1983, y esperamos que todavía lo será mucho más el próximo Código Penal, ha constituido un evidente mejoramiento del sistema, poniendo el acento, como tiene que ser, en el principio culpabilista a través del párrafo 2 del nuevo artículo 1 que insiste en la exigencia de dolo o culpa que la acción pueda ser penada. Esta declaración, dice Manzanares (11), además de no ser superflua en su alcance general, puede servir para corregir la tradicional exégesis, puramente causal y objetiva, de aquellos delitos cualificados por el resultado que aún subsisten en el Código, como es el caso de los abortos del último párrafo del artículo 411 y del delito contra la salud pública del artículo 348. También a mi juicio en los delitos de lesiones inmodificados tiene proyección el nuevo principio culpabilístico.

Indispensabilidad del Derecho Penal

El Derecho Penal es, desde luego, un instrumento indispensable para la convivencia y todavía es desgraciadamente impensable una sociedad sin penas privativas de libertad, menos aún sin Derecho Penal, pero puesto que esto es así resulta fundamental reducir sus contornos (descriminalizar) y hacer perder protagonismo a las penas privativas de libertad (despenalizar) acudiendo con prioridad al Derecho Privado (Civil y Comercial o Mercantil y Laboral) y al Administrativo, antes que al Penal para resolver los conflictos sociales. De ahí la transferencia que de ciertos comportamientos se postula desde el Derecho Penal al Administrativo, aunque haya de advertir el exquisito cuidado que hay que poner en el traslado para que el cambio de naturaleza de la infracción no suponga jamás reducción de garantías ni gravación de la responsabilidad. El ejemplo alemán en este sentido, a través de la *ordnungswidrigkeiten*, es especialmente ilustrativo. También el ordenamiento italiano (12) se conduce por análogos derroteros y en

(11) Manzanares Samaniego, José Luis en "Comentarios al Código Penal". Comares 1987.

(12) V. Ley italiana de 24 de noviembre de 1981 sobre modificación del sistema penal. Boletín de información del Ministerio de Justicia de España, núm. 1.477 de 25 de diciembre de 1987.

parecido sentido el portugués. El proyecto español de 1980 y la PANCP de 1983 parece que aceptan también esta idea, aunque todavía tímidamente.

La imparcialidad del Derecho Penal

Hace un momento hemos expresado la línea de que el Derecho Penal ha de concebirse como una perfecta y sincrónica unidad porque si en algunas de sus proyecciones falta la vigencia de los principios esenciales, la construcción penal en sentido amplio se habrá venido abajo (13).

De ahí que el proceso penal haya de construirse como instrumento de defensa paralelamente de la sociedad y del justiciable y de que en él haya de imperar la idea de la proscripción de toda indefensión, del derecho a no declararse culpable, a utilizar todos los medios necesarios para la defensa del inculpado, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, el derecho a la impugnación, conforme a las Declaraciones Internacionales y finalmente la necesidad de un proceso inspirado en el principio acusatorio porque se entiende que es el que mejor satisface las exigencias de justicia de nuestra sociedad en el que el juez debe ante todo y sobre todo ser juzgador y sólo juzgador, encomendándose al Ministerio Fiscal la tarea de investigar y, en su caso, de acusar, reservándose al juez la misión de resolver y eventualmente de tomar en el curso del procedimiento determinadas medidas de control jurisdiccional: prisión, entrada y registro en un domicilio, control de correspondencia postal, telegráfica y telefónica, etc.

El juez, en cuanto tal, no puede acusar y, por consiguiente, ni siquiera el actual artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal le habilita a sustituir al fiscal o eventualmente a otra acusación particular, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, en la tarea acusadora que jamás puede asumir un juez sin quiebra del principio acusatorio.

(13) Ruíz Vadillo, Enrique: "Realidades y perspectivas jurídico-penales en la España de 1986". En Libro-Homenaje al profesor Eduardo Correia. Universidad de Coimbra.

La paradoja del Derecho Penal

Cuando el Tribunal Constitucional, a través de una doctrina realmente muy valiosa, ha configurado los perfiles esenciales del Derecho Penal ha diseñado un sistema perfectamente equilibrado en el que se conjugan la necesidad de imponer determinadas sanciones a los infractores de las normas penales con la exigencia de garantizar todos los derechos del justiciable que es propio de un Estado de derecho, democrático y social. Sólo así puede resolverse la gran paradoja del Derecho Penal, que por una parte ofrece la cara agria y hosca de tipos penales y penas y consecuentemente por otro se esfuerza hasta los límites más insospechados en defender al inculpado, en reforzar las garantías y en imponer restricciones extraordinariamente gravosas a la culminación de una sentencia condenatoria. Estableciendo así un sistema que defiende de verdad al ciudadano y a la sociedad aunque a veces, desde una perspectiva aparential dé la impresión de que fomenta de alguna manera la seguridad ciudadana y la tranquilidad de las buenas gentes. Esta es la grandeza del Derecho Penal que sólo se percibe bien cuando alguien cerca de nosotros sufre la incidencia de una investigación criminal y después, si da lugar a ello, un proceso penal como acusado.

Todo cuanto sea alejar la visión kafkiana del proceso es bueno. El gran escritor checo que prestó servicios en la carrera judicial supo como pocos expresar la tragedia del sistema penal si entre todos no lo cargamos de sensatez y de humanidad, por encima de las leyes a las que el hombre puede y debe vivificar. Sus obras descubren el perfecto conocimiento de esa realidad, que él supo elevar a la categoría de esperpento y de caricatura

La duda signo primario del Derecho Penal

Como dice Quintero Olivares (14), la duda hace también constante aparición en el Derecho Penal: sobre qué comportamientos deben recibir graves castigos, sobre dónde reside la legitimidad para decidir lo

(14) Quintero Olivares, Gonzalo: "Derecho Penal. Parte general". Barcelona 1986 Ed. Gráficas Signo pág. 27.

bueno y lo malo, pues al fin la descripción de esos comportamientos encierra el deseo de sentar qué es precisamente lo bueno y qué es lo malo, sobre cómo y cuánto han de castigarse esas conductas, sobre qué beneficio obtiene la sociedad haciéndolo y así podríamos, dice, alargar casi indefinidamente la relación de dudas que se abre.

Efectivamente, por ello creo que es imprescindible una tarea interdisciplinar en busca de un consenso sobre el que los legisladores puedan después reflexionar y decidir. Principalmente sobre el catálogo de delitos y sobre las penas que a cada uno hayan de asociarse, para ello creo que resulta enormemente significativa coleccionar las penas horizontales en función de su naturaleza y extensión comprobando si los ilícitos que las sirven de base tienen análoga significación y entidad. El ejercicio de este trabajo que he realizado en varias ocasiones, me parece, repito, especialmente interesante (15).

Comprendo la dificultad que comporta conseguir un recto equilibrio punitivo, pero creo que debiera hacerse un mayor esfuerzo en este sentido. Se comparaban hace días las penas de un homicidio, a juicio de la acusación, asesinato; con las injurias al Jefe del Estado o la violación con el homicidio o la detención ilegal con la toma de rehenes, y aunque casi todo es relativo, no cabe duda de que pueden y deben obtenerse unos ciertos diseños rectilíneos de configuración punitiva.

La imaginación en el Derecho punitivo

Casi todo está inventado en el campo del Derecho, pero la creación dada no implica caer en el estado carencial del silencio y de la inactividad. Antes al contrario, el dinamismo social propio de todo ente vivo, exige la constante búsqueda de nuevas perspectivas y horizontes. Cargar la imaginación, como tuve oportunidad de recordar en las III Jornadas de Derecho Penal celebradas en Aix-En-Provence en 1982

(15) Ruíz Vadillo, Enrique: "La dosimetría penal en el Código español". Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales. Madrid 1977. Ruíz Vadillo, Enrique: "Algunas observaciones al proyecto de reforma parcial del Código Penal". Ministerio de Justicia. Centro de publicaciones 1982.

(16): para dar satisfacción a las necesidades actuales, tema al que se refirió, con la inteligencia que le caracteriza, el profesor Lavasseur, en el Rapport de Síntesis.

Como dice el profesor Muñoz Conde (17), para regular la convivencia entre las personas, se establecen normas vinculantes que deben ser respetados por esas personas, en tanto son miembros de la comunidad. El sistema elegido para solucionar las frustraciones al sistema de expectativas derivado de una norma o conjunto de normas, es la sanción es decir la declaración de que se ha frustrado una expectativa y la consiguiente reacción frente a esa frustración.

Ahora bien, el tema radica en buscar una solución eficiente y equilibrada a la naturaleza de las sanciones. Son muchos los tipos de sanciones y también a este tema hace referencia el citado profesor. La imposición de una sanción se lleva a cabo primariamente a nivel social. Hay pues una escala de correctivos, desde la infracción a comportamientos sociales no obligatorios jurídicamente (los llamados usos sociales, por ejemplo) que se sancionan socialmente: pérdida del saludo, del prestigio, de la consideración el rechazo, etc. hasta la sanción penal pasando por otras también jurídicas, pero de naturaleza civil, mercantil, laboral o administrativa.

A este tema hace referencia una sentencia de la Sala 2ª del TS (18) en relación con el delito de desacato, refiriéndolo al derecho-deber de los políticos en el ejercicio de su actividad política de dar cuenta a los ciudadanos de la gestión y administración y dirección de la cosa pública que tienen encomendada por tener a su cargo el cuidado de una parte de la Comunidad en un determinado sector. Han de proceder de

(16) Un resumen de mi Ponencia se publicó en la Revista del Poder Judicial, 1ª Epoca, número 5 diciembre de 1982 con el título "Discriminación y Derecho Penal". También se publicó en el Boletín Oficial del Ministerio de Justicia, de Portugal.

Posteriormente he tratado nuevamente del tema de la descriminalización en la misma Revista, 2ª Epoca número 7 bajo el título: "El futuro inmediato del Derecho Penal, las tendencias descriminalizaciones y las fórmulas de sustitución de las penas privativas de libertad de corta duración". Septiembre 1987.

(17) Muñoz Conde, Francisco: "Introducción al Derecho Penal" Bosch Casa Editorial S.A. 1975, pág. 12. Este esquema, dice, coincide con el planteamiento funcionalista de Talcott Parsons: "El sistema actual".

(18) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª de 18 de enero de 1988.

forma correcta, con el respeto debido a quienes critican y a sus propios destinatarios, pero los excesos verbales o escritos, los radicalismos, las descalificaciones, los malos modos, si existen, si la conducta no es tipificable en el Código Penal (pensamos en el artículo 8.1) y en el elemento subjetivo o culpabilístico de las injurias y desacatos (figuras delictivas emparentadas entre sí) han de tener sanción en el ámbito social y político, no en el jurídico-penal.

Otro tanto hay que decir de la lucha política constitutiva, en principio de infracciones sociales que si existen han de tener correcciones sociales. La libertad de expresión representa uno de los pilares más esenciales de una sociedad libre y democrática. El periodismo ha de tener unos cauces muy amplios para desarrollar su importante actividad, indispensable para que un Pueblo pueda vivir informado, plataforma básica también para su actuación como ciudadano.

Criminalización-descriminalización

Un replanteamiento general de los catálogos delictivos es urgente. Descubrir el movimiento criminalización-descriminalización, dice la Profesora Delmas-Marty (19), es admitir inmediatamente la paradoja de una política criminal que define su propio objeto, que lo delimita entre todos los comportamientos de rechazo de las normas, existiendo unos que aceptan con su silencio y otros que designa con la etiqueta de infracción, desviación o infracción-desviación frente a los que ha de responder. Criminalización y descriminalización son, a la vez, objeto y sujeto, movimientos de política criminal y definición de la política criminal: las consecuencias son también las causas. Pero este movimiento tiene que ser dirigido a la obtención de un perfecto equilibrio en las tipologías y las sanciones que hoy falta.

En este sentido, como contrapunto y como objeto de meditación, bueno para estudiar aquellas posturas, como las de Hulsman, que rechazo porque me parecen ahora utópicas, pero que pueden ofrecer campos de visualización del problema, especialmente interesantes, acaso perspectivas de futuro nada desdeñables.

(19) Delmas-Marty, Mireille: "Modelos actuales de Política criminal". Presentación: Marino Barbero Santos. Ministerio de Justicia. Colección "Temas penales" Serie A. nº 4 Madrid 1986.

El mundo penitenciario

El mundo penitenciario es especialmente significativo. Solo una buena organización en este sentido puede alentar la esperanza de la resocialización. Nuestra Ley Orgánica General Penitenciaria creemos que es absolutamente ejemplar y ajustada a las más estrictas exigencias del Consejo de Europa. Basta para comprobarlo con la lectura imparcial y desapasionada de la misma en relación con las Reglas Penitenciarias Europeas adoptadas por el Comité de Ministros el 12 de febrero de 1987 con ocasión de la 404 reunión de Delegados de Ministros.

Ni la venganza, ni el odio ni el rechazo incondicionado conducen a ninguna parte. El profesor Neuman (20), el profesor García Valdés (21) y otros varios penalistas y penitenciarios lo han puesto de relieve muy significativamente.

Lo que no supone, antes del contrario, abandonar a la víctima a la que por exigencia de justicia elemental y por un principio básico de justicia hay que prestar toda la asistencia posible. De ahí la preocupación ejemplar del profesor Beristain (22).

La cárcel no puede ser un hotel de lujo pero tampoco hemos de buscar de ello un lugar en el que la inhumanidad tenga su asiento (23).

Las penas privativas de libertad

A ello ha de unirse la nueva consideración de la pena privativa de libertad. Mi larga experiencia judicial y penitenciaria conducen a una afirmación que con las excepciones oportunas, ofrece un panorama desolador: la pena de cárcel es contraproducente y es difícil o imposi-

(20) Neuman, Elías: "Crónica de muertes silenciadas". Villa Beroto, 14 marzo 1978. Idem: "Enigma para jueces". 1977.

(21) García Valdes, Carlos: "Comentarios a la legislación peninteciaria". Ed. Civitas S.A. 1982.

(22) Beristain Ipiña, Antonio: "Crisis del Derecho represivo". Cuadernos para el Diálogo.

(23) Consejo de Europa: "Les droits de l'homme dans les prison". Estrasburgo 1986. Se examina el tema a nivel nacional e internacional.

ble imaginar, pese al esfuerzo de tantas personas, una regeneración a su través. Por consiguiente hay que pensar que en este momento la prisión debe reservarse sólo para aquellos delitos que inciden gravemente en la convivencia social, por el tiempo indispensable y para los demás casos en los que se crea indispensable la intervención del Derecho Penal, buscar fórmulas alternativas de sanción: interdicciones, suspensión, privación de derechos, trabajo social o comunitario y la multa o pena pecuniaria, en su modalidad de día-multa.

Con una salvedad: que la jerarquía de gravedades ha de medirse en función de unos nuevos parámetros de conformidad con las actuales exigencias sociales, en el sentido por ejemplo de que el delito fiscal o, en general, gran parte de la llamada delincuencia económica o criminalidad de los negocios que aparentemente podría hacer pensar no necesita de la prisión, ofrece en cambio, desde todos los puntos de vista, una extraordinaria gravedad, como han puesto de relieve insistentemente los profesores Barbero, Bajo, Beristain Fernández Albor y otros muchos en España y Delmas-Marty, Pedrazzi, Tiedeman etc. en el extranjero.

Por ello, es decir, porque se teme más que nunca a la cárcel, se discute hoy la constitucionalidad del artículo 91 del Código Penal que permite la sustitución de la pena de multa por el arresto sustitutorio, tema zanjado por el Tribunal Constitucional hace muy pocos días, pero que deja vivo, desde el punto de vista social un problema cuyas dificultades y complejidades a nadie pueden pasar desapercibidas.

Reinserción de delincuente

Hemos de procurar una nueva configuración del Derecho Penal orientado fundamentalmente a la reinserción del delincuente, haciendo compatible esta búsqueda de la resocialización con la indispensable defensa social a partir de sus nuevos y alentadores planteamientos. En este sentido son muchas las ideas que pugnan por alcanzar protagonismo en cuanto significan hitos en esta importante conquista social; las conocidas quiebras a la libertad de determinación de la persona humana: la herencia, el medio ambiente, las estructuras sociales, tantas veces de signo criminógeno; la inutilidad tantas veces de tantas penas que se pierden en el vacío del sufrimiento, del coste social y de la imposible

reparación a la víctima; las responsabilidades de otros muchos factores en el delito que no se exteriorizan pero que todos sabemos han incidido en la infracción penal y que no soportan proporcionalmente el gravamen de la pena. Las injustas estructuras sociales, la tragedia de quienes soportan una vida infrahumana, el paro involuntario, la droga especialmente cuando a ella se llega tras situaciones de desesperación en beneficio de quienes impúnemente, en muchas ocasiones por desgracia, se enriquecen con su tráfico, etc.

El proceso penal

Cuando el proceso penal alcanza en la casación la culminación de su teleología, aunque con importantes restricciones, todas estas ideas se perciben, acaso, con mayor nitidez.

En ella se hacen realidad los principios de igualdad (STC de 29 octubre 1986) en cuanto garantizador de la interpretación de la ley por todos los tribunales del mismo orden, de exigencia de unas determinadas formalidades tendente a una más correcta ordenación del debate procesal, así como asegurar en beneficio del juzgador y de la parte contraria, la mayor claridad y precisión posibles en la comprensión de los motivos de la impugnación (STC 10 julio 86). Por otra parte, la tutela judicial efectiva se satisface siempre que se obtenga de los tribunales una resolución, aunque sea de inadmisión, fundada en derecho (STC 22 oct. 86).

Por otra parte la presunción de inocencia constituye una efectiva garantía del ciudadano frente a la arbitrariedad o precipitación de los jueces y tribunales. Sólo, como ya dijimos, una actividad probatoria de cargo, razonablemente suficiente advenida al proceso de forma legítima, conforme a las normas constitucionales y procesales puede destruir la presunción provisoria, "*iuris tantum*" de inocencia.

Todo ello es de aplicación general a todos los derechos sancionadores. A nuestro juicio es indispensable una amplia reforma procesal penal inspirada en estos principios:

1) Perfecta integración en el proceso penal de los principios de defensa, de oralidad, de contradicción, impugnabilidad y acusatorio. Y aplicación directa e inmediata del principio de presunción de inocencia.

2) Separación de la investigación (a cargo del fiscal) y de la decisión que corresponde a los jueces que han de ejercer un cierto control sobre la primera fase en defensa de los derechos fundamentales de la persona.

3) Hacer del juicio oral la esencia misma del proceso penal.

4) Establecer con carácter general y sin excepciones, la doble instancia (24).

La misión del juez penal

No trato de plantear el tema de las parcelas que corresponden a cada uno de los poderes del Estado, cuya literalidad corresponde constitucionalmente al Pueblo, que tiene una extraordinaria dimensión e importancia, pero sí me gustaría hacer una breve reflexión, que ya he expuesto en varias ocasiones, sobre el cometido de los jueces.

Los jueces no hacen las leyes, las aplican, y han de hacerlo con los instrumentos que las propias normas facilitan a los juzgadores en su tarea de interpretarlas y aplicarlas.

Las resoluciones judiciales, en mi modesta opinión, no deben tener color político. La tonalidad política, necesaria, la tienen las leyes que se aplican, no las sentencias. Si la resolución de un tribunal se tacha de conservadora y “progre”, según un criterio muy actual y creo que muy equivocado en muchas ocasiones, me parece que hacía bien el crítico en buscar la norma aplicada, su recto sentido y alcance, los hechos que sirven de presupuesto, y si honestamente piensa, respetando su contenido, que no se hizo una correcta interpretación de la norma,

(24) S. Tribunal Constitucional de 17 de julio 1986 y sentencias del Tribunal Supremo, Sala 2ª de 1987 y 1988.

Ruíz Vadillo, Enrique: “Algunas breves consideraciones sobre el sistema acusatorio y la interdicción constitucional de toda indefensión en el proceso penal”. Rev. “La Ley” 23 de octubre 1987.

Gimeno Sendra, Vicente y otros: “Derecho Procesal” Tomo II (Vol. I) El proceso penal 1. Tirant lo Blanch. 1987.

Ruíz Vadillo, Enrique: “La reforma del recurso de casación penal” en I. Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León” dentro del tema de la “crisis de la Justicia y reforma del proceso penal”, bajo la coordinación del Profesor Pedraz Penalva. Burgos Enero 1988.

es lógica la crítica. Pero en otro caso la denuncia ha de hacerse no al juez, sino al legislador, que pudo arbitrar otra solución y no lo hizo.

A veces se dice, y se dice mal, a mi juicio, que las leyes son viejas, obsoletas, anticuadas, etc. Pero se olvida que una ley está vigente no por la voluntad del legislador que le dió vida, sino del actual que la mantiene. Por consiguiente si el estupro, los desórdenes públicos, determinados abusos a la libertad sexual de las personas, concretos delitos de injurias y desacatos, el escándalo público, etc. no respondieran a las exigencias legítimas de la comunidad (no siempre el que más voces da, ni quien tiene a su mano más eficaces medios de transmisión de su queja, es el que tiene más razón), lo que hay que hacer es gestionar del Poder Legislativo, que es el Poder del Estado por excelencia y del que más cerca están los ciudadanos, que cambie las leyes, en este caso penales, y no hacer gravitar sobre los jueces la responsabilidad inmensa de no aplicar lo que supondría la quiebra total del principio de legalidad y del sistema todo, con gravísima destrucción de los pilares básicos del Estado de Derecho. Dar seguridad es uno de los fines esenciales del Derecho de ahí al principio de estabilidad o seguridad jurídica. (VSSTC de 22 de abril y 10 de julio 1987).

Jurado

El Jurado en su forma pura o mixta de Escabinato representa al pueblo mismo hecho juez. Si la futura ley acierta a una ordenación armónica y los ciudadanos se conciencian de su responsabilidad, su implantación puede y debe ser un paso importante en el correlato justicia-pueblo.

Si el Pueblo aplaude genéricamente su establecimiento pero no está dispuesto a participar con plenitud de derechos y de obligaciones en la condición de juez, el sistema fracasará.

Acaso una de las muchas y diferentes efectos positivos del Jurado, no sea el menos importante el del mayor conocimiento que de la administración de justicia tengan los ciudadanos y, por consiguiente, de las muchas y muy diversas complejidades que su recta aplicación supone.

Los jueces tenemos una obligación básica: administrar justicia bajo los parámetros de la Constitución y del resto del Ordenamiento Jurídico.

dico, entre ellos, por mandato de nuestra Ley Fundamental, el de su realización en el orden penal, y en los supuestos que marquen las leyes, a través del Jurado. Y en ello todos los jueces pondremos, cuando la norma se promulgue, el máximo empeño.

Pero que nadie piense, ni se haga ilusiones —que se transformarían después en desilusiones— que el Jurado va a resolver los muchos y graves problemas de la Justicia, que son básicamente de crecimiento y que carecen en general, de cualquier connotación patológica.

Consideraciones finales

Todas estas ideas son esenciales si queremos concluir en paz y con satisfacción para la mayor parte de los ciudadanos un proceso marcado por nuestra Constitución, de conformación de un Estado de Derecho, sin límites en el tiempo porque cuando la Ley Fundamental arraiga en la conciencia de los pueblos, ella misma es capaz de dar solución a los problemas que la dinámica social plantea.

Actualmente en el Ministerio de Justicia, un Grupo de Trabajo, del que tengo la satisfacción de formar parte, prepara una serie de reformas que tengo fundada esperanza de que cristalicen en realidades legislativas y coadyuven positivamente a este desarrollo político y social de España.

Como veréis, estas breves ideas no han sido otra cosa que un intento de reflexión comunitaria sobre una serie de problemas vigentes. No interesa tanto el cómo de la solución, que en este caso tiene una referencia muy subjetiva y acaso equivocada, como la exposición sometida siempre al mejor y superior criterio de todos uds; queridos amigos que tan amablemente han tenido la atención de escucharme. Con un cierto sentido de síntesis tendría que dejar constancia de estas conclusiones que someto al mejor juicio de todos uds.

1º Que el tema definitivamente importante de cuales hayan de ser los hechos subsumibles en el Código Penal ha de resolverse buscando el mayor consenso social para que en la práctica su efectiva realización reciba una muy amplia aceptación. Siempre sobre la base de construir el delito bajo el presupuesto de la culpabilidad.

2º No menos trascendente es el problema de las penas a imponer. En mi opinión procede evitar en lo posible las penas privativas de libertad

que han de quedar reducidas al mínimo del mínimo, asociándose sólo aquellos comportamientos especialmente graves y trascendentes. Para las demás, aún mereciendo el calificativo de infracciones penales, deben establecerse sistemas punitivos alternativos, con un amplio sentido de imaginación creadora y mayor protagonismo de la multa en su versión de multa.

3º La ejecución de las penas privativas de libertad, bajo la dirección de los jueces de Vigilancia Penitenciaria debe propiciar de verdad la reinserción, entendida como la aceptación voluntaria del sistema en cuanto a su respeto, no en orden a su adhesión, propiciándose el tercer grado o régimen abierto.

4º Hay que conseguir que el Pueblo, la comunidad, las gentes asuman el Ordenamiento Jurídico como algo propio, suyo, como lo es, creado en su provecho y utilidad.

Mi profundo agradecimiento al centro de la UNED en Melilla y a su Ilustre director D. Ramón Gavilán Aragón por su invitación y su extraordinaria amabilidad, y al querido vicedecano del Colegio de Abogados de esta Ciudad y jefe del Departamento de Derecho Penal del citado centro Universitario. D. Blas Jesús Imbroda Ortíz. Y un recuerdo y afecto con admiración a mi querido compañero D. Juan Antonio del Riego Fernández, presidente de la Sala 6ª del Tribunal Supremo y a su hijo. D. José María, ilustre juez, que me transmitieron el anticipo de esta invitación para mí tan grata y que tanto he agradecido por el honor que para mí ha representado.

Con esto termino, y si me permiten una última reflexión: La vida misma, dicen algunos excépticos, es la permanente consagración de la injusticia. Aquellos se quejan con amargura de que el mundo no avanza, mientras estos lamentan la prisa con la que se mueve.

Al mismo tiempo existen unas normas legales que no nos satisfacen y otras que sentimos e intuimos como más justas y equilibradas que están por venir. Cuando el ideal de justicia se perfeccione, y somos todos los llamados a esta tarea, y el nivel de la legalidad y de la idealidad se aproximen, el mundo será, sin darnos cuenta mejor.

Muchas gracias al Excmo. Ayuntamiento de Melilla, a la Universidad y a uds. queridos amigos, sras y sres, por su amabilidad.

El delito de impago de prestaciones por separación, divorcio o nulidad de matrimonio

Blas Jesús Imbroda Ortiz
Profesor-Tutor de Derecho Penal
Abogado

Nos encontramos ante una de las novedades que incorpora la reforma promovida por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal.

Controvertido y criticado desde su incorporación al Código Penal, voy a efectuar un estudio de las líneas generales en que se configura este delito.

El artículo 487 bis del Código Penal dispone: “El que dejare de pagar durante tres meses consecutivos o seis meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio o declaración de nulidad del matrimonio, será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 ptas.”.

I. Antecedentes y cuestiones previas

No se encuentran antecedentes en los distintos Códigos Penales españoles sobre la existencia de este delito o uno afín.

En el Código Penal de 1944 se regula el artículo 487 del abandono de familia y en su penúltimo párrafo castigaba cuando el cónyuge culpable del abandono “dejare de prestar la asistencia indispensable para el sustento, a sus descendientes menores o incapaces para el trabajo, o a sus ascendientes o cónyuge que se hallaren necesitados, a no ser respecto al último que estuvieren separados por culpa (por causa

imputable, en la actual redacción) del referido cónyuge, será castigado con la pena de arresto mayor en su grado máximo y multa de 5.000 a 10.000 ptas. (actualmente de 100.000 a 1.000.000 ptas.) Precepto que sustancialmente perdura en la actualidad. No obstante, el nuevo artículo 487 bis ha pretendido incriminar hechos más allá de lo tipificado en el delito de abandono de familia y en otros tipos que como veremos más adelante podrían estar encuadradas las conductas del también llamado delito de impago de prestaciones económicas.

Como precedente de este nuevo precepto, en nuestra legislación se encuentra el artículo 34 de la Ley de Divorcio de 12 de Mayo de 1932 que establecía:

“el cónyuge divorciado que viniendo obligado a prestar pensión alimenticia al otro cónyuge o a los descendientes, en virtud de convenio judicialmente aprobado o de resolución judicial, y que culpablemente dejara de pagarla durante tres meses consecutivos, incurrirá en la pena de prisión de tres meses a un año o multa de 500 a 10.000 ptas. La reincidencia se castigará en todo caso con pena de prisión”.

La Ley de 7 de Julio de 1981 que reforma el Código Civil, permite el divorcio por primera vez en nuestro país (excepción de la corta experiencia de la Ley de Divorcio de la Segunda República), estableciendo las causas de separación, divorcio y nulidad del matrimonio, ello con las consecuentes medidas y efectos para estas situaciones en las que se van a encontrar cónyuges y en su caso hijos.

Los nuevos artículos del Código Civil, establecen la pensión compensatoria y la pensión alimenticia, a las que más adelante nos referiremos.

La experiencia en estos años de aplicación de la nueva normativa en materia matrimonial, ha generado los lógicos problemas que la práctica jurídica conlleva.

Uno de ellos, y que por afectar al sustento y mantenimiento de las personas, ha levantado más polémica, es el referente al incumplimiento de sus obligaciones económicas por el cónyuge separado o divorciado.

Nos encontramos diariamente ante los órganos judiciales solicitudes de ejecuciones de sentencias de separación y divorcio, donde se pide que se exija, embargo o se utilicen medios, para que por el cónyuge obligado al pago de pensión compensatoria o alimenticia cumpla dicha prestación. Cónyuges que persiguen situaciones de insolvencia, o apa-

rentan la misma, con la única finalidad de eludir dicha obligación. Son muchos los supuestos que la práctica diaria nos ofrece.

Ya la Circular 3/1986 de la Fiscalía General del Estado llamaba la atención ante el problema de la frecuencia en el incumplimiento de la obligación de alimentos, establecida por la autoridad judicial en los procesos matrimoniales, a favor de los hijos menores o incapacitados.

Ahora bien, ¿era preciso incriminar la conducta del artículo 487 bis? o por el contrario, corresponde su regulación a otros órdenes del Derecho, y en todo caso, el Código Penal era suficiente sin necesidad de la creación de este tipo penal.

Cierto es que el legislador ha pretendido satisfacer reiteradas demandas de algunos sectores sociales, preocupados por la situación que provoca el incumplimiento de las prestaciones por el cónyuge obligado a ello.

II. Bien jurídico protegido

Aparece encuadrado como un nuevo tipo de abandono de familia y en consecuencia como un delito contra la seguridad, que persigue el cumplimiento de determinados deberes. El sustraerse de esos deberes la ley lo considera como una falta de seguridad para el tercero siendo éste el bien jurídico protegido.

Se ha mantenido que el bien jurídico protegido es doble pues no sólo se van a proteger los derechos asistenciales derivados de la familia “sino también el orden público en la faceta recogida por el artículo 118 de la Constitución Española = es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los jueces y Tribunales” (En este sentido Liro García Pérez en Notas sobre la reforma del abandono de familia y de niños en la L.O. 3/1989, de 21 de junio).

Esta interpretación sobre el bien jurídico protegido, si bien es correcta desde el punto de vista de los fines del nuevo artículo, es consecuencia de la duplicidad reguladora que va a generar este nuevo precepto, pues incrimina conductas ya contempladas en el delito de desobediencia del artículo 237 del Código Penal, que el bien jurídico que protege es el orden público, en cuanto incumplimiento de decisiones de los jueces y tribunales.

III. Acción

La conducta castigada en el artículo 487 bis es puramente de omisión. Se trata de dejar de cumplir las prestaciones económicas a que hace referencia durante tres meses consecutivos o seis meses no consecutivos.

Se ha de impagar prestaciones económicas establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación, divorcio o declaración de nulidad.

Como característica de las leyes en blanco los elementos objetivos del delito han de extraerse de otros órdenes normativos. Así tendremos que incorporar del ordenamiento jurídico-civil los conceptos que puede contemplar este precepto.

Es necesario que la prestación económica esté establecida en convenio judicial o resolución judicial, con lo cual excluye los convenios o acuerdos escritos que pactan los cónyuges para regular una separación matrimonial de hecho, sin presentarlos ante la autoridad judicial. Exige el artículo que la separación conyugal, se adopte judicialmente, tanto en los procedimientos de separación de consuno, como si es sin mutuo acuerdo.

Al hablar de resolución judicial, extiende el precepto la persecución del incumplimiento, tanto si se ha puesto fin al procedimiento judicial de separación y/o divorcio como si el deber de prestación económica se ha establecido por Auto adoptando medidas previas provisionálsimas de separación, o adoptando medidas provisionales coetáneas.

Entiendo desafortunado el término “cualquier tipo de prestación económica” por la amplitud e imprecisión que genera. Incluye el delito el incumplimiento de la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil, en favor del cónyuge que le produce desequilibrio económico en relación con la posición del otro, la separación o divorcio; la indemnización recogida para los supuestos de nulidad en el artículo 98; la pensión alimenticia en favor de los hijos del artículo 93; así como las medidas previas o coetáneas del artículo 103 y 104 del mismo cuerpo legal.

Como se ha dicho anteriormente, alcanza las obligaciones tanto si han sido adoptadas judicialmente, como si han sido pactadas en convenio regulador por ambos cónyuges, recogiendo lo establecido en el

artículo 90 del Código Civil, si bien exige el delito, que el convenio haya sido aprobado judicialmente, con lo que no bastaría con la ratificación ante la presencia judicial del convenio, sino que ha de sustanciarse todo el procedimiento judicial hasta que recaiga la resolución judicial que apruebe el mismo.

El incumplimiento de parte de las obligaciones económicas son subsumibles en el artículo 487 bis. Así cumplir con la pensión compensatoria para el otro cónyuge y no hacerla con la alimenticia para con los hijos, o viceversa, sería constitutivo del delito. No se incluye en este delito las pensiones de alimentos para hijos de padres no casados.

Una de las críticas que ha recibido este delito es que se presta a una interpretación exclusivamente formal, en cuyo caso permite la penalización de simples incumplimientos de obligaciones civiles, sin importar ni valorar cuál sea la situación económica del otro cónyuge o hijos. Será la práctica judicial la que deberá ir contemplando la posible incidencia de estas circunstancias, si bien el precepto no las contempla.

En cuanto al tiempo, se hace preciso que se computen los plazos de tres meses consecutivos o seis meses no consecutivos sin hacerse efectivo el pago de la prestación.

El impago durante un tiempo menor a dichos plazos, si bien no sería constitutivo del delito que estamos estudiando, sí sería delito de desobediencia del artículo 237, con lo que la pena por la conducta sería igual (arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 ptas.).

Como han puesto de manifiesto Muñoz Conde y otros, esta conclusión resulta insatisfactoria en la medida en que se equipara la pena de dos conductas de distinta entidad.

Por ello han propuesto una revisión de la interpretación del delito de desobediencia a estos efectos, a partir de su comparación sistemática con el nuevo delito de impago de pensiones, concluyéndose que su impago por tiempo inferior al señalado en el artículo 487 bis debe ser constitutivo de la falta de desobediencia leve a la autoridad del artículo 570,1.

No se excluye el delito, ni aún en el supuesto de que el cónyuge que tenga derecho a percibir la prestación, sea el cónyuge culpable de la separación, extremo que si se contempla para el delito de abandono de familia del artículo 487.

IV. El problema de las cuestiones prejudiciales

Considero que en el enjuiciamiento de conductas por este delito, se podría suscitar en algún caso, cuestión prejudicial civil al amparo de lo establecido en los artículos 3 a 7 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ello porque se está castigando por el impago de un cónyuge de una prestación económica y tendrá que quedar perfectamente acreditado, qué tipo de prestación se incumple y si la obligación permanece vigente. En este sentido, que el cónyuge pierda el derecho a percibir la pensión por alguna de las causas establecidas en el artículo 101 del Código Civil, como pueda ser por el cese de la causa que la motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona, motivará que el cónyuge obligado a pagar plantee demanda de modificación de medidas según lo establecido en el artículo 90 "*in fine*". Entiendo que la comisión o no del delito en el caso de que el cónyuge hubiere dejado de abonar la pensión podría quedar supeditada a la cuestión prejudicial civil que nos dirá si el derecho a percibir pensión se había extinguido.

Antijuridicidad

Especial interés en este punto ofrece la posibilidad de la concurrencia de la circunstancia eximente del estado de necesidad (art. 8,7). Estamos ante el supuesto de impago de la pensión, pues el carecer de medios suficientes y para evitar el mal propio, lesiona bienes jurídicos de otras personas o infringe un deber.

Es admitida esta circunstancia por autores, si bien podría suscitar la duda de si el padre no está obligado a sacrificarse en favor de su hijo. En aplicación del citado artículo, no surge la obligación de sacrificarse toda vez que no quedaría encuadrada en el concepto de "oficio o cargo", contemplado en el mismo.

Sin embargo, téngase como mera reflexión, el hecho de que la pensión alimenticia a favor de hijos, en la mayor parte menores y sin posibilidad de subsistencia por medios propios, lleva implícita una obligación jurídica de protección asumida por los padres y que genera un cierto deber de sacrificio. Ello sin entrar en valoraciones éticas y morales.

La propia Ley de Enjuiciamiento Civil excluye la inembargabilidad

del salario mínimo interprofesional cuando el objeto sea el pago de alimentos debidos al cónyuge o a los hijos (art. 1449 último párrafo).

En cuanto a la ausencia de antijuridicidad por el consentimiento del sujeto pasivo, el consentimiento del cónyuge es irrelevante en la renuncia que hiciera del derecho a la pensión alimenticia a favor del hijo que estuviera bajo su custodia, habida cuenta que se trata de un derecho irrenunciable.

Culpabilidad

El dolo exige el conocimiento de la resolución judicial y del incumplimiento, más la voluntad de quebrantar el deber establecido.

Como ha afirmado García Arán, técnicamente es posible la comisión culposa, por ejemplo, en actuaciones descuidadas o negligentes, aunque la notificación de las resoluciones al interesado hace difícil imaginar los supuestos de error de tipo vencible.

También es posible la comisión culposa, si a consecuencia de un error no exculpable, el sujeto activo se cree liberado de las obligaciones de pago de las prestaciones económicas.

Grados de ejecución

Por lo que respecta a la consumación el problema que plantea es si es necesario el incumplimiento total de las prestaciones.

En primer lugar y a tenor del tipo descrito, considero que no es necesario el incumplimiento total para la consumación del delito. El propio precepto contempla dejar de pagar cualquier tipo de prestación económica.

Y en segundo lugar, las prestaciones distintas a las que pueda estar obligado el cónyuge (alimenticia y compensatoria), protegiendo tanto al cónyuge como al hijo, implica que el incumplimiento de una de ellas, aún cuando se cumpla la otra, conlleve la consumación.

Por último, estimo difícilmente concebibles las formas imperfectas de ejecución.

Grados de participación

No cabe la coautoría al tratarse de obligaciones que incumben estrictamente al sujeto activo.

Sí es posible la inducción.

Concurso de Leyes

Se plantea un concurso de leyes entre los distintos tipos de abandono de familia y el delito objeto de este trabajo. Dicho concurso por razones de especialidad se resolverá en favor del delito de impago de prestaciones.

Pena

Se castiga con la pena de arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas.

Llama la atención que en el delito de abandono de familia del artículo 487,2, dejar de prestar la asistencia indispensable para el sustento a sus descendientes..., se castiga con la pena de arresto mayor en su grado máximo y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas. Por esta razón, Zugaldía señala que se ha convertido este delito en un tipo atenuado de abandono de familia.

No contempla la posibilidad que el Tribunal pueda tomar medidas, acordando la privación del derecho de patria potestad o de tutela que tuviere el reo.

Delito Público

Se trata de un delito perseguible de oficio. El sujeto pasivo no tendrá disponibilidad sobre la acción penal.

Asimismo, no cabe el perdón de la parte ofendida.

Es un punto controvertido y criticado de este delito. Sorprende que el delito de abandono de familia sea perseguible a instancia de parte y que el perdón extinga la responsabilidad, (último párrafo del artículo 487), y sin embargo no se prevea para este delito.

Conclusiones

Se han esbozado algunas de las líneas de este nuevo delito.

La principal crítica que ha recibido es que resucita la denominada “prisión por deudas”, contraria de una parte al art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (19 de diciembre de 1966), y contrario a la Constitución Española, artículo 25,3.

Se mantiene, que es contrario al principio de intervención mínima. Que el Código Penal ya tenía soluciones para afrontar el incumplimiento de las resoluciones judiciales y subsiguiente impago de prestaciones. En este sentido, el segundo párrafo del artículo 487 hubiera podido cumplir la finalidad que persigue el nuevo delito. El delito de desobediencia del artículo 237, podría ser suficiente para la persecución de esta figura delictiva, o en todo caso, como afirma Bajo Fernández, si resultara ineficaz con carácter general, hubiera sido el momento oportuno para su modificación en orden a concederle mayor eficacia. También podrían haber conseguido la finalidad de este delito, como indica el citado autor, los delitos de estafa y alzamiento de bienes, convenientemente aplicados.

Otra crítica recibida es la que mantiene la dudosa constitucionalidad del precepto, ya que deja sin protección este tipo, a los hijos extramatrimoniales, violando el principio de igualdad ante la ley. (art. 14 de la Constitución).

También se ha afirmado, sirviendo de pauta el delito de abandono de familia, que de una parte, mientras en éste no comete delito con respecto al cónyuge culpable de la separación, en el artículo 487 bis, no se contempla. Y de otra parte, mientras en el delito de abandono de familia es necesario que no se preste la asistencia indispensable para el sustento, en el 487 bis, no importa cuál sea la situación económica de los hijos.

Cierto es en conclusión, que como afirma Quintano la sanción de lo penal ha de limitarse y se limita, en efecto a las situaciones más extremas de ilicitud. Ante estas conductas con típica naturaleza de ilicitud civil criminalizada, entiendo que el Código Penal posee ya tipos que quizás hubieran hecho innecesaria la incorporación de este delito. Las soluciones ante el posible incumplimiento, podían venir a su vez de

una potenciación de las garantías previstas en el artículo 90 "*in fine*" del Código Civil.

No obstante, la práctica requiere una gran protección a quienes en las crisis matrimoniales padecen las consecuencias de la insolidaridad del obligado, como el propio preámbulo de la Ley ha puesto de manifiesto.

