

La caución penal

JOSE LUIS MANZANARES SAMANIEGO

Doctor en Derecho. Magistrado

SUMARIO: I. Definiciones y terminología.—II. Génesis y desarrollo de la caución penal. 1. El derecho británico. A) La recognizance de los sospechosos en el Estatuto de Eduardo VII, B) La recognizance preventiva sin necesidad de infracción penal anterior. C) La recognizance preventiva sumada a la pena o en sustitución de ésta. D) La recognizance como pena condicional. E) La recognizance procesal. 2. El Derecho germano continental. 3. El Derecho italiano.—III. Naturaleza jurídica. 1. El dilema pena-medida de seguridad. 2. La caución y la remisión condicional. 3. La caución y la sumisión a vigilancia de la autoridad. 4. Resumen sobre la naturaleza material de la caución. 5. El criterio formal en el Derecho comparado.—IV. Clasificación.—V. La caución del vigente Código penal italiano.—VI. La caución del vigente Código penal suizo.—VII. La nueva caución en los países socialistas. 1. Unión Soviética, Checoslovaquia, Bulgaria y Polonia. 2. República Democrática Alemana.—VIII. Consideración especial de la caución española. 1. Antecedentes hasta el siglo XIX. 2. El movimiento codificador. A) El Código de 1822. B) El Código de 1928. C) Los Códigos de 1848-50, 1870, 1932 y 1944. 3. Problemática de la caución en el vigente Código penal. A) Naturaleza. B) Ambito de aplicación. C) El fiador abonado. a) Concepto. b) El fiador colectivo. c) Modo de constitución. d) Muerte, enajenación y cambio de fiador. D) Determinación de la responsabilidad económica del fiador. E) Duración de la caución. F) El inicio del cómputo. G) Posible ejecución simultánea con otras penas. H) Las reglas generales para la aplicación de las penas. a) El problema de la divisibilidad. b) Posición que se mantiene sobre la divisibilidad jurídica de la caución. c) La escala 3 del artículo 73 del Código penal. I) La ejecución del mal. J) El abono de la prisión preventiva. K) El destierro sustitutorio. L) Breve resumen crítico.

1. DEFINICIONES Y TERMINOLOGIA

La caución dista mucho de ser una institución uniforme, lo que repercute en las dificultades con que tropieza cualquier intento de de-

finición. El jurista se ve en la alternativa de elegir entre una definición amplísima y, como tal, poco menos que inservible, u otra muy prolija, que trate de abarcar sus variadas posibilidades de contenido e incluso naturaleza.

En principio, la caución se identifica con toda medida encaminada a asegurar o garantizar el cumplimiento de una obligación (1). Una definición en esta línea resulta válida para cualquier rama del Derecho, pública o privada, sustantiva o adjetiva.

Nosotros limitamos el presente estudio a la caución dentro del Derecho penal, y más concretamente en el Derecho penal sustantivo, como sanción (pena o medida) directamente orientada a la lucha contra la criminalidad. Pese a ello, el problema de la definición subsiste. Los autores, aun cuando se refieran a un mismo ordenamiento positivo, o a normativas muy similares, discrepan entre sí, utilizando formulaciones incompletas, en las que se destaca un elemento u otro, o se incurre en evidente vaguedad.

En el aludido panorama, y concretándonos a España, pueden citarse las definiciones de Quintano Ripollés, Silvela y Cuello Calón. Para Quintano la caución es «el compromiso tendente a asegurar la inejecución posterior de algo que se previene» (2). Destaca, pues, este jurista lo que de compromiso, promesa u obligación tiene la institución examinada, pero silencia cuanto a las garantías se refiere. Silvela, por el contrario, carga el acento en este segundo punto, escribiendo que la caución de conducta «no es más que la fianza que se presta de que no se cometerá el delito con que se amenazó» (3). Como muestra de definición integradora vale la de Cuello, para quien caución es «el compromiso contraído por el delincuente de que en el porvenir tendrá buena conducta y ha de abstenerse de determinados hechos», pero añade que «el compromiso ha de ir acompañado de la prestación de una fianza pecuniaria o personal que responda de la futura conducta del delincuente» (4, 5).

En realidad—como se verá con mayor detenimiento al estudiar la historia de la caución y su naturaleza, así como las distintas regulaciones del Derecho comparado—el compromiso, incluso cuando su incumplimiento desemboca en un perjuicio económico, no tiene que ser garantizado necesariamente. De otro lado, el afianzamiento no siempre va precedido de promesa formal, aunque, en definitiva,

(1) DÍAZ-PALOS: *Caución. Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, T. III, 1951, pág. 778.

(2) QUINTANO RIPOLLÉS: *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1966, pág. 336.

(3) SILVELA: *El Derecho penal, estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, T. I, Madrid, 1874, pág. 324.

(4) CUELLO CALÓN: *Penología*, Madrid, 1926, pág. 219.

(5) El propio CUELLO CALÓN, en su obra *Derecho penal*, Parte General, 10.^a edición, pág. 767, da ya una definición más completa, según la cual “la caución consiste en el compromiso contraído por el delincuente de observar buena conducta en el porvenir, del que responde mediante la prestación de una fianza pecuniaria”.

al dejarse a la iniciativa del sancionado la prestación de garantías, y en atención al propio espíritu de la institución, quepa sostener la existencia del compromiso. No se amenaza sólo con las posibles consecuencias que se garantizan, sino que se actúa en dos partes, primero imponiendo una obligación y luego, aceptada ésta, asegurándola convenientemente.

Nótese que el compromiso contraído encierra por lo general un contenido negativo. Unas veces se trata de evitar la comisión de determinado delito. Otras, sólo se aspira a lograr que el sancionado observe buena conducta, pero aun así prevalecen los rasgos negativos, por cuanto la buena conducta se interpreta como ausencia de mal comportamiento o como abstención de realizar actos ilícitos, o simplemente peligrosos en relación con la persona y circunstancias del reo, sean o no punibles.

Resumiendo nuestra postura, definiríamos la caución como compromiso, expreso o tácito, de buen comportamiento, entendido por lo general como inejecución de infracciones penales, garantizado o no por el propio delincuente o un tercero, con conminación o sin ella, para uno u otro, de sufrir determinado quebranto económico si el sancionado faltare a su obligación, y contraído en cumplimiento de resolución judicial de fondo, enmarcada en la lucha contra la criminalidad.

Los ordenamientos positivos acostumbra a prescindir de toda definición, ocupándose sólo del contenido y efectos de la caución.

Por lo que hace a la denominación, el muestrario ofrece gran variedad. El Código chileno de 1874 (art. 23) y el hondureño de 1906 (artículos 24 y 46) se inclinan por la palabra «caución», sin más aditamentos. El Código mejicano de 1871 (art. 166), así como el de 1931 (arts. 24 y 44) (6), el paraguayo de 1914 (art. 86) y el uruguayo de 1933 (arts. 100 y 101) se refieren a la «caución de no ofender». El Código venezolano de 1926 contiene la pena de «caución de no ofender o dañar». En el Código boliviano de 1834 se emplea la expresión «obligación de dar fianza de buena conducta» (art. 28), mientras que el Código colombiano de 1936 (arts. 42 y 55) presenta, más brevemente, una «caución de buena conducta» y el peruano de 1924 (art. 38) una «caución de buena conducta» y otra «de no delinquir». El Código de Defensa Social cubano de 1936 (arts. 51 y 52) prevé la «caución de probidad» como sanción aplicable igualmente a las personas naturales y a las jurídicas.

En nuestra Patria, el Código de 1822 (arts. 28 y 79) parece haber sido inspirador de la terminología del Código boliviano de 1834. También en aquél aparece la pena denominada «obligación de dar fianza de buena conducta». Posteriormente, los Códigos de 1848-50 (artículos 24 y 43), 1870 (arts. 26 y 44), 1932 (arts. 27 y 43) y 1944 (arts. 27 y 44) se conforman con la voz «caución», que se mantiene en el texto revisado de 1963. La única excepción en esa

(6) Texto según D. de 31 de diciembre de 1943.

constante viene representada por el Código penal de 1928 (art. 90), en el que se acoge «la caución de conducta».

Fuera del ámbito de habla española, el Código italiano de 1930 (artículos 237 a 239), como su antecesor (art. 27) o el Proyecto Ferri de 1921 (arts. 65 y 66), se pronuncia por la «caución de buena conducta» («cauzione di buona condotta»). En Suiza han echado raíces las denominaciones de «Friedensbürgschaft» y «cautionnement preventif», como sinónimas en alemán y francés, respectivamente (artículo 57). Sin embargo, la traducción literal de ambos términos al castellano no sería idéntica: «garantía de la paz», por un lado, y «caución preventiva», por otro. El Código penal de la República Democrática Alemana de 1968 utiliza el vocablo «Bürgschaft», en la línea del Código suizo, pero omitiendo la referencia a la paz (art. 31).

En el Código napolitano, del que parece que la caución pasa a nuestro Código de 1848, aquélla recibe el nombre de «pena de garantía» (art. 31).

En el Derecho inglés se emplea la expresión «recognizance» o «reconocimiento», al igual que en los Estados Unidos, y, particularmente, en el Código de procedimiento penal de Nueva York (artículos 84 y siguientes). Adelantemos que la «recognizance» constituye en verdad el nacimiento de una obligación, con independencia de que sea o no acompañada por alguna garantía.

Por nuestra parte creemos que el nombre de «caución» debe emplearse para denominar a la sanción en su totalidad, mientras que los vocablos «fianza» o «garantía» han de reservarse para el aseguramiento del compromiso contraído. Aquel término y éstos se encuentran en la relación del todo con la parte. La «fianza» o «garantía» se sitúa dentro del contenido de la «caución».

II. GENESIS Y DESARROLLO DE LA CAUCION PENAL

Son numerosos los autores españoles que señalan como origen de la caución penal el sistema romano de cauciones en el ámbito privativo (7). Como antecedentes más remotos suelen citarse la «cautio muciana» del Derecho hereditario y, sobre todo la «cautio de bene vivendo». Alvarez y Vizmanos, aunque sin pronunciarse sobre los orígenes, estiman que nuestra caución merece esa segunda denominación con sólo atender a su finalidad (8).

En el extranjero se acostumbra a reconocer, por el contrario, que la «cautio de bene vivendo» o «de non offendendo» es una construcción romanística (9), medieval (10) o del Derecho interme-

(7) Autores y páginas citados en las notas 1, 2 y 3.

(8) ALVAREZ Y VIZMANOS: *Comentarios al nuevo Código penal*, Madrid, 1848, pág. 261.

(9) GOLDSCHMIDT: *Strafen (Haupt u. Nebenstrafe) und verwandte-Massregeln...* En *Vergleichende Darstellungen...* Allg-Teil, Band/4, Berlín, 1908, pág. 348.

(10) FROSALI: *Sistema Penale Italiano*, Parte 1.^a, T. III, Turín, 1958, pág. 579.

dio (11). Según Schierlinger, tal doctrina habría comenzado con la protección de la mujer contra las sevicias del marido (12).

De todos modos, constituye opinión común, dentro y fuera de España, que ha sido en las islas británicas donde esta sanción adquirió un desarrollo más amplio (13).

A continuación nos ocuparemos del Derecho anglosajón, para seguir con el germano continental y concluir con una breve referencia a Italia. De los escasos antecedentes españoles trataremos en el capítulo dedicado especialmente a nuestra caución.

1. *El Derecho británico.*

Dadas las peculiaridades características del Derecho anglosajón, no sorprende que con frecuencia las viejas formas de la institución que examinamos continúen vigentes hoy día. Según J. E. Williams (14), reconocizances son «solemnnes promesas o vínculos, asumidos ante un Tribunal o funcionario público, por los cuales una persona se ata a sí misma al cumplimiento de alguna obligación». La forma del reconocimiento consistiría en la aceptación, frente a la Reina, de un débito cuyo pago depende del no cumplimiento de la obligación. Añade A. M. Wilshere (15) que su objeto es «asegurar la paz o la buena conducta, o la realización de algún acto, como la presentación en juicio, y por consiguiente la recognizance contiene la cláusula de quedar sin efecto al cumplirse la condición especificada».

Señalemos que bastantes de las recognizances propiamente dichas pueden constituirse tanto con garantías como sin ellas («with or without sureties»).

He aquí una somera exposición del cuadro de recognizances.

A) La recognizance de los sospechosos en el Estatuto de Eduardo VII.

Las recognizances de más solera son sin duda las de paz («surety to keep the peace») y buena conducta («surety for good behaviour»), que, aunque persentan numerosos puntos comunes, pueden imponerse conjuntamente porque no coinciden entre sí. Se ha dicho que con ellas la vieja garantía solidaria y general entre todos los hom-

(11) MANZINI: *Tratatto di Diritto Penale Italiano*, 2.^a Ed., Turín, 1943, pág. 319.

(12) SCHIERLINGER: *Die Friedensbürgschaft 1877*, pág. 68 y ss.

(13) PACHECO: *Derecho penal* (estudios), 5.^a Ed., Madrid, 1881, pág. 348.

FERRER SAMA: *Comentarios al Código penal*, T. II, Murcia, 1947, pág. 226.

PUIG PEÑA: *Derecho penal*, 5.^a Ed., T. II, Parte General, Vol. 2, pág. 406.

CÓRDOBA y otros: *Comentarios al Código penal*, Barcelona, 1972, T. II, pág. 85.

(14) J. H. WILLIAMS: *The English Penal System in Transition*, London, 1970, pág. 283.

(15) WILSHERE: *The elements of Criminal Law and Procedure*, 4.^a Ed., London, 1935, pág. 31.

bres de una comunidad, ya en desuso, renace con carácter individual. Lo cierto es que de las repetidas recognizances se habla por primera vez en el capítulo 18 de las Leyes de Eduardo el Confesor (16), y más tarde en el Estatuto de Eduardo III, Justices of the Peace Act. 1361, todavía en vigor. A su tenor: «En cada condado de Inglaterra debe asignarse para el mantenimiento de la paz un señor, y con él tres o cuatro de los más valiosos del condado... y deben tener el poder de exigir de todos aquellos que no sean de buena fortuna, en el lugar donde puedan ser encontrados, suficiente garantía de su buena conducta para con el Rey y su pueblo» (17).

A lo largo de los siglos la única codificación en esta materia ha sido la Summary Jurisdiction Act de 1879, si bien antes se regulaban por escrito algunos extremos, como la ejecución forzosa, objeto de la Criminal Law Act de 1826.

B) La recognizance preventiva sin necesidad de infracción penal anterior.

Si bien las recognizances del Estatuto o Justice of the Peace Act. de 1361 se contraen también a supuestos de comportamiento predelictual, nos referimos ahora a la recognizance aplicada, no ya a quien disfruta de mala fama en general, sino a quienes amenazan a otro o por la gravedad de sus manifestaciones ponen en peligro la paz pública.

Según la Summary Jurisdiction Act de 1879, cualquier corte de jurisdicción sumaria puede acordar, a petición de parte y por vía de justicia preventiva, imponer a una persona la oportuna recognizance de mantener la paz u observar buena conducta frente al solicitante. Este es el caso de quien jura que otro le ha amenazado con causarle a él, a su esposa o hijos algún daño corporal, o con incendiarle sus bienes (así R.v.Dunn, 1840) (18).

Se ha aceptado igualmente que cabe exigir recognizance a quien mediante sus actos o de palabra pone en peligro la paz pública (19).

C) La recognizance preventiva sumada a la pena o en sustitución de ésta.

No faltaron, antes del siglo XIX algunos ejemplos de recognizance postdelictual, encaminada a evitar la comisión de ulteriores infracciones penales. Valgan de botón de muestra las previsiones de la Ley de Hechicería de 1795 («Witchcraft Act 1795») (20).

Es, sin embargo, a partir de 1861 cuando, de mano de las Consolidation Acts, se extiende en Gran Bretaña la recognizance impuesta como consecuencia de una infracción criminal. Si el delito cometido

(16) PHILIPPE GRAVEN: *Le cautionnement preventif* (these), Basen, 1963, pág. 20.

(17) Ver también BLACKSTONE: *Commentaire sur les lois anglaises*, París, 1823, Vol. VI, págs. 87 y ss.

(18) GLAMVILLE WILLIAMS: *Criminal Law, The General Part*, 2.^a Ed., London, 1961, pág. 714.

(19) Ver WISE v. DUNNING (1902) K. B. 167; así como la Magistrates Court Act 1952.

(20) PAULIAN: *La recognizance dans le droit anglais*, París, 1911, páginas 50 y ss.

fuera grave (felony), la recognizance para mantener la paz, con o sin garantías, actúa como sanción conjunta. Por el contrario, en el supuesto de delitos menos graves o «misdemeanors», la recognizance, en su doble versión de paz y buena conducta, con o sin garantías, puede ordenarse conjuntamente con la penalidad básica o en sustitución de la misma, tanto de oficio como a instancia de parte (21).

Cabe la prisión hasta un año, si el reo no se aviniera a la promesa o la caución no fuera prestada, bien entendido que esta privación de libertad actúa como simple medio coactivo, quedando sin efecto cuando la recognizance se presta del modo establecido (22).

Recientemente, el esquema tradicional ha sido modificado por la Criminal Law Act de 1967, a cuyo tenor el trato de las felonies se asimila al de los misdemeanors (23).

D) La recognizance como pena condicional.

Al mismo tiempo que la recognizance se utiliza como sanción conjunta de la pena correspondiente a la infracción criminal, o como puro y simple sustitutivo de la misma, se va desarrollando el empleo de esta figura en la línea de una remisión condicional. Después del veredicto de culpabilidad, pero sin imposición aún de la pena, se aplaza hasta fecha ulterior el pronunciamiento sobre la condena, obligándose el reo mediante la recognizance a comparecer el día que se le señale. En caso de buena conducta, la remisión temporal se transforma en definitiva.

Según Ph. Graven (24) hasta 1879 —y más concretamente hasta la Summary Jurisdiction Act de ese año— no se refleja en el Derecho escrito esta forma de recognizance. Se desarrollaría en la First Offender Act de 1887 y, sobre todo, en la Probation of Offenders Act de 1907 (25).

La recognizance permite al Tribunal, cuando estime que la pena no tendrá efectos beneficiosos sobre el reo, dados sus buena conducta, edad, antecedentes, estado mental, etc., obligarle a contraer aquella obligación por un tiempo no superior a tres años. A cambio, el delincuente queda en libertad. La innovación principal de la repetida Ley de 1907 consistió en admitir la posibilidad de acordar la vigilancia de un «probation officer» o ayudante de prueba, así como la imposición de ciertas reglas de conducta.

Es opinión general que la infracción de la promesa en que la recognizance consiste debe ser probada con el mismo cuidado que la imputación de un crimen (26).

E) La recognizance procesal.

En la esfera procesal penal existen también muestras de recognizances impuestas a querellantes, acusadores, testigos y, sobre todo, al

(21) WILSHERE: *ob. cit.*, págs. 31 y 32.

(22) PH. GRAVEN: *ob. cit.*, págs. 26 y ss.

(23) J. E. WILLIAMS: *ob. cit.*, pág. 283.

(24) PH. GRAVEN: *ob. cit.*, pág. 28.

(25) Para el derecho posterior véase la *Criminal Justice Act*, de 1948..

(26) J. E. WILLIAMS: *ob. cit.*, pág. 283.

propio acusado, con el fin de asegurar su presencia física cuando el procedimiento lo requiera.

Con la independencia de las viejas colonias británicas la caución ha sido recogida en buen número de Códigos: así, en Africa del Sur, Federación Malaya y Sudán.

También ha aceptado la caución el Derecho israelí. De acuerdo con las Leyes del Estado de Israel (art. 26 del tít. 8.º, 1954) el Tribunal, al imponer una pena, puede además condenar al reo a comprometerse a no cometer nuevos delitos en el plazo de tres años, y ello con o sin garantías.

Se prevé que éstas, en su caso, puedan consistir en una cantidad de dinero, que no supere el importe de la multa a pagar si la promesa no fuera cumplida (27, 28).

2. *El Derecho germano continental.*

En opinión de Schierlinger y Goldschmidt, la caución de conducta o «Friedensbürgschaft», tiene un viejo origen germánico, siendo recogida en el artículo 176 de la *Constitutio Criminalis Carolina*. Según ambos autores la institución encontraría cierto respaldo en la cautio de «non offendendo» desarrollada por la doctrina romanística. Algunos ejemplos habrían llegado al siglo XIX. Así, la caución prevista para las amenazas en el artículo 171 del StGB de 1841, de Hesse, y en los artículos 280 a 283 del StrGB de 1845, de Baden. O con carácter general, como medio de evitar la pena de sumisión a vigilancia de la autoridad, en los artículos 29 a 31 del citado texto de Baden y en el artículo 20 del KrGB hamburgués de 1869.

Un proyecto de 1875 trató de llevar al Código penal una amplia normativa de la caución, aplicable a las amenazas, provocación a la riña, resistencia contra el poder del Estado, supuestos de lesiones, daños, perturbaciones de la paz pública y —ya dentro de los crímenes o delitos graves exclusivamente— en los casos de inducción, ofertas para la ejecución y tentativas. El proyecto no tuvo éxito y la caución continuó y continúa marginada del Código penal alemán.

Ha sido en Suiza donde esta institución se ha consolidado, cuando los últimos vestigios de la tradición nacional parecían abocados a la extinción.

Al decir de Thormann y von Oberbeck (29), la caución regulada en el artículo 57 del Código penal vigente representa «la reanimación de una antigua institución de origen germano, que se ha mantenido en los Derechos anglosajones y que tuvo también validez en Suiza como parte integrante del orden pacífico». En igual sentido se expresó el

(27) R. HERZ: *Strafen u. Strafvollzug in Israel*, ZStW, 1971, Band 83, Heft 3, págs. 918 y 919.

(28) Posiblemente se deba también a la influencia inglesa la caución prevista en el artículo 69 del Código penal islandés de 1940.

(29) THORMANN y VON OBERBECK: *Schweizerisches Strafgesetzbuch*, T. I, Zürich, 1940, pág. 204.

Consejo Federal en su mensaje de apoyo al Proyecto de Código penal de 1918.

Pfenniger (30), uno de los adalides del renacimiento de la caución en Suiza, llega a sostener que la «Friedensbürgschaft» es de origen no ya germánico, sino más exactamente helvético, y que existió en los valles alpinos siglos antes de penetrar en Alemania. Pese a ello, se reconoce generalmente que, por lo que hace al moderno Derecho codificado, la caución de conducta—denominada con frecuencia «cautio de pace tuenda»—descansa en el Derecho británico (31).

Volviendo a los viejos antecedentes autóctonos, recuerda Ph. Graven (32), que en caso de riñas, y con objeto de conseguir el cese de la disputa, se requería a las partes para que presentaran una promesa de paz o «Friedensgelöbnis». Este tipo de promesa se reservaba por lo común para las personas de honor y su única garantía solía ser la palabra empeñada, acudiéndose muy pocas veces a la garantía o caución propiamente dicha. La «Friedensgebot» u orden de mantener la paz se reservaría para las gentes del pueblo y los extranjeros, exigiéndose un depósito, si bien pudiera permitirse que el indigente se limitara a prestar juramento. Subsidiaria o sustitutivamente se acudiría a la privación de libertad.

Recoge también el mismo autor (33) la caución en caso de amenazas, que, nacida en el ámbito procesal y reconocida en los Estatutos del obispo Hildebrand de Riedmattem, de 1571, fue desarrollándose lentamente. Así, si el amenazado se presentaba con un testigo ante el Juez, asegurando la realidad de las amenazas y su temor a ser herido o muerto, se exigía del amenazante el compromiso de no ejecutar el hecho anunciado, sirviendo de garantía su propia palabra de honor, o acudiéndose a un depósito suficiente para, en su caso, pagar la multa y las reparaciones.

A comienzos del siglo xx, o sea al prepararse los Anteproyectos de 1908 y 1915, los últimos restos del antiguo derecho de paz («Friedensgelöbnis» y «Friedensgebot») se conservaban en algunas legislaciones cantonales, si bien sumidos en un desuso casi total (34).

Según el artículo 261 del Landbuch de Uri, el Juez podía exigir del reo de amenazas, condenado a pena de multa, la promesa de paz o «Friedensgelöbnis», cuyo incumplimiento se castigaba a su vez como

(30) P. PFENNINGER: *Das Strafrecht in der Schweiz*, Berlín, 1890, páginas 125 y ss.

(31) STOSS: *Die Grundzüge des Schweizerischen Strafrechts*, Basilea y Ginebra, 1892, págs. 175 y ss.

CLERC: *Le cautionnement preventif en droit penal suisse*. *Rev. de Dr. pénal et Criminologie*, mayo 1958, pág. 376.

PH. GRAVEN: *ob. cit.*, pág. 16.

(32) PH. GRAVEN: *ob. cit.*, pág. 35.

(33) PH. GRAVEN: *ob. cit.*, pág. 34.

(34) HAFTER: *Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts*, Berlín, 1926, página 385.

JIMÉNEZ DE ASÚA: *La Unificación del Derecho penal en Suiza*, Madrid, 1916, págs. 307 y ss.

PH. GRAVEN: *ob. cit.*, pág. 36.

falso testimonio. En Glarus, así como en los dos cantones que llevan el nombre de Appenzell, se castigaba la desobediencia a la orden de mantener la paz o «Friedensgebot», dada por la autoridad, e incluso por un particular, al iniciarse la pendencia. En Zug se prevé para los delitos de amenazas bien la prestación de una fianza, bien la vigilancia policial, además o en lugar de la pena. En Obwalden cabe igualmente imponer al amenazante la prestación de garantía personal o patrimonial. En los Grisones se admiten, tanto para los supuestos de amenazas, como para el allanamiento de morada, el juramento manual y la prestación de una garantía (35).

De la caución en el vigente Código penal trataremos por separado. Digamos, sin embargo, que a la influencia suiza parece deberse la caución del Código penal etiope del famoso jurista ginebrino Jean Graven.

3. *El Derecho italiano.*

Los autores italianos sostienen que la caución de buena conducta o de «non delinquendo» estuvo muy extendida en el Derecho intermedio. Según los Estatutos de Pistoia, de 1217, «omnes, homines. et foeminas, qui Potestati videbuntur convenientes, et omnes vassallos vel vasallas Pistoii, a XIV annis in antea, se non facere furtum, nec taleam, nec incendium, nec vastum, nec furtum». A tenor de la Constitución de Pisa, quien invadiere o perturbare la posesión de otro debería jurar abstenerse de toda perturbación posterior, «et si non iuraverit, quandiu in contumacia non iurandi steterit, nullum publicum etc. habeat». Herculano se ocupa de esta institución en su obra «De cautione de non offendendo», publicada en Venecia el año 1569. Anteriormente, en el siglo XIII, podían encontrarse referencias a la misma sanción en las «Com. ad Constit. utriusque Siciliae», de Isernia (36).

En el artículo 27 del Código penal italiano de 1889 se concede al Juez la facultad de imponer una caución de buena conducta al condenado a cuyo favor se haya acordado sustituir la pena por represión judicial. Desde entonces la caución no ha dejado de estar presente en el movimiento codificador italiano. Fue recogida en el Proyecto Ferri de 1921, y se mantiene en el Código penal vigente. En otro apartado nos ocuparemos de la normativa actual.

(35) Sobre el juramento manual o "Handgelübdes" ver QUINTANO RIPOLLÉS y HEILPERN: *Diccionario de Derecho comparado*, pág. 203.

(36) MANZINI: *Trattato...*, págs. 319 y 320.
FROSALI: *ob. cit.*, pág. 579.

III. NATURALEZA JURIDICA

1. *El dilema pena-medida de seguridad.*

La opinión común sostiene que el renacimiento de la caución en el siglo XIX se debe en buena parte al deseo de erradicar las penas cortas privativas de libertad o disminuir su aplicación (37). Resulta significativo, sin embargo, que ya esta realidad histórica sea interpretada de diversas maneras en relación con la naturaleza de aquella institución.

Quintano Ripollés escribe que la caución ha hecho su entrada en el Derecho penal moderno «como un sustitutivo de las penas cortas privativas de libertad primero, y como medida de seguridad, después» (38). Parece sostener así que las penas sólo pueden ser sustituidas por penas, lo que no es totalmente cierto, ya que en el cuadro general de la lucha contra el delito la condena condicional, por ejemplo, se ha revelado como un medio eficaz en esa dirección, a la vez que se sitúa en las terceras vías. Muy distinta es la posición de Díaz-Palos, quien asegura que «el moderno Derecho sancionador ve en la caución más que una pena, uno de los sustitutos de las penas cortas privativas de libertad... y, sobre todo, una excelente medida de seguridad» (39). Ahora nos corresponde argüir que nada se opone a que los breves encarcelamientos sean sustituidos por otras penas, antes al contrario, tal proceder es el más corriente, como se comprueba con el avance de la multa dentro de la pequeña y media criminalidad.

Creemos, pues, que el problema de si la caución es pena o medida de seguridad debe desligarse de tal función sustitutiva. Lo que en verdad interesa es el resultado de contrastar dicha sanción con las notas distintivas de la pena, por una parte, y la medida de seguridad, por otra. En esa línea —y en un terreno puramente doctrinal— no hay duda de que la caución descansa más en la peligrosidad que en la culpabilidad, tiene un carácter más defensivo que retributivo, y se orienta más hacia la prevención especial que hacia la general. No puede sorprender, por tanto, que, aparte de algún autor como Pacheco (40) —quien, con base en nuestro Derecho positivo y sin entrar realmente en el problema, se refiere a la caución como pena—, los tratadistas españoles se nieguen a reconocerle tal naturaleza.

Mientras Groizard se limita a afirmar que la caución «no es, en el propio y riguroso sentido de la palabra, una pena» (41), la mayoría de nuestros comentaristas apuntan a las «medidas». Saldaña escribe que «la caución no debe ser pena común, sino común medida» (42).

(37) GOLDSCHMIDT: *ob. cit.*, pág. 427.

SALDAÑA: *La reforma del Código penal*, 2.^a Ed., Madrid, 1920, pág. 128.

SÁNCHEZ-TEJERINA: *El Derecho penal español*, Madrid, 1942, pág. 382.

PUIG PEÑA: *ob. cit.*, pág. 406.

(38) QUINTANO RIPOLLÉ: *ob. cit.*, pág. 336.

(39) DÍAZ-PALOS: *ob. cit.*, pág. 778.

(40) PACHECO: *ob. cit.* págs. 348-349.

(41) GROIZARD: *El Código penal de 1870*, Burgos, 1872, T. 2, pág. 247.

(42) SALDAÑA: *ob. cit.*, pág. 128.

Ferrer Sama estima que se trata de «medida no punitiva» (43). Cuello Calón señala que no tiene carácter de pena, «sino más bien el de una pura medida preventiva» (44). En opinión de Quintano Ripollés, «si existe una sanción que merezca el dictado de medida de seguridad es, a buen seguro, ésta», añadiendo que la misma naturaleza tienen también las demás pseudopenalidades de la Sección 2.^a, del Capítulo III, del Título III, del vigente Código penal, cuyo epígrafe debería rezar: «penas que no lo son» (45). Díaz-Palos asegura que «la caución, en Derecho penal, es, al igual que en las demás ramas jurídicas, medida de prevención o aseguramiento» (46). Rodríguez Devesa sigue un criterio formal, calificando a la caución de pena o de medida de seguridad, según se refiera a la del Código o a la de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social (47).

Muy curiosa es la postura de Silvela, quien incluye la caución entre «las medidas de precaución y seguridad ajenas casi a esta rama del Derecho (Penal)» y añade que «no puede mirarse sino como medio puramente civil de seguridad de que el daño, si se causa, será reparado» (48).

Recientemente, Córdoba parece aceptar para la caución la naturaleza de medida de seguridad, cuando pretende que el reo observe buena conducta en general, pero no si su finalidad consiste en evitar la comisión de un determinado delito. En este último caso considera que «no será el estado de peligrosidad el fundamento de su imposición, sino el peligro concreto que representa por la posible comisión de un hecho». La consecuencia es entonces que «la medida de seguridad queda reducida a la consideración de mera medida cautelar análoga a las propias del proceso» (49).

Se admite corrientemente que la caución, pena o medida de seguridad, es una sanción pecuniaria (50), pero no faltan algunas matizaciones. Cuello Calón advierte que «recae más bien sobre la propiedad del fiador» (51). Silvela, aunque escribe que la caución «recae principalmente sobre la propiedad» (52), expresa sus reservas. Así, al comentar el Código penal español de 1870, clasifica sus penas en diez grupos, y en el décimo sólo incluye la caución. Esta actitud segregadora se confirma al titular uno de sus capítulos «De la ejecución de las penas que recaen sobre la propiedad, y de la caución y represiones» (53).

(43) FERRER SAMA: *ob. cit.*, T. 2, pág. 225.

(44) CUELLO CALÓN: *Penología*, pág. 221.

(45) QUINTANO RIPOLLÉS: *ob. cit.*, pág. 336.

(46) DÍAZ-PALOS: *ob. cit.*, pág. 778.

(47) RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español*, Parte General, Madrid, 1973, págs. 736, 808 y 826.

(48) SILVELA: *ob. cit.*, T. 2, págs. 345-346, y T. 1, pág. 324.

(49) CÓRDOBA: *ob. cit.*, T. 2, págs. 109-110 y 185.

(50) PACHECO: *ob. cit.*, pág. 349.

SALDAÑA: *ob. cit.*, pág. 128.

(51) CUELLO CALÓN: *Penología*, pág. 51.

(52) SILVELA: *ob. cit.*, T. 2, pág. 555.

(53) SILVELA: *ob. cit.*, T. 1, págs. 345-346, y T. 2, pág. 514.

Nosotros, si hubiéramos de renunciarnos por un término u otro del dilema pena-medidas de seguridad, lo haríamos a favor del segundo. La necesidad o conveniencia de acudir a la caución se encuentra en relación directa con la peligrosidad del sujeto, y no con su culpabilidad.

El intento de Silvela, que trata de reconducir la caución al ámbito civil, olvida que el destino de los importes obtenidos por la realización de las garantías no deja de ser cuestión accesoría. Lo fundamental en la caución no es asegurar el cobro de posibles indemnizaciones futuras, sino, según los distintos ordenamientos, conseguir que el peligroso observe buena conducta en general o, al menos, se abstenga de incurrir en nuevo delito. La caución se orienta particularmente a prevenir la comisión de nuevas infracciones penales, e incluso la denominada de buena conducta aspira, aunque de forma indirecta, a ese mismo fin. Ni se trata de asegurar la ejecución del castigo que en su caso corresponda al nuevo hecho criminal, ni de operar como fianza o pieza anticipada de responsabilidad civil.

Con mayor simpatía vemos la aguda observación de Córdoba, en el sentido de que la caución no descansa siempre en una peligrosidad general, sino en la inclinación a un delito individualizado. Creemos, sin embargo, que toda medida de seguridad encierra por definición una finalidad cautelar, y que en ese marco carece de importancia que el peligro sea de dirección única, múltiple o general. En cualquier supuesto la caución constituye un medio de lucha contra el delito, una verdadera sanción penal —pena o medida de seguridad— que se inserta en el Derecho sustantivo. No debe caerse en espejismos procesales.

Compartimos, en principio, la doctrina que atribuye carácter pecuniario a la caución. Cuando la garantía no se presta en metálico, pudiera utilizarse la expresión «patrimonial», como más amplia, pero en definitiva el importe de aquélla se fija en dinero, y en dinero se traduce la realización en su caso. Nuestras reservas se centran precisamente en el supuesto de *afianzamiento por tercero*, con lo que ello implica de desplazamiento en cuanto al verdadero sujeto pasivo de la sanción. Ahora bien, como quiera que esta posibilidad se recoge con especial nitidez en el Derecho español vigente, nos remitimos a lo que se dirá en el estudio concreto de su caución.

Con todo, aun prescindiendo de cuál sea el bien jurídico más directamente afectado, el problema de la naturaleza de la caución ofrece una complejidad bastante mayor que la que pudiera verse en la repetida alternativa pena-medida de seguridad. Por un lado, debe depurarse el concepto de medida de seguridad; por otro, conviene subrayar que la oposición entre aquellas dos formas o clases de sanción ni es total, ni deja de presentar figuras intermedias.

Las medidas de seguridad propiamente dichas sólo son imponibles tras la comisión de delito, aunque se entienda por tal la mera ejecución antijurídica de los elementos del tipo, al margen de la existencia o no de causas de inimputabilidad, de inculpabilidad, personales de exclusión de pena o de excusas resolutorias. El sujeto activo del delito será o no culpable, pero la acción ha de ser antijurídica. Por el contrario,

las medidas basadas en la peligrosidad social predelictual—conocidas como medidas preventivas, para evitar confusiones—no pertenecen al Derecho penal, y ello aunque fueran impuestas por los órganos judiciales, como algunos autores pretenden (54).

En cuanto a las zonas de contacto entre las penas y las medidas de seguridad, ya puso de relieve Liszt (55) la existencia de un sector común a ambas especies de sanciones, que funcionan como círculos secantes, por lo que la calificación debe depender de la prevalencia de unas notas u otras. Recientemente, Cerezo (56) recuerda que para determinar la naturaleza de las consecuencias del delito hay que atender, además de al fin prevalente, a su fundamento. Si éste viene representado por la entidad del injusto y la culpabilidad, estaremos en presencia de la pena. Si el fundamento radica en la peligrosidad del reo, deberá hablarse de medida de seguridad. Así, una misma sanción puede variar de naturaleza a tenor del condicionamiento concreto de su aplicación y duración.

Que la caución es, en el mejor de los casos, una medida de seguridad «sui generis», no necesita larga explicación. Más aún, diríase que, una vez admitido que la caución, como cualquier medida de seguridad, descansa en la peligrosidad del sujeto y se propone la defensa social general o la protección de un tercero, acaban los puntos de contacto.

Sabido es que, como se lee en la resolución del X Congreso Penitenciario Internacional de Praga, «las medidas de seguridad tienden a corregir al delincuente a eliminarlo o a quitarle las posibilidades de delinquir» (57). La Comisión internacional penal y penitenciaria acordó, por su parte, el 6 de julio de 1951, sustituir la denominación «medidas de seguridad» por las de «medidas de defensa social» o «medidas de protección, educación o tratamiento», conceptos más extensos, capaces de abarcar también a las que no se proponen la eliminación o separación física del peligroso.

Planteada así la cuestión, dichas medidas tienden a conseguir la readaptación del peligroso a la vida social (medidas de curación, corrección y educación) o su segregación de la misma (medidas de seguridad propiamente dichas). Pues bien, a poco que se repare en tal distinción, se observa que en ella sólo se reflejan dos de los tres medios tradicionalmente admitidos para obtener la prevención especial: la educación (corrección y resocialización), como motivación indirecta, mediata y psicológica, y el rechazo directo, inmediato y físico representado por la muerte, el encarcelamiento o el destierro del delincuente. Falta toda referencia a la intimidación, que, pese a integrarse en el ámbito de la motivación espiritual, no tolera confusión con la corrección. El distinguo se halla en que, mientras que con la intimidación se

(54) RODRÍGUEZ DEVESA: *ob. cit.*, pág. 805.

SALDAÑA: *ob. cit.*, pág. 431.

(55) LISZT: *Tratado de Derecho penal*, traducción de JIMÉNEZ DE ASÚA, T. 3, Madrid, 1917, pág. 199.

(56) CEREZO MIR: *Informe sobre el Anteproyecto de Bases del Libro I, ANUARIO DE DERECHO PENAL*, T. 25, pág. 781.

(57) *Actes*, volumen I B, pág. 45.

logra la prevención especial provocando el nacimiento o fortalecimiento de una actitud egoísta que plasma en el respeto de las leyes como mal menor, la corrección aspira a conseguir idéntica meta merced a una motivación positiva, es decir, mediante el juego de estímulos sociales y altruistas que lleven al delincuente a reconciliarse de buena gana con la comunidad jurídica.

Recordemos que los medios para alcanzar la prevención especial, en relación con las diversas categorías del delincuente, se ordenan del siguiente modo:

- a) Intimidación de quienes no precisan de corrección.
- b) Corrección de quienes necesitan de corrección y son corregibles.
- c) Aseguramiento de los delincuentes incorregibles (58).

Son estas consideraciones las que explican la oposición a la multa como medida de seguridad. La multa —sanción económica y pecuniaria por excelencia— ni corrige ni asegura. Sólo intimida. De ahí que, pese a las ventajas que desde el punto de vista crematístico significa para el estado, sean numerosos los ordenamientos que no la incluyen en su arsenal de medidas (59). También en el Derecho penal juvenil, de orientación claramente educativa, la multa, como sanción intimidatoria, carece de sentido. En esa línea, y pese a que, como señala Lange (60), hoy los jóvenes suelen disponer de ingresos propios y en consecuencia ha disminuido el riesgo de que sus multas sean pagadas por los padres, en Alemania el vigente Código de los Tribunales para la Juventud (*Jugendgerichtsgesetz*) de 4 de agosto de 1953, no incluye la multa en ninguno de los tres grupos de sanciones que recoge: Medidas educativas («*Erziehungsmassregeln*»), medios correctivos («*Zuchtmittel*») y penas (en realidad una sola, la pena juvenil o «*Jugendstrafe*», que es una privación de libertad en establecimientos especializados).

Si de la multa pasamos a las sanciones patrimoniales en general, tampoco escasean los autores que, como Florián (61), tachan de aberrante su utilización como medida de seguridad, por cuanto la mejora, la educación y la corrección del sujeto sólo pueden obtenerse con medidas de carácter personal.

Ph. Graven distingue dos clases de medidas, unas disuasorias —que él denomina preventivas— y otras como medidas educativas. Estas últimas, que el citado autor estudia en una triple vertiente, como sustitutivas de penas, en caso de condena condicional y en relación con la

(58) LISZT: *Strafrechtliche Aufsätze u. Vorträge*, Berlín, 1905, I. Band, pág. 166.

MAURACH: *Deutsches Strafrecht*, allg. Teil, 4. Aufl. Karlsruhe, 1971, página 383.

HELLMER: *Erziehung u. Strafe*, Berlín, 1957, pág. 184.

(59) Ver documentación en OLESA: *Las medidas de seguridad*, Barcelona, 1951.

(60) LANGE: *Das Rätsel Kriminalität*, 1971, pág. 91.

(61) FLORIAN: *Parte Generale del Diritto Penale*, Milán, 1934, n. 758.

libertad condicional, apuntan inequívocamente a las terceras vías de la lucha contra la delincuencia (62).

2. La caución y la remisión condicional

Desde tres ángulos cabe analizar las relaciones entre la caución y la remisión condicional: A) Como sustituta de alguna pena. B) Como sanción remitida en sí misma. C) Paradójicamente, como sustitutoria de la pena o sanción prevista a nivel legislativo para el caso de que la caución misma resulte inviable.

A) En páginas anteriores nos hemos ocupado de la *recognizance* como pena condicional dentro del Derecho británico. Baste decir ahora que el parentesco con la remisión no ha pasado desapercibido entre los autores continentales. En nuestra Patria, Saldaña propuso que la reforma legislativa tomara la caución, «que ampliará como medida previa en su efecto, para suspender la condena, supliendo por facultad del Juez a muchas penas de libertad, condicionalmente», añadiendo que «en función con la condena condicional —de tristes resultados—, y con la libertad condicional, esta caución condicional será eficacísima» (63). Más modernamente, Quintano Ripollés asegura que la *recognizance* inglesa tiene «una finalidad ejecutiva y procesal que la emparenta, más bien que con nuestra caución, con la libertad provisional bajo fianza o con el «*sursis*» francés» (64).

Ph. Graven distingue dos posibilidades: Por un lado, el caso de que el tribunal se pronuncie sobre la pena e, impuesta ésta, su ejecución sea sustituida por la caución. Por otro, el de que se remita el pronunciamiento mismo de la pena, acudiéndose a la caución tan pronto se establezca la culpabilidad del reo. Estima dicho jurista que en el primer supuesto, el que pudiera parecer más próximo a la condena condicional, se aparta de dicha institución porque, si las obligaciones contraídas por el autor fueran violadas, no cabrá ya el cumplimiento de la pena y sí, únicamente, exigir el pago de la deuda a que la caución se contrae. En el segundo supuesto, la infracción de sus deberes por parte del reo conllevará tanto el pago de la deuda como el pronunciamiento sobre la pena (65).

Nosotros distinguiríamos más bien entre la caución que sustituye a otra sanción de forma definitiva y aquella en la que la sustitución viene condicionada por el éxito de la propia caución, y esto con independencia de que el Tribunal se limite a fijar la culpabilidad, sentando así las bases para una sanción aún no determinada, o llegue incluso a

(62) También ANTOLISEI reconoce que la intimidación se corresponde más con el concepto de pena que con el de medidas de seguridad. De ahí que pretenda colocar, junto a las medidas de seguridad para incorregibles, una pena correccional en régimen de sentencia indeterminada, que sería en realidad una figura mixta, con rasgos de medida de seguridad, y una pena intimidatoria al estilo tradicional, perfectamente individualizada a nivel de sentencia. Ver *Pene e misure di sicurezza*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, vol. XI, 1933, págs. 129 y ss.

(63) SALDAÑA: *ob. cit.*, pág. 128.

(64) QUINTANO RIPOLLÉS: *ob. cit.*, pág. 337.

(65) PH. GRAVEN: *ob. cit.*, págs. 164-165.

la concreción penal, con publicidad o sin ella (66). Mientras que la sustitución definitiva nos enfrenta con una caución pura y simple, sin mezcla de remisión condicional en cuanto a la pena sustituida (unas veces después de haber sido ya individualizada, y otras todavía en génesis), el caso de liberación provisional y dependiente del buen fin de las obligaciones cubiertas por la caución nos merece un juicio muy distinto. Creemos que en este segundo ejemplo la sanción sustituida se encuentra en realidad suspensa bajo la condición, pero, así como es frecuente que la remisión definitiva se produzca por el solo transcurso del tiempo sin comisión de nuevos hechos criminales —y no habría obstáculo en modificar este último requisito, reemplazándolo por la referencia a un delito concreto o ampliándolo al deber de observar buena conducta en general— en el caso ahora examinado se inserta en la remisión, como nuevo elemento esencial, una multa también remitida. Con otras palabras, el precio de la suspensión condicional de la pena primitiva es la imposición de otra sanción, la multa, remitida conjuntamente.

B) Las últimas líneas del anterior apartado reflejan la vieja observación de que la caución en sí se identifica con la condena condicional de una multa. Goldschmidt (67) cita una amplia bibliografía en esa dirección (68) y se pregunta hasta qué punto, admitida tal identidad —sobre todo cuando no se exige afianzamiento alguno— tiene sentido acudir a éste «disfraz» en relación con dicha pena pecuniaria. Precisamente el reconocimiento de tal naturaleza le lleva a rechazar la caución como pena, tanto principal como accesoria.

Sin adelantar nuestra posición respecto al Derecho patrio, pensamos también que precisamente en esa constitución de garantías radica la única diferencia sensible, pero accidental, entre la multa suspendida y la caución en aquellos ordenamientos que, como el español, al enjuiciar los delitos, prevén imperativamente el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias que puedan derivarse de una condena, incluido el pago mismo de la multa. Entonces el afianzamiento de la multa —procesal y exigible con anterioridad a la condena— carece de paralelo en la caución, cuyas garantías, vengán o no precedidas de una promesa formal por parte del reo, nunca se prestan contra su voluntad. La caución, con promesa expresa o sin ella, descansa en la colaboración del sancionado, a quien se concede un cierto crédito moral.

C) Sabido es que el fracaso de la caución no tiene por qué llevar necesariamente a una sanción subsidiaria, si bien esto sea lo normal en el Derecho comparado. Entonces, observando con detenimiento el juego de la normativa, resulta sencillo concluir que esa sanción subsidiaria

(66) La condena con reserva de pena, admitida sólo para las multas en la nueva Parte General del Código penal alemán (artículos 59 y 59 a), según la 2.^a Ley de Reforma de 1969, implica la determinación de la pena (lo que asemeja esta institución a la condena condicional continental), pero se reserva la publicación de la condena ya individualizada (lo que hasta cierto punto la aproxima al derecho inglés). Sus antecedentes inmediatos se hallan en el Proyecto de 1934 y 1936, de Gürtner, y en el Proyecto Alternativo de 1966.

(67) GOLDSCHMIDT: *ob. cit.*, págs. 430 y ss.

(68) HIPPEL, ROSENFELD, ASCHROTT y LISZT.

opera como pena directa y primaria, cuya sustitución definitiva por una multa remitida condicionalmente (la caución) queda en principio al arbitrio del condenado; y decimos «en principio», porque de la forma particular en que se articule la caución en cada país (como simple promesa o con garantías de prestación más o menos difícil) dependerá que aquella voluntad determine libremente la sustitución o haya de ser acompañada de circunstancias objetivas, como la posesión de bienes de fortuna o la amistad con personas solventes.

Volveremos sobre este punto al ocuparnos de la naturaleza de la caución española.

Advirtamos también, antes de acabar este epígrafe, que la construcción de la caución como condena condicional es independiente de que nos movamos en la esfera de las penas o en el ámbito de las medidas de seguridad. La nueva Parte General del Código penal alemán constituye reciente y autorizado ejemplo de ordenamiento que admite la remisión de ambas clases de sanción.

3. *La caución y la sumisión a vigilancia de la Autoridad*

Aunque, como se ha visto, la caución es tenida generalmente por sanción pecuniaria, mientras que el sometimiento a la vigilancia de la Autoridad no participa de tal carácter, no hay duda del íntimo parentesco entre las dos medidas. Se busca con ambas que el sancionado se comporte correctamente en libertad, y en ese sentido sólo hay entre una y otra circunstancias diferencias de matiz. La vigilancia desempeña una función más readaptadora que intimidante, a la inversa de lo que ocurre con la caución como sanción pecuniaria.

La realidad es que los Códigos acostumbran incluir ambas sanciones en un mismo grupo, y su naturaleza suele resolverse conjuntamente (Códigos penales de Chile, Honduras, Venezuela, Bolivia, Cuba, Español de 1822, etc.). El Código uruguayo llega incluso a utilizar la sujeción a la vigilancia de la autoridad como medida sustitutoria cuando no se prestare la fianza (art. 101).

Las opiniones discrepan respecto a las ventajas de una u otra sanción. Groizard lamentó que la sujeción a la vigilancia, pena accesoria en los Códigos de 1848 y 1850, desapareciera en el de 1870, pues creía que el recorte de algunos derechos del penado —por ejemplo, en relación con los registros domiciliarios— siempre sería preferible a la pérdida de la libertad. Entendió, sin embargo, que la caución, que venía a reemplazarla, ofrecía notables ventajas sin participar de los inconvenientes: «En la sujeción a la vigilancia de la autoridad el lazo que une al penado con la Ley nace especialmente de motivos de desconfianza que se intenta combatir con el temor y ciertas precauciones constantes: en la caución se habla más que a nada al honor y a la lealtad, y se descansa en que los lazos de la sangre, los de la amistad u otros idénticos, han de ser causa suficiente para que el penado renuncie a sus malos propósitos. Allí hay algo que lastimará en ocasiones la dignidad del hombre: aquí la combinación y enlace de ideas, en cierto modo encontradas, quitan toda dureza a la prescripción penal. Entre la sujeción

a la vigilancia y la caución hay, y con esta fórmula expresamos cumplidamente nuestro pensamiento, la distancia que existe entre lo que verdaderamente es, o anda muy cerca de ser, una pena y lo que en rigor no merece tal nombre» (69).

Fuera de España —y por citar un solo ejemplo— Goldschmidt creyó que las preferencias dependen del concepto y estructura de la vigilancia, distinguiendo entre una vigilancia de la policía («Polizeiaufsicht») y otra protectora («Schutzaufsicht») (70). Nosotros pensamos que la comparación en abstracto carece de sentido, dado que a las diferentes clases de vigilancia se une la variedad aún mayor de cauciones. Además, lo que nos interesa ahora no es comparar eficacias o expresar preferencias, sino examinar sus respectivas naturalezas.

La distinción de ambas figuras resulta evidente —aparte la similitud de fines— si a la vigilancia de la Autoridad se opone sólo la caución como multa condicionada. Luego, los contornos comienzan a diluirse cuando la multa remitida condicionalmente va acompañada de determinadas reglas de conducta: no visitar establecimientos de bebidas, evitar ciertas compañías, etc. Y el proceso continúa con la intervención de ayudantes de prueba, etc. Con todo, permanece por lo general una última nota diferenciadora: el carácter pecuniario de la caución.

La brecha en la línea divisoria se produce como resultado de la vieja y equivocada doctrina que ve en las penas pecuniarias, y particularmente en la multa, excepciones al principio de personalidad a ultranza. Algunos autores subrayaron incluso la gran ventaja que, en su opinión, podía significar el pago por tercero (71). No ha de sorprender entonces que en el afianzamiento más extendido, el procesal, pocos distingos se hayan hecho según se trate de garantizar el pago de las costas e indemnización, por un lado, y las multas por otro. En España, donde el pago por tercero todavía se admite como cosa normal y cuenta con el visto bueno de la Fiscalía del Tribunal Supremo (72), la pieza de responsabilidad es única y el fiador personal —y posible pagador de la multa en su día— es siempre bienvenido.

La doctrina expuesta se ha reflejado, como no podía ser menos, en la normativa de la caución. Si la suma que el sancionado ha de pagar por incumplimiento de su compromiso podrá ser entregada por tercero, parece lógico que para garantizar su cobro valgan las mismas clases de fianza que para la multa o cualquier otra deuda. Este

(69) GROIZARD: *ob. cit.*, T. 1, págs. 127 y ss., y T. 2, pág. 248.

(70) La «Polizeiaufsicht» desapareció del Código penal alemán en la reforma de 1969. Hoy entre las medidas de aseguramiento y mejora se recoge la «Führungsaufsicht» o vigilancia de conducta (artículos 68 y ss.).

(71) DE MIGUEL GARCILÓPEZ: *Derecho penal, Parte General*, Madrid 1940, pág. 320.

JARAMILLO: *Novísimo Código penal*, Salamanca, 1928, vol. I, libro I, página 237.

P. MONTES: *Derecho penal español*, 2.^a ed., 1929, pág. 379.

(72) Memoria de 1906 y Memoria de 1942. en relación esta última con la Consulta 6.

error, sufrido en muchas legislaciones, destaca con mayor nitidez cuando, como en la caución de los Códigos penales españoles, con la excepción del de 1928, sólo se admite la fianza personal y ésta es al mismo tiempo elemento esencial de la sanción. Por si fuera poco, el artículo 44 de nuestro Código penal vigente sigue la línea tradicional de no limitarse a exigir fiador personal, sino que utiliza una fórmula tan amplia como ambigua: «La pena de caución obligará al reo a presentar un fiador abonado que se haga responsable de que no se ejecutará el mal que se trata de precaver, obligándose a entregar, si se causare, la cantidad fijada en la sentencia» (73).

De lo que haya de entenderse por «fiador abonado» nos ocuparemos al estudiar detalladamente la caución española, pero digamos ahora, por un lado, que bajo aquel vocablo suele comprenderse una doble solvencia, pecuniaria y moral a la vez, y por otro, que los bienes del sancionado nunca se verán afectados de manera directa por tal caución. No importan aquí las posteriores repeticiones, al igual que la posible repetición de lo pagado por la multa de otro no devolvería a ésta el carácter personal que, como pena, le corresponde.

Bajo esta perspectiva, y estimando, con Cuello Calón, que la incidencia económica recae sobre el tercero, falla cualquier intento de considerar esta caución como pena pecuniaria impuesta al reo. A lo que en verdad se condena al culpable es a someterse a la presunta influencia bienhechora de una persona particular, escogida por él y aceptada por el Tribunal. El afianzamiento económico, o al menos la obligación contraída por el fiador de abonar cierta suma si su intervención no produjera el resultado apetecido, no constituye pena ni medida de seguridad, pues ni el pagador fue parte en el juicio, ni el abono descansa en su culpabilidad o peligrosidad. Se tratará únicamente de una sanción extrapenal, operante al margen de aquellos conceptos e impuesta por el fracaso objetivo de la misión encomendada.

Es cierto que los ordenamientos positivos orientados en esta dirección no especifican cuáles sean las atribuciones del fiador en cuanto a vigilancia y control, pero ello no significa que no existan, sino que nacen y se insertan en la relación de mutua confianza entre sancionado y fiador. Teóricamente nada se opone a una regulación explícita. Cuestión distinta es que el fiador pueda o no dejar de serlo, a petición propia, si tropezara con dificultades en su tarea o desconfianza de su buen éxito.

4. *Resumen sobre la naturaleza material de la caución*

1.º La caución normal, en la que el comportamiento que se trata de prevenir repercute directamente sobre la fortuna del sancionado,

(73) En términos análogos, y con el “fiador abonado” como único garante, se pronuncian numerosos Códigos iberoamericanos: artículo 76 del boliviano de 1834, artículo 46 del chileno de 1874, artículo 46 del hondureño de 1906 y artículo 86 del paraguayo de 1914.

es una medida «sui generis», por cuanto: a) Descansa más en la peligrosidad que en la culpabilidad del sujeto. b) Se propone la prevención especial antes que la general. c) Se aparta de las medidas de seguridad en sentido estricto, dado que en la caución privan los efectos intimidatorios, representados por el quebranto económico, sobre los resocializadores y segregadores.

2.º La repetida caución tiene carácter pecuniario, en atención a ser el patrimonio del sancionado el bien jurídico sobre el que gravita y se estructura como multa remitida condicionalmente.

3.º Dicha caución es incompatible, en buenos principios, con el afianzamiento o abono por tercero, al igual que sucede con la propia multa.

4.º Tal caución sólo adquiere función resocializadora al transformarse en institución mixta mediante la aceptación de elementos ajenos, al estilo de las reglas de conducta, vigilancia, asignación de ayudantes de prueba, etc., utilizados con esa misma finalidad en el ámbito de la suspensión de condena.

5.º Cuando en la caución sólo se admite el afianzamiento, y pago en su caso, por tercero —y sobre todo, si se exigen de éste ciertas cualidades morales y de ascendencia sobre el sancionado— no cabe hablar de medida pecuniaria y sí de una sanción en la línea de la vigilancia por la policía o Autoridad, cuyo control cede paso a la multiforme influencia de un particular. Esta caución, que es la del vigente Código penal español, pierde buena parte de su eficacia intimidatoria a cambio de cierto valor readaptador, capaz de situarla entre las medidas de seguridad (74).

6.º Lo dicho en el número anterior vale con más razón aún para las nuevas formas de caución que, como puede verse en los ordenamientos de algunos países orientales, se desarrolla sin contenido económico alguno —ni frente al sancionado, ni frente al fiador—, con la sola preocupación de que éste, por lo general la propia colectividad de trabajadores a la que pertenece el culpable, sea capaz de cumplir la misión resocializadora que se le confía (75).

5. *El criterio formal en el Derecho comparado*

En los ordenamientos positivos la caución es incluida unas veces entre las penas y otras, más numerosas, entre las medidas de seguridad. No faltan tampoco ejemplos en los que se le reconoce naturaleza propia, encuadrándola bajo el ambiguo título de «Otras medidas», o se la utiliza al margen de la clasificación de sanciones.

De los vigentes Códigos italianos y suizo —este último partidario de la rúbrica «otras medidas»— nos ocuparemos especialmente en otro apartado, exponiendo, aunque sea a grandes rasgos, sus respectivos conceptos y normativas de la caución. Junto al examen que ya se hizo

(74) Es la naturaleza que la nueva Parte General del Código penal alemán reconoce a la "Führungsaufsicht" (artículos 61, 68 y ss.).

(75) Ver infra la nueva caución de la República Democrática Alemana.

del Derecho británico, el estudio de esta sanción en dichos Códigos, así como las aportaciones doctrinales en uno y otro país, nos servirán de contrapunto y ayuda en el estudio final de la caución española. De ahí que ahora nos limitemos a pasar breve revista a algunos Códigos iberoamericanos, en los que la caución aparece regulada bajo fuerte influencia española.

Según Jiménez de Asúa (76), la caución es pena en Bolivia, Colombia, Chile, Honduras y Venezuela, mientras que en Cuba, México, Paraguay, Perú y Uruguay se configura como medida de seguridad. El resto de los autores españoles se conforma con citar los Códigos de Colombia, Perú y México, viendo en ellos tres ejemplos de la caución como medida de seguridad (77).

Acudiendo directamente a los textos legales se observa lo siguiente:

El Código boliviano de 1834, cuyo artículo 28 divide sus penas en corporales, no corporales y pecuniarias, incluye la obligación de dar fianza de buena conducta entre las no corporales, junto a la sujeción a la vigilancia especial de las autoridades.

El Código chileno de 1874 no enumera la caución en sus relaciones de penas, recogidas en el artículo 21, y por lo que hace a las accesorias en el 22, sino que le dedica un precepto especial, el artículo 23, a cuyo tenor: «La caución y la sujeción a la vigilancia de la Autoridad podrán imponerse como penas accesorias o como medidas preventivas en los casos especiales que determina este Código y el de Procedimiento». Se reconoce, pues, a la caución una naturaleza variable.

El Código colombiano de 1936 declara en su artículo 42: «Son penas accesorias, cuando no se establezcan como principales, las siguientes: ... La caución de buena conducta...».

El Código hondureño de 1906 (texto según D. de 20 de enero de 1931) distingue, en su artículo 24, entre penas aflictivas, no aflictivas, correccionales, comunes y accesorias. En el grupo de las comunes sitúa la caución, junto a la sujeción a vigilancia y la multa».

En Venezuela, el Código de 1926 recoge la caución en la larga lista de penas no corporales, entre las que se cuentan también la sujeción a la vigilancia de la Autoridad pública, la multa y el comiso.

El Código de Defensa Social cubano de 1936 clasifica las «sanciones» imponibles en principales y accesorias, tanto respecto a las personas naturales como a las personas jurídicas, y en ambos supuestos coloca la caución de probidad en el segundo grupo, a continuación de la vigilancia de Autoridad (artículos 51 y 52). Luego, en el artículo 589, regula esta sanción bajo la rúbrica de «medidas de seguridad patrimoniales», que comprende también la confiscación especial y la clausura de establecimientos.

En México, el artículo 24 del Código Penal de 1931 (texto según

(76) JIMÉNEZ DE ASÚA: *Códigos penales iberoamericanos*, Caracas, 1946.

(77) FERRER SAMA, PUIG PEÑA, QUINTANO RIPOLLÉS y DÍAZ-PALOS.

el D. de 31 de diciembre de 1943), incluye la caución de no ofender en la relación indistinta de penas y medidas de seguridad.

En Perú, el Código penal de 1924 se ocupa de la caución en el Título IV del Libro I, dedicado a las penas, medidas de seguridad, etcétera, pero curiosamente no aparece en el artículo 10, pese a que allí se enumeran «las únicas penas y medidas de seguridad que pueden imponerse».

El Código uruguayo de 1933 clasifica, en su artículo 92, las medidas de seguridad en curativas, educativas, eliminativas y preventivas, grupo este último integrado por la caución de no ofender y la vigilancia de la Autoridad (artículo 100).

Digamos, por último, que es posible encontrar en los Códigos iberoamericanos alguna muestra muy interesante de caución sustitutoria de otra sanción. A tenor del párrafo 1.º del artículo 86 del Código paraguayo de 1914, «en la tentativa de delito que no merezca más de dos años de penitenciaría y en las amenazas, la pena podrá ser sustituida, a petición del interesado, por la caución de no ofender». Y, en el párrafo 3.º se añade, «si el que otorgó la caución comete la infracción de que se trate, a más de sufrir el máximo de la pena correspondiente, perderá la cantidad dada como fianza».

Fuera ya de toda sustitución, los artículos 38 y 40 del vigente Código peruano parecen ver en la caución una sanción pecuniaria remitida condicionalmente, puesto que la restitución o cancelación de la fianza, o su pérdida en beneficio de la Caja de indemnizaciones depende del comportamiento del reo durante «el período de prueba».

Más claro aún era el Código mejicano de 1871, cuya caución une a la promesa de no cometer el delito la de abonar la multa en su caso. De acuerdo con su artículo 166, «llámase caución de no ofender la protesta formal que en ciertos casos se exige al acusado, de no cometer el delito que se proponía y de satisfacer, si faltare a su palabra, una multa (sic) que fijará el Juez previamente...». Pero el legislador no se conforma con esta declaración sobre la multa, antes al contrario, dispone que su «pago se garantizará con bienes suficientes o con fiador idóneo por el plazo que el Juez fije». Creemos difícil dar con un ordenamiento en el que se reconozca más claramente la naturaleza de la caución como multa remitida bajo condición (78).

IV. CLASIFICACION

La clasificación de la caución tiene mucho de visión calidoscópica, lo cual no puede sorprender tras la lectura de las páginas anteriores. Los diferentes criterios seguidos para esta labor se entrecruzan hasta ofrecernos innumerables combinaciones. Pensamos, sin embargo, que esta variedad de enfoques ofrece la ventaja de proporcionar una imagen de la caución mucho más rica de la obtenida mediante el estudio del modelo acogido en cada legislación concreta. Más adelante será

(78) Recuérdese lo dicho más arriba sobre el Derecho israelí

llegado el momento de individualizar la caución o cauciones de algunos ordenamientos, como el italiano, el suizo, los de algunos países socialistas y, naturalmente, el español.

Veamos las clasificaciones más importantes, prescindiendo de las cauciones procesales.

A. Por su naturaleza:

De acuerdo con el Derecho comparado y la doctrina cabe referirse a la caución como medida preventiva predelictual, pena, medida de seguridad y medida «sui generis». Sobre su semejanza íntima con una multa suspendida condicionalmente puede verse el capítulo anterior.

B. Por el bien jurídico afectado:

Procede colocar junto a las formas de caución como sanción pecuniaria, la caución como pena similar a la vigilancia por la Autoridad.

C. Por sus elementos esenciales:

Cabe distinguir entre la caución constituida por simple compromiso, (sin perjuicio de que su incumplimiento implique o no consecuencias económicas), la caución garantizada y el afianzamiento sin necesidad de promesa previa expresa.

D. Por la clase de garantía:

El afianzamiento puede ser en metálico, real o personal. A su vez, el personal admite tres variantes, según se mueva sólo en el ámbito económico, en el moral o en ambos.

La caución puede ir acompañada también de un ayudante de prueba, al estilo del «probation officer» inglés, o del «Bewährungshelfer» alemán.

E. Por su finalidad:

La caución se dirige en ocasiones a asegurar la buena conducta general del sancionado. Otras, la no comisión de infracciones delictivas. Otras, la no ejecución de un delito determinado. Y otras, por último, a conseguir el respeto de ciertas reglas de conducta, al estilo de las «Weisungen» del Código penal alemán, o las obligaciones especiales del artículo 38 del Código penal peruano.

F. Por su esfera de aplicación:

Puede construirse, teóricamente, una larga serie de posibilidades. Sólo como ejemplos deben citarse la caución en caso de amenazas, la impuesta por delito intentado o frustrado, y la destinada a impedir cualquier clase de daño.

G. Por su forma de empleo en relación con otras sanciones:

1. La caución puede ser sanción principal o accesoria. En el primer caso cabe sea impuesta bien como sanción única, bien como conjunta.

2. Desde otra perspectiva, la caución admite una imposición directa, como prevista de forma inmediata a nivel legal, y otra indirecta, sustituyendo a otra sanción, bien a nivel legal, bien a nivel judicial.

H. Según su imposición sea o no imperativa:

La caución se divide en preceptiva y facultativa.

I. Por su mayor o menor determinación:

La caución puede ser determinada o indeterminada, en relación

con su duración, con su cuantía o con ambos elementos. El número de combinaciones nos dará el de los términos de esta clasificación.

J. Por su gravedad:

Esta división pertenece, más bien, al ámbito de las penas. En ese marco la caución puede ser pena grave, leve o común (por referirnos sólo a los ordenamientos con tripartición de infracciones criminales). El criterio distintivo ha de recaer, si no queremos conformarnos con una división formal, en los citados elementos cuantitativo y temporal, considerados conjunta o separadamente.

V. LA CAUCION DEL VIGENTE CODIGO PENAL ITALIANO

La caución de buena conducta se halla regulada, como medida de seguridad patrimonial, en los artículos 237 a 239 del vigente Código penal italiano (79). Consiste en el depósito, en la Caja de Multas, de una suma de dinero entre 8.000 y 160.000 liras, según los límites fijados en el artículo 6 del Decreto de 28 de octubre de 1947. Se admite también sustituir el depósito por garantía hipotecaria o fianza personal y solidaria.

La imposición de la caución presupone la constatación judicial de la peligrosidad social del sujeto, pero aquélla no es preceptiva, sino discrecional. De acuerdo con las normas del Código penal sólo procede en los casos siguientes:

a) Cuando la persona en estado de situación vigilada (que no debe confundirse con la situación del liberado condicional) incumple las obligaciones inherentes a aquélla (artículo 231).

b) Cuando, concluida la asignación a una colonia agrícola o Casa de trabajo, el Juez no considere oportuno utilizar la libertad vigilada (párrafo 2.º del artículo 230).

c) Cuando se infringe la prohibición de frecuentar tabernas y establecimientos públicos de bebidas alcohólicas, y el Juez prefiere la caución a la repetida libertad vigilada (artículo 234).

d) Cuando el condenado por contravención de juego de azar sea habitual o profesional del mismo, y el Juez estime conveniente añadir junto a la libertad vigilada la caución de buena conducta (artículo 230, número 3, y artículo 718 del Código penal).

La sanción que nos ocupa puede ser impuesta tanto por el Juez de conocimiento, en la misma sentencia condenatoria, como posteriormente por el Juez de ejecución, si la Ley lo consintiere (artículos 205 y 236 del Código penal). Su duración, que se inicia con el día en que se presta la caución, no puede ser superior a cinco años ni inferior a uno. Se prevé expresamente la revocabilidad de la caución, no sólo mediante decreto del ministro de Justicia, en cualquier momento, sino también por decreto del Juez de ejecución, una vez transcurrido el plazo mínimo, si se considerara desaparecido el estado de peligrosidad.

En el supuesto de que no se efectúe el depósito de la suma, o no

(79) Sólo el comiso la acompaña en este grupo de sanciones.

se preste la garantía real o personal, el Juez sustituye la caución por la libertad vigilada (artículo 238).

Ha de notarse que, pese al nombre, en realidad el sujeto peligroso no asume el deber de observar buena conducta en general, sino el de no incurrir en nuevos delitos o contravenciones penadas con arresto.

Si durante el cumplimiento de esta medida la persona a ella sometida comete una de aquellas infracciones, la suma depositada o garantizada se entrega definitivamente a la Caja de Multas. En caso contrario, se devuelve el depósito o se cancela la fianza. Cuando está última tiene carácter personal, se extingue «ope legis».

El término primeramente fijado no es prorrogable, rechazándose el reexamen de la peligrosidad en perjuicio del sancionado.

La transgresión del compromiso contraído no permite ni acudir a otra medida de seguridad como sustantivo, ni renovar la propia caución (80).

Lamenta Manzini la escasa aplicación de esta medida, dadas las condiciones económicas de la mayoría de los delincuentes, y vista la dificultad de encontrar personas solventes que se hallen dispuestas a prestar fianza a favor de condenados socialmente peligrosos (81).

VI. LA CAUCION DEL VIGENTE CODIGO PENAL SUIZO:

La denominada «Friedensbürgschaft» o «cautionnement preventiv» del vigente Código penal suizo se sitúa en la rúbrica «Otras medidas», acompañada por el comiso (82), el destino o uso a favor del perjudicado (83), la publicación de la sentencia y la inscripción en el Registro Penal.

La normativa legal se contiene en un solo artículo, el 57. A su tenor, la caución solo puede imponerse en dos supuestos: A) Si existen razones para temer que quien ha proferido la amenaza de cometer un crimen o delito la cumpla efectivamente. B) Si el que ha sido ya condenado por un crimen o delito manifiesta la intención de repetirlo.

En el primer caso suele interpretarse ampliamente la noción de amenaza, que no siempre ha de tipificarse como delito de tal nombre (artículo 180). Esa es la opinión de Thormann y von Oberbeck (84), así como la de Schwander (85). También Ph. Graven, saliendo al paso de la identificación postulada por Zürcher (86) y Matter (87) antes:

(80) MANZINI: *Trattato...*, pág. 319 y ss.

FROSALI: *ob. cit.*, págs. 578 y ss.

ANTOLISEI: *Manual de Derecho penal*, Buenos Aires 1960, págs. 576-577.

BETTIOL: *Derecho penal*, Parte General, Bogotá 1965, págs. 796-797.

(81) MANZINI: *Instituciones...*, pág. 250.

(82) En su doble forma de "Einziehung gefährlicher Gegenstände" o "confiscation d'objets dangereux" (artículo 58) y "Verfall" o "devolution à l'Etat" (artículo 59).

(83) "Verwendung zugunsten des Geschädigten".

(84) THORMANN y VON OBERBECK: *ob. cit.*, pág. 205.

(85) SCHWANDER: *Das Schweizerische Strafgesetzbuch*, Zürich, 1964, reimpresión 1969, pág. 276.

(86) ZÜRCHER: *Motifs 1908*, 96. PV. 2.^a Com. exp. I, 342.

(87) MATTER: *Die Friedensbürgschaft (These)*, Zürich, 1909, págs. 111 y ss.

de la vigencia del presente Código, hace hincapié en las diferencias. Por un lado, «el artículo 180 requiere una amenaza grave, pero no necesariamente la amenaza de cometer una infracción, mientras que el artículo 57 se aplica en caso de amenaza de cometer una infracción, sin que sea preciso que tal amenaza sea grave». Por otro, «en caso de infracción del artículo 180 el Juez interviene por la sola razón de que se ha proferido la amenaza..., pero lo que justifica la actualización del magistrado en el caso del artículo 57 no es la amenaza en sí, sino la convicción de que existe un riesgo de que se ejecute, si no acudiera a la caución». Entiende igualmente que si el legislador sólo hubiera pensado en el delito de amenazas, lo habría manifestado así, sin duda alguna, en el texto del repetido artículo 57 (88).

En el segundo supuesto no es preciso que se haya amenazado con ese ulterior crimen o delito, bastando una conducta que refleje con claridad la intención en dicho sentido, como ocurre, por ejemplo, con las acciones preparatorias. Resulta indiferente que la voluntad de repetición se manifieste al tiempo de la condena o más tarde.

La imposición de la medida es facultativa, pero el Juez ha de actuar a petición de la parte en peligro.

La caución consiste en la exigencia de la promesa de no cometer el hecho y, si el Juez lo estimare oportuno, en el requerimiento para que el sujeto preste adecuada fianza.

No regula el Código la forma de la promesa, pero la doctrina considera que es suficiente documentar la respuesta afirmativa a la pregunta sobre tal extremo. El importe de la garantía se determina al arbitrio del Juez, si bien éste deba fijar una cifra lo suficientemente alta como para asegurarse de que el sancionado cumplirá su palabra. Muy buena acogida tuvo entre los juristas la decisión del Tribunal Cantonal de San Gallen, de 6 de septiembre de 1955, según la cual habrá de atenderse a «la credibilidad de la persona, la fuerza de la voluntad criminal, la gravedad del crimen o delito con que se amenaza y la capacidad económica del sujeto» (89).

Al Juez le corresponde decidir también sobre la forma que adoptará la garantía, o más exactamente sobre la clase de los objetos a depositar, pues aquí radica una de las peculiaridades de la caución suiza. Contrariamente a lo que sucede en los derechos de inspiración anglosajona, en los que el sancionado se compromete a pagar al Estado determinada suma de dinero si incumpliera sus obligaciones o realizara el mal que se trata de evitar, el afianzamiento del Código penal helvético implica el depósito inmediato —o en el plazo que se señale— del metálico, títulos o joyas, según haya sido la elección judicial. Eso sí, tal depósito constituye la única exigencia legal, siendo indiferente se realice por el propio interesado o por un tercero (90).

(88) PH. GRAVEN: *ob. cit.*, pág. 44.

(89) SCHWANDER: *ob. cit.*, pág. 277.

PH. GRAVEN: *ob. cit.*, pág. 73.

(90) PG. GRAVEN: *ob. cit.*, págs. 71 y 72.

La caución tiene necesariamente, y por disposición del citado artículo 57, una duración de dos años. Los autores, ante el silencio del Código, discrepan acerca del momento en que se inicia el cómputo. Thormann y von Oberbeck (91) creen que ha de partirse del día de la firmeza de la resolución. Schwander (92) y Ph. Graven (93) se pronuncian por la fecha de prestación de la fianza.

Aunque la garantía real acompañe generalmente a la promesa, ello no es preceptivo. El párrafo 1.º del artículo 57 del Código penal indica que el Juez «podrá exigir del interesado la promesa de no cometerlo (el crimen o delito) y obligarle a prestar adecuada seguridad (94), lo que ha sido interpretado como que son dos las posibilidades sucesivas que se abren ante el Juez: una, la de exigir o no la promesa; otra, la de, en caso afirmativo, acudir o no al afianzamiento. Como además el párrafo 2.º de ese mismo artículo dispone que «cuando (el sujeto) rehuse tal promesa o no preste maliciosamente la garantía en el plazo fijado, el juez podrá conminarle con arresto de seguridad», cabe concluir que la caución suiza puede ser impuesta a un insolvente, si bien, como es lógico, en tal caso lo normal sea prescindir del afianzamiento. Parece igualmente que si, por una u otra razón, se hubiera acordado la prestación de garantía y ésta no tuviera lugar por la insolvencia no dolosa del interesado, faltaría la malicia precisa para que el Tribunal acuda a la conminación con la privación de libertad (95).

Si se ejecutara el mal o la infracción criminal, se produce la confiscación automática de lo depositado, admitiéndose la adjudicación al perjudicado, de acuerdo con el párrafo 2.º del artículo 60 del Código penal. En otro caso, se acuerda la devolución (96).

No es fácil determinar la naturaleza jurídica de la caución suiza. Ya Jiménez de Asúa, al ocuparse del Anteproyecto de 1915, escribió que la caución, como la confiscación de objetos peligrosos, los abonos al lesionado, la publicación de la sentencia y el casillero judicial podían estimarse «medidas de prevención» (97).

De acuerdo con Thormann y von Oberbeck, esta caución constituye una «medida con carácter preventivo», y no una pena, ni siquiera accesoria. No presupone una condena, aunque éste sea el caso más frecuente. Schwander ve en ella una «medida de seguridad preventiva», encaminada a impedir que una persona aparentemente peligrosa cometa un crimen o delito, es decir, una infracción penal muy grave o grave, en la tripartición del ordenamiento helvético.

Para Ph. Graven, la actitud del Código, que engloba la caución bajo la rúbrica de «otras medidas» (artículos 57 a 62), separándola de

(91) THORMANN y VON OBERBECK: *ob. cit.*, pág. 206.

(92) SCHWANDER: *ob. cit.*, pág. 277.

(93) PH. GRAVEN: *ob. cit.*, págs. 70 y 71.

(94) El carácter real de ésta se desprende del párrafo 3.º.

(95) PH. GRAVEN: *ob. cit.*, pág. 74.

(96) SCHULTZ: *Einführung in den Allg. Teil des Strafrechts*, Bern, 1973, págs. 149-150.

(97) JIMÉNEZ DE ASÚA: *La unificación...*, págs. 306-307.

las medidas de seguridad propiamente dichas (artículos 42 a 45), refleja el propósito legal de no pronunciarse sobre la naturaleza de una institución que admite diversas apreciaciones. Opina, sin embargo, que la naturaleza de la caución «es mixta, sin ser equívoca» (98). Citiéndose al supuesto más corriente, el de la promesa acompañada de afianzamiento, cree que el elemento moral —la manifestación de voluntad en el sentido de no querer realizar los hechos pedidos— juega un papel secundario, y en ocasiones, aislado de las garantías, podría ser contraproducente, al acentuar la desconfianza legal hacia el sujeto, incitándole quizá a la rebeldía. El elemento patrimonial sería, a su entender, el más sobresaliente, como se observa en la frecuencia con que la legislación comparada denomina medidas patrimoniales a figuras de características análogas a las de la caución suiza.

Subraya Ph. Graven en la faceta patrimonial—y frente a los ordenamientos anglosajones— que la medida helvética no representa un simple reconocimiento de deuda, sino un depósito, una verdadera confiscación, que se convertirá o no en permanente, según la conducta del sancionado. Con todo, y pese a opinar, por un lado, que las consideraciones patrimoniales no juegan ningún papel en las medidas de seguridad, y que, por otro, la privación de libertad es elemento esencial de aquéllas, piensa que la identidad de fin, o sea, la prevención del crimen, sitúa a la caución más cerca de tales medidas de seguridad que de las «otras medidas» (99), que la acompañan en su ubicación legal.

La doctrina y la escasa jurisprudencia son unánimes en cuanto a la naturaleza coercitiva del arresto de seguridad o «Sicherheitshaft», que, como se vió al reproducir el párrafo 2.º del artículo 57, se impone siempre al sancionado que no prestara promesa, y puede imponerse al que no presta la fianza, dependiendo de que su comportamiento sea o no malicioso. Hafter, estudiando los antecedentes inmediatos del actual Código, habla de «Zwanghaft» o arresto coercitivo (100). Thormann y Von Oberbeck rechazan tenga naturaleza de pena —no atribuida siquiera formalmente en el texto legal— y lo califica de medida coercitiva o «Zwangsmassnahme» (101). De forma parecida, Schwander le atribuye la naturaleza de una pena coercitiva o «Beugestrafe» (102). En realidad los juristas suizos—entre ellos los citados—, al aceptar ese carácter coercitivo del arresto de seguridad rompen el dilema penas-medidas de seguridad (103).

Con mayor profundidad se ocupa del tema Ph. Graven, preguntándose si estamos en presencia de una pena por desobediencia o de una «astreinte». Su respuesta es categórica a favor de la segunda, pues a

(98) PH. GRAVEN: *ob. cit.*, pág. 12.

(99) PH. GRAVEN, *ob. cit.*, págs. 13, 14 y 15. Ver supra el apartado sobre la naturaleza de la caución.

(100) HAFTER, *ob. cit.*, pág. 386.

(101) THORMANN y VON OBERBECK, *ob. cit.*, pág. 206.

(102) SCHWANDER: *ob. cit.*, pág. 277.

(103) También tiene carácter puramente coercitivo el arresto por impago de multa en Francia.

la naturaleza de pena se opondría el carácter facultativo de la imposición (pese a ser, en su caso, pena única), la anomalía de que una pena se imponga en precepto de la Parte General y no en la Especial), la existencia de un artículo dedicado especialmente a la tipificación y condena de la desobediencia (artículo 292) y, si se estimara que el artículo 57 sustituiría al 292 por razón de especialidad, las consecuencias que de ello se derivarían, como la posible aplicación de la remisión condicional, la agravación por la concurrencia de circunstancias, etc. El problema no sería, ni mucho menos, académico, pues entiende Graven que, si se admitiera para este arresto la consideración de pena, habría de cumplirse una vez impuesto, aunque el interesado se aviniera a prestar la promesa o fianza. Hace suyas estas autor las palabras de Logoz, según las cuales «la detención no es aquí una pena, sino un medio de coerción, por lo que su aplicación debe cesar con la obtención del fin, y lo más tarde a los dos meses», añadiendo que «la detención es un astreinte destinada a forzar la voluntad del interesado, y no sanciona ni una infracción independiente ni, claro está, la insolvencia o aislamiento social» (104).

La caución helvética no parece haber tenido la aceptación práctica que sus defensores esperaban. Frey afirma que «la criatura nació muerta» y «es hoy una pieza de museo sin importancia real». Cree que en todo caso se trata de una institución incapaz de contribuir a la lucha contra las penas cortas privativas de libertad, pero sus críticas se dirigen principalmente a su imposición a instancia de parte. En su opinión, «una medida de seguridad cuya imposición depende de la voluntad de un particular es un monstruo legislativo en nuestro sistema de sanciones» (105).

VII. LA NUEVA CAUCION EN LOS PAISES SOCIALISTAS

La preocupación del Derecho socialista por la readaptación del delincuente, unida al deseo de una mayor participación de la sociedad en la Administración de Justicia, ha plasmado en una variada intervención de entidades administrativas, agrupaciones y, sobre todo, de las empresas nacionalizadas, unas veces en el ámbito de la condena condicional, y otras en novedosas formas de caución. Posiblemente haya sido la República Democrática Alemana, el país donde este movimiento ha rendido sus principales frutos, pero cualquier exposición quedaría incompleta sin una referencia a la Unión Soviética y a algunas otras naciones del denominado Bloque Oriental.

1. Unión Soviética, Checoslovaquia, Bulgaria y Polonia.

Aunque se asegura que la caución ya existió en la Unión Soviética en 1924, parece que, tras el silencio de los Principios Fundamentales

(104) PH. GRAVEN: *ob. cit.*, págs. 76 a 79.

(105) FREY: *Ausbau des Strafsystems*, ZStW, 1953, Band 65, Heft 1, pág. 17.

para la Legislación Penal de las Repúblicas de la Unión, de 1958, el precedente inmediato de tal sanción, en su forma actual, se encuentra en el artículo 5 del Proyecto de Ley «sobre la revalorización del papel de la sociedad en la lucha contra los infractores de la legalidad comunista», de 1959.

Hoy, el Código de la República Socialista Rusa de 2 de octubre de 1960, no sólo recurre a organizaciones sociales y empresas colectivas para, sin exigirles declarar su voluntad de afianzar, confiarles la reeducación del condenado condicional (artículo 44), sino que en su artículo 52 regula una verdadera caución, a caballo del Derecho penal sustantivo y del procesal.

Se trata en este segundo caso de una condena remitida en la línea del sistema noruego, o sea, con sobreseimiento del proceso, y en la que constituye requisito esencial la garantía o afianzamiento por parte de un «colectivo» socialista. En realidad esta caución soviética se adelanta al proceso en sentido estricto, marginándolo y renunciando anticipadamente a la pena. Sólo cabe respecto a infracciones de escasa trascendencia y reducida peligrosidad social, cuyo autor, además de reconocer el hecho y su culpabilidad, haya observado buena conducta y carezca de antecedentes penales (106).

En Checoslovaquia, el Código penal de 29 de noviembre de 1961 prevé la caución como medio de, en determinados supuestos, prescindir de la pena, según la institución que los alemanes conocen como «Absehen von Strafe», en la línea del perdón judicial (párrafo 1.º b, del artículo 58). Se emplea también en relación con la libertad condicional.

El Código penal búlgaro de 16 de marzo de 1968, aunque con rasgos propios, sigue el ejemplo soviético de sobreseimiento condicionado por la caución, al igual que ocurre con el Código penal polaco de 19 de abril de 1969 (artículos 27 y siguientes). En este último se dispone además que la suspensión condicional de la ejecución de la pena ya impuesta puede hacerse depender de la caución prestada por algún organismo, sociedad o, incluso, persona particular (107).

2. República Democrática Alemana.

La caución o «Bürgschaft» de la República Democrática Alemana ha sido vista como un compromiso tanto jurídico como moral, al que, precisamente por su naturaleza mixta, no cabe calificar de pena, ni principal, ni complementaria. Por otro lado, al quedar sometida a la voluntariedad e iniciativa del fiador —por lo general una fábrica o explotación colectivizada («Kollektiv») — se subraya cómo su utilización equivale a una resolución conjunta del Tribunal y de la empresa socialista, con lo que ello significa de popularización de la Justicia o, si se prefiere, de acercamiento de ésta al sano y responsable sentir popular.

(106) FELDBRUGGE: *Sowjet Criminal Law*, págs. 245 y ss.

(107) SAGEL-GRANDE: *Die Entwicklung der Sanktionen ohne Freiheitsentzug in Strafrecht der DDR*, Berlín, 1972, págs. 239-240.

Nacida la caución germano-oriental en el Decreto de la Administración de Justicia de 4 de abril de 1963, ha sido mantenida y desarrollada en el vigente Código penal de 12 de enero de 1968. Si hacia afuera, hacia el fiador, simboliza la colaboración entre Pueblo y Estado, en relación con el culpable ha de facilitar su reeducación, respetando su voluntad y sin coacción alguna.

El garante será comúnmente una «colectividad socialista», pero no se excluye que la caución pueda correr a cargo de una comunidad de vecinos o de una agrupación deportiva. En casos muy especiales, sobre todo tratándose de un reo joven, se admite la caución de una persona individual, que pueda servir de ejemplo al afianzado.

Es de notar que la caución no funciona en la República Democrática Alemana como requisito o complemento de una condena condicional, sino como medio de conseguir que al culpable se le imponga únicamente una pena no privativa de libertad. Tras la oferta del presunto fiador, acompañada del plan de medidas en que se concretará su futura labor, y una vez obtenida la aprobación del Tribunal, el compromiso de caución se hace por escrito. Su duración normal es de un año y la entidad o persona garante, aunque obligada a informar periódicamente y comunicar cualquier incumplimiento por parte del reo respecto a sus propios deberes o reglas de conducta derivadas de aquel plan, no contrae responsabilidad jurídica alguna si no se alcanzan los fines deseados. En este último supuesto es posible cancelar la caución, con los efectos consiguientes:

Parece que los delitos más usualmente favorecidos por la caución han sido los culposos, seguidos de las infracciones contra la propiedad y la honestidad, lesiones y determinados delitos de resistencia o injurias al Estado. Se estima que en todos ellos la mejor terapia es el fortalecimiento de la conciencia cívica del reo, y ello a través de una reeducación que, como ésta, tiene, además de las virtudes ya dichas, la de resultar en extremo económica.

Obsérvese que la caución de la República Democrática Alemana carece por completo de componentes patrimoniales. Es curioso que tal circunstancia la aproxime un poco a la caución española, que, como se verá en su momento, une a la garantía pecuniaria—cuyo peso gravita sobre tercero—la consistente en la integridad y ejemplaridad del fiador, así como en su beneficiosa influencia sobre el reo. Por decirlo con palabras de nuestro Código, el fiador germano-oriental basta con que sea moralmente «abonado» (108).

(Continuará)

(108) Ver BIEBL y POMPOES: *Nj* 68, págs. 520 y ss. Idem DÄHN: *Sozialistische Arbeitskollektive, y SCHLEGEL: Gedanken zu einer stärkeren, differenzierten Mitwirkung gesellschaftlicher Kräfte im Strafverfahren.*