

El perdón del representante legal y guardador de hecho en la Ley 46/1978 de 7 de octubre por la que se modifican los delitos de estupro y rapto

JOSE A. SAINZ CANTERO

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Granada

SUMARIO: I. Planteamiento de la cuestión. II. Génesis del inciso «en todos los delitos a que se refiere este título» del párrafo quinto del artículo 443: 1. Cuándo aparece. 2. ¿Ha sido voluntad del legislador extender a todos los delitos del Título IX la eficacia del perdón del representante legal o guardador de hecho?—III. La situación que crea: 1. Consecuencias que pueden derivarse del texto del nuevo párrafo quinto del artículo 443. 2. Una sentencia de la Audiencia Provincial de Granada.—IV. Hacia una solución del problema planteado: 1. Naturaleza del inciso. 2. La solución que se propone.

I

La Ley 46/1978, de 7 de octubre por la que se modifican los delitos de estupro y rapto, ha incorporado al artículo 443 un párrafo quinto, referente al perdón del representante legal o guardador de hecho del menor de dieciocho años o incapaz que, cuando menos, resulta sorprendente. De una primera lectura de la citada prescripción parece deducirse que el perdón del representante legal o guardador de hecho (a diferencia de lo que respecto al perdón del ofendido mayor de dieciocho años dispone el párrafo anterior, limitando su operatividad a los delitos de violación, abusos deshonestos, estupro y rapto —que son *los delitos mencionados en el párrafo primero* del artículo 443—) tendrá eficacia en todos los delitos del Título IX («en todos los delitos a que se refiere este título» se dice textualmente) si obtiene la necesaria aprobación del Tribunal competente, oído el Fiscal. Reza así el párrafo que nos ocupa: «El perdón del representante legal o guardador de hecho del menor de dieciocho años o incapaz, en todos los delitos a que se refiere este título, necesitará, oído el Fiscal, ser aprobado por el Tribunal competente. Cuando lo rechazare,

a su prudente arbitrio, ordenará que continúe el procedimiento o la ejecución de la pena, representando al menor o incapaz el ministerio Fiscal».

La modificación supondría, por tanto, extender la posibilidad de perdonar a otros delitos del Título, distintos a aquellos en que tradicionalmente tiene eficacia el perdón (se extendería al escándalo público, y a los delitos relativos a la prostitución), si bien limitada esta posibilidad al representante legal o guardador de hecho del menor de dieciocho años o incapaz; cuando el que perdone sea el mismo ofendido (capaz y mayor de dieciocho años) la facultad de perdonar no sería extensible a estos otros delitos, sino sólo a los de violación, abusos deshonestos, estupro y rapto.

A todas luces la innovación resulta incongruente y fácilmente se descubre que no ha podido ser voluntad del legislador lo que en la Ley aparece, como voluntad legal declarada, pero la realidad es que desde la entrada en vigor de la Ley 46/1978, de 7 de octubre, el nuevo artículo 443 en todos sus párrafos es ley, no ha sido rectificado, y puede invocarse, al amparo de su párrafo 5.º, la eficacia del perdón del representante legal, como después veremos se ha invocado, en un delito de corrupción de menores del artículo 452 bis b), núm. 1.

El inciso que da lugar al equívoco —«en todos los delitos a que se refiere este Título»— plantea en la actualidad una serie de interesantes cuestiones como son la determinación de su naturaleza (¿se trata de una errata, de un error de corrección, de un error de motivación...?), el modo de corregirlo si efectivamente constituye un error (¿Por un nuevo acto legislativo, mediante la mera interpretación judicial?), y, a la vista del momento prelegislativo en que nos encontramos (se ha anunciado como inminente el envío a las Cortes de un Proyecto de nuevo Código penal), si es preciso corregirla inmediatamente o puede esperarse a la promulgación del nuevo texto punitivo. Su estudio, pensamos, puede resultar de interés a la hora de la aplicación de la nueva Ley por nuestros Tribunales.

II

El análisis tiene que comenzar por la determinación del momento en que el inciso en cuestión se incorpora al texto que después será la Ley 46/1978 de 7 de octubre, y por la fijación de las finalidades que con ésta se quieren alcanzar. Todo ello nos lleva a bucear en las actas de las sesiones de las Comisiones de Justicia y Plenos de las Cortes (Congreso y Senado) para descubrir, en definitiva, la voluntad del legislador (1).

(1) Aunque con la doctrina dominante creemos que objeto de la interpretación debe ser la *voluntad de la ley* y no la *voluntad del legislador*, a los fines que ahora nos proponemos resulta obvio que es esta última la que interesa descubrir.

1. *El Proyecto de Ley* que sobre modificación de las edades en los delitos de estupro y rapto el Gobierno envía a las Cortes, no tiene otra finalidad que la de rebajar las edades que los tipos penales relativos al estupro y al rapto establecen, tratando de acomodarlas a la realidad social. El Proyecto es consecuencia de los *Pactos de la Moncloa*, en los que se comprometía el Gobierno a hacer esa modificación de edades. Su artículo único es suficientemente explicativo al respecto: «La edad de veintitrés años establecida en los artículos 434, 435, segundo párrafo del artículo 436, 437, 441, 443 y 447 se reducirá a veintiún años. La edad de veintitres años a que se refiere el párrafo primero del artículo 436 se reducirá a los dieciocho años».

En su intervención en la Comisión de Justicia del Congreso, un diputado de UCD (el señor Estella Goytre) explica el alcance y finalidad del Proyecto al oponerse al Grupo Socialista que proponía modificar otros aspectos de los delitos de estupro y rapto, diciendo que lo único previsto respecto a estos delitos en los programas de actuación jurídica y política de los Pactos de la Moncloa era la edad de la estuprada o raptada en cuanto decían «la modificación de las edades de la mujer, tomadas en consideración para la tipificación del rapto y del estupro» (2).

Ni en el debate sobre el Proyecto habido en la *Comisión de Justicia del Congreso* ni en el Dictamen de esta Comisión se alude para nada al inciso que nos ocupa. El párrafo 5.º del artículo 443 en el Dictamen tiene este texto: «El perdón del representante legal, protector o guardador de hecho del menor de edad necesita, oído el Fiscal, ser aprobado por el Tribunal competente. Cuando lo rechazare, a su prudente arbitrio, ordenará que continúe el procedimiento o la ejecución de la pena, representando al menor el Ministerio Fiscal» (3).

En el *Pleno del Congreso* donde se aprueba el Dictamen de la Comisión de Justicia tampoco se dice nada. El texto del párrafo 5.º del artículo 443 no ha recibido aún el inciso que estudiamos: «El perdón del representante legal, protector o guardador de hecho del menor de edad, necesita, oído el Fiscal, ser aprobado por el Tribunal competente. Cuando lo rechazare, a su prudente arbitrio, ordenará que continúe el procedimiento o la ejecución de la pena, representando al menor el Ministerio Fiscal» (4).

En el *Pleno del Senado*, donde se acuerda que el texto del Congreso pase a Comisión, no se habla para nada del párrafo 5.º del artículo 443, como es natural (5).

(2) Cfr. *Diario de Sesiones del Congreso de Diputados*, núm. 38 (de 7 de abril de 1978), pág. 1377.

(3) Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes*, núm. 81 (20 de abril de 1978), páginas 1662 y siguientes.

(4) Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes*, núm. 92 (de 6 de mayo de 1978), pág. 1862.

(5) Cfr. *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 26 (de 23 de mayo de 1978).

En el *Informe emitido por la ponencia* designada en el seno de la *Comisión de Justicia e Interior del Senado*, se dice que una de las enmiendas presentadas se orientaba a «que se modifique la redacción del artículo 443 del Código penal», enmienda que era la 4 (presentada por el grupo parlamentario Socialista del Senado) y que se considera «sustancialmente atendible» (6). En el texto del párrafo 5.º del artículo 443 que la Ponencia propone *aparece por primera vez el inciso que nos está ocupando*: El perdón del representante legal o guardador de hecho del menor de edad o incapaz, en todos los delitos a que se refiere este título, necesita, oído el Fiscal, ser aprobado por el Tribunal competente. Cuando lo rechazan a su prudente arbitrio, ordenará que continúe el procedimiento o la ejecución de la pena, representando al menor de edad o incapaz el Ministerio Fiscal».

Es aquí por tanto, donde tiene su origen el inciso. La diferencia entre el texto aprobado por el Pleno del Congreso y el que propone la Ponencia reside en los siguientes particulares: a) Se suprime la palabra «protector», hablándose sólo de representante legal o guardador de hecho; b) Se añade la expresión «o incapaz» después de la de «menor de edad»; c) Se añade el inciso «en todos los delitos a que se refiere este título»; d) En la última línea tras la palabra «menor» se añade «de edad o incapaz».

Conviene hacer notar que el *Informe*, en la motivación de su propuesta de texto del artículo 443, añade que «la Ponencia mantiene sustancialmente el texto aprobado por el Congreso de los Diputados, introduciendo, no obstante, algunas correcciones de tipo técnico en los párrafos primero y quinto, siempre en la línea de ser respetuosos con la conciencia social actualmente existente sobre el tema». Esta declaración parece descubrir que la modificación que realmente parece introducirse (ampliar la eficacia del perdón del representante legal o guardador de hecho a los delitos de escándalo público (!) y relativos a la prostitución) no la quería introducir la ponencia, en cuanto que no supone *mantener sustancialmente* el texto del Congreso y no se trata de una mera *corrección de tipo técnico*. Esto demuestra que lo que se declara no se quiere declarar y parece arrojar luz sobre lo que ha ocurrido: se quiere decir «en todos los delitos a que se refiere este Capítulo (o artículo)», que eso sí constituye una mera aclaración de tipo técnico y al hacerla sí se mantiene sustancialmente el texto aprobado en el Congreso (7).

No disponemos de los debates mantenidos en la Comisión de Justicia e Interior del Senado, por lo que no sabemos si el inciso que nos ocupa mereció alguna atención y si algún senador advirtió la trascendencia de lo que se decía en el párrafo 5.º del artículo 443. Las actas correspondientes no han sido publicadas. Pero cualquie-

(6) Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes*, núm. 116 (de 23 de junio de 1978), página 2497.

(7) Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes*, núm. 116, cit., pág. 2498.

ra que fuese el debate, el inciso salió airoso, sin corregirse la frase que crea el problema. El *Dictamen de la Comisión de Justicia e Interior*, pese a hacer ligeras variaciones en el texto del párrafo 5.º del artículo 443 —en lugar de «menor de edad» se dice «menor de dieciocho años», y en la última línea en lugar de «menor de edad» se dice simplemente «menor»— mantiene la frase «en todos los delitos a que se refiere este título»: «El perdón del representante legal o guardador de hecho del menor de dieciocho años o incapaz, en todos los delitos a que se refiere este título, necesitará, oído el Fiscal, ser aprobado por el Tribunal competente. Cuando lo rechazare, a su prudente arbitrio, ordenará que continúe el procedimiento o la ejecución de la pena, representando al menor o incapaz el Ministerio Fiscal» (8).

En la defensa que de ese *Dictamen* se hace en el *Pleno del Senado* por una senadora (la señora Pelayo Duque), se dice respecto al artículo 443 que la Comisión ha introducido «dos modificaciones de tipo técnico», una referente al párrafo primero del artículo (que aquí no nos interesa) y la otra referente al párrafo 5.º, consistente en equiparar al incapaz con el menor de edad (9). No se alude, por tanto, al inciso que analizamos, al que parece no dársele importancia ni considerarlo siquiera «modificación de tipo técnico». Por ello se pone de manifiesto que ni los integrantes de la Ponencia (que en su Informe introdujeron el inciso), ni la Comisión de Justicia e Interior del Senado, después, tienen voluntad de operar la trascendente modificación que supone hablar de *título* en lugar de decir *capítulo o artículo*. Si hubieran querido extender la eficacia del perdón del representante legal a otros delitos *del Título*, ¿no habrían explicado ante el Pleno del Senado el sentido de modificación tan importante? El Pleno aprobó el *Dictamen* —con el inciso incluido, del cual tampoco se habla en el debate del Pleno— pasando a la Comisión Mixta Congreso-Senado (10).

No hemos encontrado actas de los debates en esa Comisión Mixta, por lo que no consta que el inciso se tomara en consideración. Pero si se tiene en cuenta lo que un senador (el señor Navarro-Esteban) dice en el Pleno del Senado en defensa del *Dictamen* de la Comisión Mixta, puede afirmarse que no se discutió sobre el tema: «La reunión de la Comisión Mixta para examinar los textos distintos del Congreso y del Senado respecto al Proyecto de Ley de

(8) Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes*, núm. 122 (1 de julio de 1978), página 2446.

(9) «Por último, por lo que se refiere al Capítulo V, disposiciones generales, la Comisión ha introducido dos modificaciones de tipo técnico en el artículo 443. La primera se refiere al párrafo primero, en el sentido de eliminar la posibilidad de denunciar el cónyuge o el hermano por entender que la denuncia debería efectuarse bien por parte de la persona agraviada, del ascendiente, del representante legal o guardador de hecho, por este orden. En cuanto al párrafo quinto, se equipara al incapaz con el menor de edad». (Cfr. *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 36 (de 6 de julio de 1978), pág. 1428).

(10) Cfr. *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 36, ya citado.

Modificación de los delitos de estupro y rapto *tuvo una breve historia* que fue la aceptación por los representantes del Congreso de los Diputados del texto íntegro propuesto por esta Cámara. Se aceptó íntegramente teniendo en cuenta tanto razones de sistemática —venía mejor sistematizado, describía exactamente los tipos sin remisión alguna a modificaciones parciales del articulado del Código penal vigente— como que significaba una innovación mucho más profunda, más importante, más rica de los tipos de estupro y rapto. Una modificación también, por qué no decirlo, mucho más progresiva» (11). Al publicar su *Dictamen*, se dice que la Comisión ha estudiado «las discrepancias entre los textos aprobados por el Congreso de los Diputados y por el Senado» (a los efectos que en este trabajo interesan ambos textos son discrepantes), proponiéndose en el Dictamen el siguiente texto del párrafo 5.º del artículo 443, que mantiene el inciso: «El perdón del representante legal o guardador de hecho del menor de dieciocho años o incapaz, en todos los delitos a que se refiere este título, necesitará, oído el Fiscal, ser aprobado por el Tribunal competente. Cuando lo rechazare, a su prudente arbitrio, ordenará que continúe el procedimiento o la ejecución de la pena, representando al menor o incapaz el Ministerio Fiscal» (12).

El Pleno del Senado aprobó el Dictamen de la Comisión Mixta Congreso-Senado, por lo que el párrafo 5.º pasó este trámite en la forma en que lo hemos transcrito, y, con él el inciso que nos ocupa (13). El *Pleno del Congreso*, sin debate al no existir turno ni a favor ni en contra, aprobó también el Dictamen de la Comisión Mixta (14)

De conformidad con estas aprobaciones de las Cortes, se promulga la Ley 46/1978 de 7 de octubre, por la que se modifican los delitos de estupro y rapto, en la que se da el siguiente texto al párrafo 5.º del artículo 443: «El perdón del representante legal o guardador de hecho del menor de dieciocho años o incapaz, *en todos los delitos a que se refiere este título*, necesitará, oído el Fiscal, ser aprobado por el Tribunal competente. Cuando lo rechazare, a su prudente arbitrio, ordenará que continúe el procedimiento o la ejecución de la pena, representando al menor o incapaz el Ministerio Fiscal.»

De este modo, que la historia parlamentaria de la modificación pone de manifiesto, se ha introducido en nuestro ordenamiento penal el inciso «en todos los delitos a que se refiere este TÍTULO».

2. De la evolución legislativa que se acaba de analizar, parece deducirse con toda claridad que la voluntad del legislador no ha

(11) Cfr. *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 56 (21 de septiembre de 1978), pág. 2791.

(12) Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes*, núm. 146 (de 7 de septiembre de 1978).

(13) Cfr. *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 56, ya citado.

(14) Cfr. *Diario de Sesiones del Congreso de Diputados*, núm. 120 (27 de septiembre de 1978).

sido extender a todos los delitos del Título IX («Delitos contra la honestidad») la eficacia del perdón, si bien condicionado a la aprobación del Tribunal competente, cuando lo otorga el representante legal o guardador de hecho del menor de dieciocho años o incapaz. Son varias las razones que avalan esta afirmación:

a) No era esa la finalidad del Proyecto de Ley que fue enviado por el Gobierno a las Cortes. Ese Proyecto lo motiva el cumplimiento de los Pactos de la Moncloa que en el área de la legislación penal, entre otros particulares, imponía al Gobierno «la modificación de las edades de la mujer tomadas en consideración para la tipificación del rapto y del estupro». Nada se dice respecto a otros delitos del título.

b) Aunque la labor de las Cortes amplía considerablemente el propósito del Gobierno y remodela los delitos de estupro y rapto en su misma estructura, no se encuentra ninguna referencia que suponga el más leve intento de abordar otras modificaciones que afectarían a otros delitos del Título, y mucho menos la de romper con un principio tradicional que es el de reconocer más valor y otorgar mayor eficacia al perdón del ofendido mayor de edad que al del representante legal o guardador de hecho del menor. Aunque el inciso introducido supone esta importante modificación, no hay una sola alusión que llame la atención sobre ella ni, por supuesto, que trate de defenderla.

c) El inciso «en todos los delitos a que se refiere ese título» se introduce por primera vez en el Informe de la Ponencia de la Comisión de Justicia e Interior del Senado, con el que se quiere ser más explicativo sobre el área de delitos a que se refiere el perdón a que se alude en el párrafo 5.º, que no son otros que los que, con otra expresión, se abarcan en el párrafo anterior («en los delitos mencionados en el párrafo primero de este artículo»). Se creyó que era obligado especificarlo, por no bastar lo que se decía en el párrafo 4.º, y se evitó repetir la misma expresión por razones de estilo. En definitiva, se dice «Título» donde se quiere decir «Capítulo» o «artículo» y comprender sólo a los delitos de violación, abusos deshonestos, estupro y rapto que, a efectos de condición de perseguibilidad son idénticos, a diferencia de los restantes delitos del Título que son delitos perseguibles de oficio.

d) Consecuencia de todo ello es, que por no haberse advertido con posterioridad al Informe de la Ponencia de la Comisión de Justicia e Interior del Senado el error de expresión introducido en el párrafo 5.º del artículo 443, fue siendo objeto de sucesivas aprobaciones (Pleno del Senado, Comisión Mixta Congreso-Senado, y Plenos del Senado y Congreso), resultando así que el legislador, a través de la Ley 46/1978 de 7 de octubre, *declara lo que no quiere declarar*.

III

1. En el campo de la práctica, la situación creada es francamente confusa. Si sólo se tiene en cuenta el tenor literal del párrafo 5.º del artículo 443, la nueva Ley abre unas posibilidades inalcanzables hasta su entrada en vigor. De ellas la más chocante es la posibilidad de que el representante legal del menor de dieciocho años o incapaz pueda perdonar (si bien condicionada la eficacia del perdón a la aprobación del Tribunal¹ competente) delitos que son perseguibles de oficio; el nuevo texto, al hablar de los «delitos a que se refiere este *título*» establece la posibilidad de perdonar el delito de escándalo público (aumentando la confusión que ya creó el segundo párrafo del artículo 432 al hablar del ofendido menor de veintiún años) y los delitos relativos a la prostitución (para los que por tratarse de conductas de tercería, parece difícilmente defendible la admisión del perdón del representante legal), que son perseguibles de oficio. Se rompe así la normativa general del perdón establecida en el artículo 112 núm. 5, que prescribe efectivamente su eficacia para extinguir la responsabilidad criminal, pero limitándola a cuando la pena se haya impuesto por «delitos solamente perseguibles mediante denuncia o querrela del agraviado». Se contradice, igualmente, la prescripción del artículo 106, párrafo primero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que deja bien claro que «la acción penal por delito o falta que dé lugar al procedimiento de oficio no se extingue por renuncia de la persona ofendida».

No resulta menos sorprendente que se confiera al representante legal más amplia facultad para perdonar, en lo que se refiere al área de delitos a que se extiende, que la que se reconoce al ofendido. No es éste, sino precisamente el opuesto, el principio que inspira en nuestro ordenamiento la normativa del perdón. Aunque para la eficacia del perdón del representante legal o guardador de hecho se requiere además la aprobación del Tribunal competente, la realidad es —de atenernos sólo a la letra del nuevo texto— que existen delitos del Título IX que no puede perdonar el ofendido y sí el representante legal.

El efecto más sorprendente es que pueda extenderse la eficacia del perdón del representante legal o guardador de hecho del menor de dieciocho años o incapaz a los delitos de corrupción de menores tipificados en el artículo 452 bis b) del Código penal. La naturaleza de esta clase de infracciones parece rechazar cualquier clase de perdón, y, con mucha más razón, el del representante legal. A estos efectos no hay que olvidar que ni siquiera cuando la corrupción de menores se encontraba incluida en el Capítulo III del Título IX, junto a los tipos de estupro, y por tanto sistemáticamente antes de las «disposiciones comunes» que recoge el artículo 443, se extendía a ella el perdón, siendo muy preciso al respecto el párrafo cuarto de este artículo que se refería expresamente a «los delitos mencio-

nados en el párrafo primero de este artículo» que eran sólo los de violación, abusos deshonestos, estupro y rapo. Con base en ello, la jurisprudencia desde antiguo rechazó la posibilidad de extender la eficacia del perdón —del ofendido o del representante legal— a delitos distintos a los expresamente mencionados en el artículo 443.

2. Por más que pueda resultar evidente lo que se acaba de decir, mientras la letra del párrafo 5.º del artículo 443 refiera el perdón del representante legal o guardador de hecho del menor de dieciocho años o incapaz a *todos* los delitos a que se refiere el *Título*, podrá plantearse la pretensión de perdonar en delitos de corrupción de menores y los Tribunales tendrán que resolver la cuestión. Esta es obviamente menos grave porque el Tribunal puede, a su prudente arbitrio, rechazar el perdón otorgado por el representante legal o guardador de hecho, sin que su decisión sea discutible en casación; indudablemente si el inciso se hubiera introducido en el párrafo anterior respecto al perdón del ofendido, la situación creada hubiera sido caótica.

A las pocas fechas de entrar en vigor la Ley 46/1978 que nos ocupa, la Audiencia Provincial de Granada ha tenido que resolver sobre la posibilidad de perdonar el representante legal en una causa por delito de corrupción de menores.

A) Los hechos que dan lugar a la causa pueden resumirse así: Tres hombres (uno de treinta y dos años de edad y casado; y los otros dos solteros, de veinticinco años) conocieron en un campo deportivo de la ciudad a tres jóvenes de dieciséis, quince y trece años, a las que invitaron repetidamente al domicilio de uno de ellos, con el fin de seducirlas, exhibiéndoles inicialmente películas pornográficas y mostrándoles dibujos sobre formas de hacer el coito sin peligro de embarazo, realizando más adelante tocamientos lascivos e incluso accesos carnales, aunque permanecieron vírgenes las menores reseñadas, las cuales llegaron a pernoctar en el domicilio de uno de los procesados, lo que podían hacer porque engañaban a sus padres diciéndoles que iban a estudiar a casa de una amiga.

B) Los representantes legales de las menores (la madre, que envió durante la tramitación de la causa, de una de las jóvenes, y los padres de las otras dos) otorgaron el perdón a los procesados, con la declaración de que «no quiere(n) que los mismos sean castigados por los hechos objeto de estas diligencias», lo que se invoca ante la Sala con la petición de que, con base en ello, se declare extinguida la acción penal. El Ministerio Fiscal, con fecha 6 de marzo de 1978, emitió dictamen oponiéndose al pedimento porque «no estando comprendidos los delitos de que se acusa a los procesados en el párrafo 1.º del artículo 443 del Código penal, no puede admitirse el perdón». De acuerdo con ello, la Sala, en Auto de fecha 8 del mismo mes y año, rechazó el perdón.

Promulgada la Ley 46/1978 de 7 de octubre, la defensa de los

procesados vuelve a plantear la cuestión del perdón otorgado por los representantes legales de las menores con fecha 19 de octubre, invocando la retroactividad de la ley penal en lo que pueda beneficiar al reo y lo que se dice en el párrafo quinto del nuevo artículo 443 del Código penal. «Como se observa —se argumenta— la nueva redacción de la ley no limita la posibilidad de perdón a los artículos contenidos en el artículo 443 (derogado), sino a todos los comprendidos en el TÍTULO IX, contra la honestidad, entre los que se encuentran expresamente el que se imputa a los procesados por estar previsto y penado en el 452 bis b), 1.º». La alegación, cuya habilidad y oportunidad es digna de aplauso, viene motivada por el inciso que estudiamos y por la confusa situación que crea. Una mera interpretación literal, lleva a la conclusión que el escrito de la defensa esgrime. Aunque quizá sí ha sido el primero, mucho nos tememos que no haya sido el único planteado al publicarse el nuevo texto del párrafo quinto del artículo 443.

C) La sentencia de la Audiencia Provincial, de 4 de noviembre de 1978, aborda en uno de sus considerandos la cuestión del perdón otorgado por los representantes legales de las menores, a cuya admisión se opuso el Ministerio Fiscal (15) en fecha inmediata anterior al juicio. El razonamiento que se hace para rechazarlo es digno de todo encomio: «... Si bien se entiende que previamente hay que resolver la cuestión del perdón otorgado por los representantes legales de las menores, que a más de no aprobarse por esta Sala, carece de consistencia en relación con este delito, aún con la confusión que ha introducido la reforma aprobada por Ley de 7 de octubre de 1978, al hablar en el párrafo último del artículo 443 «del perdón del representante legal o guardador de hecho del menor de dieciocho años o incapaz, en todos los delitos a que se refiere este Título...» precepto que hay que conectar con el párrafo primero, pues sería de distinta condición el perdón otorgado por el representante a los delitos del párrafo inicial (violación, abusos deshonestos, estupro y rapto) que el del representante legal, a más que son disposiciones comunes, referidas a delitos descritos con anterioridad y no al de corrupción de menores, que se tipifica inmediatamente después, al suprimirse el adulterio por Ley de 26 de mayo de 1978; a más de que incluso el Capítulo III se denomina ahora «Del estu-

(15) Con anterioridad, la *Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo*, núm. 5 de 1978 (26 de octubre), orienta sobre la Ley 46/1978, de 7 de octubre, y respecto al problema que nos ocupa establece: «Al referirse a la necesidad de aprobación judicial del perdón otorgado por el representante legal o guardador de hecho del menor de 18 años o incapaz (párrafo quinto), introduce un inciso que dice: «en todos los delitos a que se refiere este Título, lo que claramente ha de entenderse en el sentido de que tales delitos son sólo aquellos para los cuales este artículo concede eficacia al perdón». La interpretación de la Fiscalía del Tribunal Supremo, como luego veremos, y en parte ya se ha visto, coincide plenamente con los resultados de la investigación que en este trabajo se hace.

pro». disquisiciones irrelevantes al haberse rechazado «hic et nunc» el perdón otorgado, a cuya concesión se opuso el Ministerio Fiscal en fecha inmediata anterior a este juicio».

Desestimado el perdón solicitado, se condena a cada uno de los procesados como autores de tres delitos de corrupción de menores, del artículo 452 bis, b), 1.º del Código penal.

IV

A la vista de la situación de confusión creada, no parece trabajo estéril el plantearse la búsqueda de una solución que pudiera venir bien del plano legislativo, bien del plano de la interpretación judicial. Para llegar —sin embargo— a una solución correcta, es necesario determinar antes cuál es la naturaleza del error que el inciso estudiado ha introducido, mediante la Ley 46/1978 en el párrafo quinto del artículo 443 del Código penal.

1. Según la doctrina más solvente (16) los errores que, con cierta relevancia, se introducen en las leyes pueden ser de tres clases:

Error de imprenta que se da cuando la discordancia entre el texto aprobado y el promulgado se debe a una mera errata de impresión, esto es, a «una equivocación material cometida en lo impreso o manuscrito» (17). En estos casos, el texto publicado declara algo distinto a lo que figura en el texto aprobado por el órgano legislativo, y por tanto, promulga lo que el legislador ni ha querido declarar ni siquiera ha declarado en el texto de la ley. El error que Gerardo Landrove denunció en el año 1967 (18), es a mi juicio de esta clase.

Error de redacción que se produce cuando «existe una declaración de voluntad errónea y resulta promulgado lo que el legislador no quería promulgar» (19). El error que conforma esa declaración de voluntad puede surgir en cualquier fase del proceso legislativo, entendiéndose éste desde el momento en que se aprueba el Proyecto por el Gobierno y su envío al órgano legislativo, hasta el momento en que se aprueba por éste el texto definitivo de la ley (el que se envía para su sanción, promulgación y publicación). En estos casos, el legislador no quiere declarar lo que declara y se promulga como voluntad del legislador lo que el legislador no ha querido declarar.

Error en el motivo que se da cuando «el legislador quiere y

(16) F. v. LISZT: *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, Madrid, 1916, páginas 91 y sigs.; E. MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, Madrid, 1935, págs. 146 y sigs.; L. JIMÉNEZ ASÚA: *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, Buenos Aires, 1964, págs. 370 y sigs.; J. M. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1976, págs. 155 y sigs.

(17) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, 1970.

(18) G. LANDROVE DÍAZ, *Sobre una inadvertida modificación del artículo 544 del Código Penal*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1967, págs. 387 y sigs.

(19) E. MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, I, cit., pág. 146.

declara algo, pero bajo la influencia de un error material» (20). Esta clase, que distinguen Mezger y Liszt, está muy próxima a la clase anterior con la que suele ser confundida, pero sobre el caso concreto es perfectamente distinguible de aquélla (21). Es una motivación errónea lo que lleva a hacer la declaración, pero la misma es voluntad del legislador y, por tanto, se declara lo que se quiere declarar.

A mi entender, el inciso que estudiamos ha introducido en la Ley 46/1978, y a través de ella en el Código penal un *error de redacción*. En el texto definitivamente aprobado por las Cortes se ha hecho una declaración de voluntad errónea; el error que ha dado lugar a esa declaración se incorpora en el Informe de la Comisión de Justicia e Interior del Senado (posiblemente una simple errata mecanográfica o manuscrita del informe, que no constituye errata de ley como es obvio). A causa de ello ha resultado promulgado lo que el legislador *no quería* promulgar (que el perdón del representante legal o guardador de hecho del menor de dieciocho años o incapaz pudiera extenderse, si el Tribunal lo aprueba, a delitos distintos a los de violación, abusos deshonestos, estupro y rapto).

Este error es fácilmente perceptible por el intérprete, para el cual debe estar claro que se trata de una *errónea declaración de voluntad* ya que lo que de él resulta:

a) No responde a la finalidad que la reforma se propuso, pues aunque se desbordó en las Cortes el área reformista del Proyecto de Ley (modificar *sólo* las edades que, como límite máximo de tutela penal de la libertad sexual, se fijaban en los delitos de estupro y rapto), no se salió del ámbito de estos dos delitos, aunque se hizo una total remodelación de las tipicidades que los contienen. La incidencia sobre las condiciones de perseguibilidad que el artículo 443 contempla, no tiene otra finalidad que poner de acuerdo el nuevo artículo con los nuevos límites de edad. Jamás se ha fijado a la reforma la finalidad de incidir sobre los delitos relativos a la prostitución.

b) Es contrario a la lógica, ya que da más extensión, que se traduce en una mayor eficacia, aunque haya de recibir la aprobación del Tribunal competente, al perdón del representante legal o guardador de hecho que al del ofendido.

c) Es también contrario al espíritu que anima todo el Título IX, que no puede ser convertir en delitos «perdonables» (y precisamente por el representante legal o guardador de hecho) las reprobables conductas de tercería que integran los llamados «delitos relativos a la prostitución».

d) Es contrario a la normativa del artículo 112, núm. 5 del Código penal, que limita los efectos del perdón (del ofendido y de su representante legal o guardador de hecho) a los delitos persegui-

(20) E. MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, I, cit., pág. 146.

(21) En la doctrina española la distingue L. JIMÉNEZ ASÚA, II, 372.

bles mediante querrela o denuncia y a lo dispuesto por el artículo 106 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según ya dijimos.

Estos datos son suficientes para que el intérprete —aun sin tener en cuenta el análisis de las diversas fases por la que atravesó el texto en su proceso parlamentario— advierta que se trata de un error.

En la doctrina es mayoritaria la opinión que sostiene que cuando se produce un error de redacción, como es el que estamos estudiando, el texto promulgado, error incluido, constituye ley (22), y para salvarlo es preciso un nuevo acto legislativo. Esta es también mi opinión respecto al que nos ocupa: el artículo 443 en todos sus párrafos es ley vigente, pese a la evidencia del error que ha incorporado su párrafo quinto. ¿Qué hacer entonces para corregirlo y salvar las absurdas consecuencias a que puede llevar?

2. Las posibles soluciones pueden reducirse a dos: una, la de que sea corregida por el intérprete sin necesidad de una nueva ley; otra, la de promulgar una nueva ley que rectifique el a todas luces evidente error del párrafo quinto del artículo 443. Dada la facultad que este párrafo otorga al Tribunal (el de rechazar el perdón del representante legal o guardador de hecho, a su prudente arbitrio) y que su decisión no puede ser objeto de casación (23), pudiera pensarse que la solución más correcta es la de dejar la ley como está y que los Tribunales corrijan el error mediante la interpretación judicial; solución que puede apoyar la circunstancia de que está próxima la promulgación de un nuevo

(22) F. von LISZT: *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, Madrid, 1916, página 91; E. MEZGER: *Tratado de Derecho Penal*, I, cit., pág. 146; RODRÍGUEZ DEVESA (*Derecho Penal. Parte General*, cit., pág. 157) distingue entre mero error de expresión, entendiendo que se solucionan con las simples erratas de ley cuando está clara la *ratio legis* y la lógica del precepto, esto es, las puede corregir el intérprete sin nuevo acto legislativo, y el error que no es simplemente de expresión, en cuyo caso piensa que el intérprete debe atenerse al texto defectuoso, siendo necesario un nuevo acto legislativo para corregirlo. «Si no se trata de un mero error de expresión, y el significado correcto no puede obtenerse por los diferentes métodos de interpretación, hay que atenerse al texto defectuoso de la ley y es necesario un acto legislativo para modificarlo». L. JIMÉNEZ ASÚA: *Tratado de Derecho Penal*, II, cit., pág. 372, dice, respecto a los casos de errores de redacción, que a veces ligan con errores conceptuales: «Aunque el legislador no quisiera lo que la ley dice, es ley lo promulgado. Pero como ocurrió en la jurisprudencia alemana, con la que Mezger se muestra de acuerdo, el juez puede corregir tales errores cuando con ello resulte excluida o atenuada una pena. Pero no deben dársele esas facultades cuando la rectificación perjudique al reo».

(23) La reciente STS de 28 enero 1978, refiriéndose a una resolución del Tribunal de instancia que rechazó el perdón del representante legal, dice: «Y al hacer uso tácitamente de tal facultad, se mueve dentro del campo del arbitrio judicial que le otorgan los artículos 443 y 112 del Código Penal... Por tanto, siendo facultativo del Tribunal, es cuestión que no puede discutirse en casación». En el mismo sentido, STS 7 diciembre de 1951 y 5 marzo de 1973, entre otras.

Código penal y en él puede corregirse el defectuoso texto del artículo 443 (24).

Esta solución sería aceptable si estuviéramos seguros de que todos los aplicadores de la norma ven con la misma claridad que nosotros lo erróneo del párrafo quinto del artículo 443. Pero, ¿y si alguno no pensara lo mismo?... ¿Y si algún Tribunal, entendiendo que la ley extiende la facultad de perdonar del representante legal y guardador de hecho a los delitos de corrupción de menores, por ejemplo y creyendo justo aprobar ese perdón lo aprobara, pese a la oposición del Fiscal?... Tampoco en este caso la resolución del Tribunal sería objeto de casación y produciría de inmediato sus efectos.

Para nosotros la solución oportuna es hacer la corrección mediante un nuevo acto legislativo, sin esperar a la promulgación del nuevo Código penal, que puede hacerse esperar mucho pese a la celeridad con que se está trabajando, pues son numerosos los Proyectos de Ley que se amontonan en las Cortes para ser discutidos cuando se apruebe la Constitución y nuestro bicameralismo —como se ha demostrado con la misma ley 46/1978 o con la 45/1978 que ha modificado los artículos 416 y 443 bis del Código penal, por no poner más que dos ejemplos muy próximos— pone plomo en la marcha del proceso de gestación de nuestras leyes. Además el no corregir el párrafo que estudiamos inmediatamente y hacerlo sólo mediante el nuevo texto primitivo que sucederá al vigente, del que forma parte ya el artículo 443, puede crear tras la entrada en vigor del nuevo Código problemas de retroactividad de la ley penal más favorable vinculados a la problemática de la ley penal intermedia. Mientras el acto legislativo corrector se promulga, los Tribunales podrán hacer uso de su «prudente arbitrio» para rechazar el perdón que se refiera a delitos distintos a los de violación, abusos deshonestos, estupro y rapto. Las razones sobran para ello.

(24) Esta es la solución seguida por la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo que ya hemos citado, y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada que se ha comentado.