

# Consideración especial de la caución española

JOSE LUIS MANZANARES SAMANIEGO

Doctor en Derecho

Magistrado

(Continuación)

## 1. Antecedentes hasta el siglo XIX

Es opinión común que el origen de la actual caución española se halla en la «recognizance» británica. Aceptada dicha institución por los Códigos piemontés y napolitano, de éstos la habría tomado nuestra Comisión de Códigos para incluirla en el de 1848, cuya normativa se ha mantenido sustancialmente hasta nuestros días (109).

No faltan, sin embargo, autores que señalan ciertos antecedentes de la caución en nuestro Derecho histórico. Quintano Ripollés (110), citando a Hinojosa (111), recuerda el pago germano de la paz, así como la «fiaduría de salvo» y el «fideyussio» de algunos fueros municipales. Córdoba (112), remitiéndose a su vez a Vilanova y Mañes (113), señala que en el Antiguo Régimen cabía imponer la caución de «non ofendendo» en el supuesto de amenazas. También Ramón Francisco Valdés, abogado de La Habana, hablaba ya en 1859, en su «Diccionario de Legislación y Jurisprudencia Criminal», de una caución juratoria y de otra de «non ofendendo», cuyo precedente se encuentra en los «fiadores de salvo», a los que se refieren las Partidas. Efectivamente, el Título XII de la Partida 7.<sup>a</sup> se ocupa «De las Treguas, de las Seguransas e de las pazes». Esta regulación parece conectar con las tradiciones germánicas. La ruptura del juramento específico acarrea consecuencias también específicas, que pueden llegar a la enemistad pública. Tampoco son ajenas a la institución estudiada las ideas dominantes en la composición y sus diversas manifestaciones (114).

---

(109) ALVAREZ y VIZMANOS: *ob. cit.*, pág. 261.

PACHECO: *ob. cit.*, pág. 348.

GROIZARD: *ob. cit.* T. 2, pág. 247.

(110) QUINTANO RIPOLLÉS: *Compendio de Derecho Penal*, T. I, Madrid, 1958, pág. 467.

(111) HINOJOSA: *El elemento germánico en el Derecho español*, T. II, Madrid, 1955, pág. 72.

(112) CÓRDOBA: *ob. cit.*, T. II, pág. 185.

(113) VILANOVA y MAÑES: *Materia criminal forense*, Madrid, 1807, T. II, pág. 131, y T. III, pág. 90.

(114) En la Ley I se define la tregua como «aseguramiento que se dan

## 2. *El movimiento codificador*

### A) El Código de 1822

El Código español de 1822 incluye esta sanción, no entre las penas pecuniarias, sino entre las no corporales, junto a la sujeción a la vigilancia especial de las autoridades (artículo 28).

Según su artículo 79: «El que por sentencia y por disposición de la Ley deba dar fianza de que observará buena conducta, tendrá la obligación de presentar un fiador abonado a satisfacción de la autoridad local respectiva. El fiador será responsable con sus bienes de todo delito o culpa que cometa el fiado dentro del término de la fianza. Si el reo no hallase fiador podrá ser confinado o arrestado donde pueda trabajar, por un tiempo que no pase de la mitad del señalado al afianzamiento».

Aunque se trate de una normativa que en algunos puntos se aparta mucho de la actual sobre todo en cuanto a la referencia a la buena conducta y no a un mal concreto, creemos ver en ambas una identidad básica. Ya en el texto de 1822 el aseguramiento consiste necesariamente en la presentación de un «fiador abonado», nota que se mantiene en los códigos posteriores, sin otra excepción que el de la Dictadura. Precisamente aquella característica es fundamental, como se verá con mayor detalle al exponer la caución del Código penal vigente, para determinar la naturaleza de la institución y negarle, desde la perspectiva del

los fijosdalgo entre sí unos a otros después que son desafiados, que no se fagan mai en los cuerpos, ni en los aueres en quanto la tregua durare". Segurança es "aseguramiento que se dem los otros omes que son de menor guisa quando acaesce enemistad entre ellos, o se temen unos de otros".

La Ley II distingue las treguas o seguranças que se dan entre reyes, las de un bando frente a otro, y por último las contraídas entre personas singulares, si bien en este caso las obligaciones se extienden a las personas que con ellos vivan o se hallen bajo sus respectivos mandos. En los dos últimos supuestos se prevé que, si fuera preciso, incumbe a los merinos apremiar para que aquéllas se presten. Para evitar problemas de prueba se dispone que tanto las treguas como las seguranças, como los fiadores de salvo se tomen "ante testigos o por carta".

La Ley III determina las penas correspondientes al incumplimiento de las obligaciones: "Los quebrantadores de la tregua, o de la segurança si fueren fijosdalgos, pueden ser reptados porende, e caer en la pena que diximus en el título de los rieptos. E si fueren otros omes de menor guisa el que firiere o matare, o prendiere a otro en tregua, o en segurança, o sobre fiadura de salvo, muera por ello. E si le fiziere daño en sus cosas pechegelo quatro doble. E si los deshonoraren faga la emienda a bien vista del Rey. E los que fizieren la fiadura de salvo caigan en aquella pena a que se obligaren quando la fizieron."

Por último, la Ley III define la paz como "acatamiento de la discordia, e del desamor que era entre aquéllos que la fazen", preceptúa su forma como beso o abrazo, según los casos, y para su quebranto se remite a las penas indicadas en la ley anterior a propósito de la violación de la tregua.

Es muy curiosa la explicación que la ley da de la palabra tregua, como comprensiva de las "tres igualdades", presentes en su función, es decir, lealtad, avenencia y justicia.

sancionado, toda naturaleza patrimonial (115). Cuando el citado artículo 28 enumera entre sus penas la «obligación de dar fianza de buena conducta» está manifestando mejor que los textos posteriores el contenido fundamental de esta sanción (116). El reo está obligado a presentar fiador, y no a pagar por sí mismo si dejare de observar buena conducta. Recuérdese, por otro lado, que nuestro primer Código entiende de la buena conducta como la no comisión de «delito o culpa» dentro del término de la fianza.

Por todo ello, no compartimos la opinión de Córdoba, en el sentido de que la fianza de 1822 no constituya precedente de la del Código actual por su alcance y contenido distintos, y si solamente —por ser de buena conducta y no de un mal concreto— de la caución del Código de 1928 y de la regulada en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social (117). En el terreno de la similitud, más importancia tienen la operatividad misma de la caución y el marco en que se desenvuelve la posible responsabilidad pecuniaria, que el contenido concreto de la conducta a observar por el reo.

#### B) El Código de 1928.

El Código de la Dictadura recoge una peculiar normativa de la caución. Aquí, como en tantas otras materias, el texto de 1928 supone una quiebra en el pronunciado continuismo de nuestro movimiento codificador, en especial a partir de 1848.

El artículo 90 coloca la caución de conducta en el primer puesto de su larga lista de medidas de seguridad. A tenor del artículo 91:

«Los tribunales, en sus sentencias, además de la pena correspondiente al delito o falta cometido, acordarán:

1.º Exigir caución de conducta al reo de los delitos de amenazas, al de provocación y al inductor sin resultado de cualquiera de los delitos comprendidos en los Títulos I, II, III (118) y Sección primera, capítulo I, del IX, del Libro II de este Código (119) y artículos 517, 519, 521, 525 y 526 (120).

.....».

El contenido de la caución se desarrolla en el artículo 129:

«La caución de conducta consistirá en la prestación de fianza en metálico o efectos públicos, o con hipoteca de bienes propios o ajenos, para responder de que no se ejecutará el mal que se intente precaver.

(115) Ver los epígrafes dedicados a la naturaleza de la caución, en general y respecto a la del vigente Código penal español.

(116) El Código boliviano de 1834 coincide tanto en el nombre de la pena como en el criterio clasificador (artículo 28).

(117) CORDOBA: *ob. cit.*, T. II, pág. 185 y nota 5 en esa misma página.

(118) Que llevan las rúbricas: "Delitos contra la seguridad exterior del Estado", "Delitos contra los Poderes Públicos y la Constitución" y "Delitos contra el orden público".

(119) "De los estragos y delitos afines cometidos maliciosamente".

(120) Se refieren a delitos de auxilio o inducción al suicidio, asesinato, parricidio y aborto.

El Tribunal, a su prudente arbitrio, fijará la cuantía y la duración de la fianza.

Si a pesar de la pena impuesta al delito y de la fianza el reo ejecutare el mal, se hará efectiva la fianza, que se destinará a la indemnización o reparación del daño causado.

Si el culpable no presta la fianza dentro del plazo que se le señale, no podrá vivir, durante el tiempo que el Tribunal fije a su prudente arbitrio, pero que nunca podrá exceder de tres años, en el mismo término que el amenazado u ofendido por el delito o dentro del radio que el Tribunal establezca. Según las circunstancias del caso, el Tribunal podrá extender la prohibición a términos municipales donde vivan el cónyuge, ascendientes o descendientes del amenazado u ofendido.»

Jaramillo hizo hincapié en la diferencia esencial entre esta caución de conducta y la del Código de 180. En ese Código anterior —como en los de 1848-50, 1932, 1944, y aun en el de 1822, añadimos nosotros— la caución producía la obligación de presentar un fiador abonado, de forma que se trataba de una modalidad de fianza personal exigida al reo, aunque después a dicho fiador se le obligara al abono de la suma señalada en su caso. En el Código de la Dictadura, por el contrario, «no es preciso el fiador, sino la fianza, que en definitiva es la que cubre lo aleatorio, y esta fianza podrá y deberá prestarla el penado (sic) aunque sea de bienes ajenos» (121).

Merece plácemes que la caución haya sido extraída del campo de las penas. El carácter patrimonial de esta caución queda patente por cuanto sus efectos económicos recaen directamente, al menos en principio, sobre el propio destinatario de aquélla. La ruptura que en esa dirección supone la posible prestación de fianza con bienes ajenos responde a la práctica generalizada en el afianzamiento —e incluso pago— de la multa. Serían injustos los reproches en este punto.

Distribuidas las sanciones del Derecho penal en dos únicos grupos, penas y medidas de seguridad, no hay duda de que la solución más acertada consiste en incluir la sanción en el segundo de aquéllos. Otra cosa es que, vistos los escasos efectos resocializadores de dicha sanción, su ubicación ideal hubiera estado en un tercer grupo de «otras sanciones», al estilo del vigente Código penal suizo.

El P. Montes incluye la caución de 1928 en el grupo de las medidas de seguridad pecuniarias (122), junto a la publicación de la sentencia y el comiso.

C) Los Códigos de 1848-50, 1870, 1932 y 1944.

Razones de economía aconsejan reproducir primero la normativa del Código de 1944 —vigente sin modificación alguna tras la revisión de 1963— y expresar después en qué han consistido las alteraciones respecto a los textos anteriores.

(121) JARAMILLO: *Novísimo Código Penal*, Salamanca, 1928, Vol. I, Lib. 1, pág. 304.

(122) Criterio acertado, pero que no debe extenderse a la caución de los restantes Códigos.

He aquí el artículo 44 del Código de 1944:

«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.

El Tribunal determinará, según su prudente arbitrio, la duración de la fianza.

Si no la diere el penado, incurrirá en la pena de destierro por el mismo tiempo que se hubiere fijado para la caución.»

El artículo 43 del Código de 1932 era de igual tenor literal, excepto en el párrafo 3.º, del que faltaba su parte final: «por el mismo tiempo que se hubiere fijado para la caución».

En los Códigos de 1850 y 1870 el párrafo 1.º de sus respectivos artículos 43 y 44, aunque con pequeñas diferencias gramaticales, tanto entre sí, como en relación con el párrafo 1.º del artículo 44 del texto actual, coinciden sustancialmente con éste: obligación de presentar fiador abonado, mal que se trata de precaver, cantidad fijada por el Tribunal, etc.

El párrafo 2.º de dichos artículos 43 y 44 se identifica totalmente con el párrafo 2.º del vigente artículo 44.

En cuanto al párrafo 3.º de aquellos artículos, mientras que el Código de 1850 recoge «la pena de arresto menor» como sanción en caso de que no se diera la caución, el Código de 1870 coincide con el actual —y con el de 1932— en acudir a «la pena de destierro».

Ha de advertirse también que el legislador de 1944 no sólo concretó la duración del destierro al tiempo que se hubiere fijado para la caución (párrafo 3.º del artículo 44), sino que llevó al artículo 30, que regula la duración de las penas, una nueva limitación, consistente en que al texto primitivo —«la de caución, el tiempo que determinen los tribunales»— se ha añadido la frase «sin que pueda exceder de seis años». En los respectivos artículos de los Códigos anteriores nada se indicaba sobre la duración de la caución.

### 3. *Problemática de la caución en el vigente Código penal.*

#### A) Naturaleza.

La caución del vigente Código penal español constituye formalmente una verdadera pena, recogida en la escala general de su artículo 27. En tal precepto comparte con la multa y la privación del permiso de conducir el grupo de «penas comunes a las dos clases anteriores», o sea, graves y leves. El artículo 73 incluye la caución en su escala número 3. Su duración se regula, como se dijo en líneas atrás, en el artículo 30, bajo la rúbrica «Duración de las penas». Y su contenido aparece en el artículo 44, incluido en la sección dedicada a los «efectos de las penas según su naturaleza respectiva».

Desde un punto de vista material, ya se vió, al ocuparnos del problema general de la naturaleza de la caución, que los autores patrios se

inclinaron por amplia mayoría a favor de la medida de seguridad, sin excluir la caución española, antes al contrario con particular referencia a la misma (123).

La exigencia de un fiador abonado y el posible pago por éste de la cantidad fijada en la sentencia han servido para que con frecuencia se reconociera a la caución carácter patrimonial o pecuniario (124). Sin embargo, no es difícil constatar la indecisión presente en buena parte de nuestros juristas, incluidos algunos que en principio se pronuncian por dicho carácter.

Silvela escribe que «la pena de caución —si como pena puede considerarse— recae principalmente sobre la propiedad», pero la verdad es que clasifica en diez grupos las penas del Código de 1870, y coloca a la caución en el décimo, en solitario (125). Cuello Calón señala que en el Código de 1870, «las penas pecuniarias son la multa, la pérdida o comiso de los instrumentos o efectos del delito y el pago de costas», añadiendo que «también puede incluirse en este grupo la caución, aun cuando esta pena, si así puede llamarse, recae más bien sobre la propiedad del fiador» (126). Más tarde, vigente ya el Código de 1944, incluye en su estudio de las penas pecuniarias la multa y el comiso, mientras coloca la caución en el cajón de sastre de los medios propuestos para sustituir las penas cortas de prisión (127). Rodríguez Devesa considera que «como penas con un contenido pecuniario aparecen en el Código la multa y la caución»... pero a continuación sólo se ocupa de la ejecución de la primera (128).

La duda aparece también en la propia Exposición de Motivos del Código de 1932, que indirectamente se refiere a la multa como única pena pecuniaria.

Por nuestra parte abundamos en lo dicho en páginas anteriores: Esta caución no es pena, sino medida de seguridad, próxima a la sumisión a vigilancia de la autoridad, recogida en otros Códigos. Precisamente la incidencia económica sobre el tercero, y no sobre el afianzado, así como la confianza que el legislador español pone en la influencia bienhechora de aquél sobre el condenado, permiten sostener que a éste, lejos de imponérsele una sanción pecuniaria —y como tal de meros efectos intimidatorios, impropios de una medida de seguridad— se le facilita una relación humana capaz de impedir la comisión del mal que se teme, y ello recurriendo a los elementos positivos de la personalidad del afianzado, o sea, por vía reeducadora, ya que de su voluntad dependerá no su propio quebranto económico, sino el del fiador, al menos

---

(123) Ver supra las opiniones de GROIZARD, FERRER SAMA, CUELLO CALÓN, QUINTANO RIPOLLÉS y DÍAZ-PALOS, así como las divergentes de SILVELA y CÓRDOBA.

(124) PACHECO: *ob. cit.*, pág. 349.

SALDAÑA: *ob. cit.*, pág. 128.

QUINTANO RIPOLLÉS: *Compendio...*, T. I, pág. 419.

(125) SILVELA: *ob. cit.*, T. II, págs. 345, 346 y 515.

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

(127) CUELLO CALÓN: *Derecho Penal*, parte general, págs. 767, 780 y ss.

(128) RODRÍGUEZ DEVESA: *ob. cit.*, pág. 763, T. I.

directamente. Con otras palabras, creemos que la caución española sólo admite la naturaleza de medida de seguridad —y no de medida «sui generis», en la línea del Código penal suizo— renunciando a su condición patrimonial, o si se prefiere, relegando ésta a la periferia, como medio de interesar al fiador en el buen éxito de la prueba.

Insistamos: En cualquier caso la caución —pena o medida de seguridad— no es sanción patrimonial por cuanto no recae sobre la fortuna del condenado, lo que, dicho sea de paso, impide su afianzamiento sumarial en la pieza correspondiente. Hay que deshacer de plano un equívoco que ha llevado a aplicar a la caución, erróneamente, criterios válidos para la multa.

Si se atiende al juego de sustituciones, cabe, contra la apariencia del texto gramatical, entender que la caución sustituye al destierro, y no a la inversa. Cuando Castejón escribe que en el Código de 1932 la limitación de la caución a seis años se establece «a fin de evitar que la pena sustituyente sea más extensa que la sustituida» (129), se está invirtiendo, quizá inconscientemente, el orden legal. Sostenemos, pues, que la caución española opera como una pena facultativa de destierro, sustituible, a voluntad del condenado, por la presentación de una persona que, además de influir sobre aquél para que no cause el mal que se trata de precaver, se obligue al pago de cierta cantidad si el mal se ejecutare.

Hay que señalar que la inclusión legal de la caución entre las penas comunes (130) no pasa de ser una inconsecuente declaración formal. No se trata sólo de que, de hecho, se prescinda de su imposición en el libro dedicado a las faltas (131), sino también —y esto encierra mayor relevancia— de que de la propia normativa de la Parte General se deduce su condición de pena grave. De un lado, falta todo criterio para distinguir la caución grave de la leve, a diferencia de lo que sucede con la multa y la privación del permiso de conducción (artículo 28). De otro, la pena sustituyente —o sustituida, según se ha visto— es siempre la de destierro, o sea, una pena grave, inaplicable en la esfera de las infracciones leves (132). Pensamos que esta última razón impide considerar a la caución como pena accesoria en la línea del comiso, imponible tanto en caso de delito como de falta. El comiso no admite sustitución alguna con pena grave o leve y menos aún —si así puede hablarse—, con una misma pena, grave o leve, al margen de que se aplique por delito o falta.

Rechazamos la opinión de Quintano Ripollés en el sentido de que la caución «puede ser grave o leve» según su cuantía, ni más ni menos que la multa» (133). Esta solución no salvaría el escollo que acabamos

(129) CASTEJÓN: *Génesis y breve comentario del Código penal de 23 de diciembre de 1944*, Madrid, 1946, pág. 35.

(130) Ahora, igual que en los Códigos de 1848-50 (art. 24), 1870 (art. 26) y 1932 (art. 27).

(131) RODRÍGUEZ DEVEVA: *ob. cit.*, parte general, pág. 766.

(132) Más confusa era la normativa bajo el Código de 1850, cuando se recurría a una pena leve, arresto menor, pese a que la caución, como ahora, era teóricamente pena común, pero se aplicaba sólo por delito.

(133) QUINTANO RIPOLLES: *Comentarios...*, pág. 336.

de indicar. Además, como ya se dijo y volveremos a tocar más adelante, ni la caución es sanción pecuniaria, ni el importe de la cantidad a pagar en su caso por el fiador pertenece al núcleo de la institución, ni siquiera las circunstancias económicas del reo son elemento decisivo para la fijación de su cuantía.

Una última advertencia: al ser la caución pena facultativa y siempre conjunta (134) —o si se prefiere, al operar como accesoria facultativa— (135) los Tribunales habrán de cuidar, cuando la impongan, de que al sumarse a la pena principal preceptiva no se rompa en perjuicio del reo la relación entre la culpabilidad y la pena. Con otras palabras, en dos supuestos teóricamente iguales, el uso de la caución en uno y no en otro debe conllevar en el primer supuesto una inferior dosis de pena preceptiva que en el segundo.

Nuestro Tribunal Supremo ha tenido raras ocasiones de pronunciarse sobre la caución, pero en sendas sentencias de 28 de marzo y 6 de junio de 1917 declaró que esta sanción no sustituye a la recogida en principio para la infracción de que se trata (136).

#### B) Ambito de aplicación.

La caución, pese a su condición de pena común en la escala del artículo 27, ni aparece en el Libro III del Código Penal vigente, ni, dentro del Libro II, se recoge para delito distinto a las amenazas de los artículos 493 y 494. En ambos extremos la situación actual coincide con la de los textos de 1870 y 1932. El Código de 1850, al igual que el de 1848, además de para las amenazas (artículo 419), preveía esta sanción como medio de liberar de las penas de arresto mayor y sujeción a vigilancia de la autoridad a los reos de vagancia, delito éste luego marginado en el Código de 1870.

Varían las apreciaciones de los juristas patrios sobre uso tan económico de la caución. Groizard alaba «la parsimonia del Código» (el de 180), rechazando la extensión de la caución a las tentativas y delitos frustrados, aun si se sometieran contra las personas. A su entender, esta sanción, «sólo tiene exacta aplicación y justo enlace con las amenazas, delito especial, especialísimo, si así puede decirse, y que no puede confundirse con otro» (137).

Más partidarios tiene la opinión contraria. Ferrer Sama cree «es de lamentar que nuestro Código (el de 1944) haya restringido la caución

(134) Salvo en los casos de proceder por desgravación dentro de la escala 3 del artículo 73 del Código penal.

(135) Entre las penas accesorias incluye la caución el Código chileno de 1874 (art. 23) y entre las sanciones accesorias la ubica el Código cubano de 1936 (arts. 51 y 52).

(136) Otra cosa ocurre en el artículo 419 del Código penal español de 1850 respecto a las penas de vigilancia de la autoridad y arresto mayor en cuanto al delito de vagancia. En el artículo 86 del Código paraguayo de 1914 se lee que "... en la tentativa del 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".

(137) GROIZARD: *ob. cit.* T. II, pág. 249.

hasta el punto de permitir que se aplique tan sólo en el delito de amenaza», y celebra su amplitud en el Código de 1928 (138). Díaz-Palos celebra en parecidos términos el ámbito alcanzado por la caución en el Código de la Dictadura, donde se aplicaba no sólo a los delitos de amenazas, sino también al de provocación y al inductor sin resultado de numerosos delitos (artículos 90-1.º y 91-1.º) (139). Para Quintano Ripollés «sería de desear una mayor amplitud de esta medida a toda especie de delito cuya repetición sea presumible, especialmente en los frustrados o intentados» (140).

Nosotros, como indicaremos en su momento, dudamos mucho de que la caución deba mantenerse en un Código futuro, pero, de conservarse aquélla, tampoco vemos motivo para tan parco empleo a nivel legal.

De todos modos ha de recordarse, con Rodríguez Devesa, que, al incluirse la caución en la escala número 3 del artículo 73 del Código Penal, se ha abierto un portillo para su aplicación a otros delitos distintos del de amenazas. En epígrafe posterior analizaremos tal posibilidad.

De acuerdo con el artículo 44, el Tribunal habrá de precisar en cada ocasión cuál sea el mal que se previene. Creemos que en cualquier supuesto éste deberá tener entidad suficiente para constituir delito o falta.

### C) El fiador abonado.

#### a) *Concepto.*

El concepto de fiador en el ámbito de nuestra caución se presta a equívoco, sobre todo si se opera bajo la influencia del derecho privado. Según el artículo 1.822 del Código civil «por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en caso de no hacerlo éste», y el artículo 1.826 añade que el fiador «puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones». Luego el artículo 1.830 establece que «el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor». No es ésta, sin embargo, la noción de fiador en el artículo 44 de nuestro Código penal. Aquí el tercero no se obliga a pagar o cumplir lo que el sancionado no pague o cumpla, sino que de una forma directa se compromete condicionalmente al abono de una cantidad, y ello sin subsidiaridad alguna.

Dicho de otro modo, aunque el sancionado quede obligado a presentar lo que la Ley llama «fiador abonado», es éste quien sufrirá directamente las consecuencias por la ejecución del mal precavido. Por esa razón, porque no se afianza el pago del reo, nuestro artículo 44, en contraste con el artículo 129 del Código de 1928, o con el artículo 49 del Reglamento de Vagos y Maleantes, no admite fianzas metálicas, mobiliarias o hipotecarias. Más aún, por ese mismo motivo tampoco

(138) FERRER SAMA: *ob. cit.* T. II, pág. 226.

(139) DÍAZ-PALOS: *ob. cit.*, pág. 779.

(140) QUINTANO RIPOLLÉS: *Comentarios...*, pág. 337.

cabe a dicho nivel el fiador personal en su acepción clásica, como garante de una obligación patrimonial del sancionado. Subrayamos este punto, porque no ha encontrado entre los autores la atención que merece. Nuestro «fiador abonado» nada tiene en común con el fiador personal del repetido artículo 49 del derogado Reglamento de Vagos y Maleantes, por citar un ejemplo. Otra cosa es que quepa o no exigir el aseguramiento —real e incluso personal— de la obligación de pago contraída condicionalmente por el «fiador abonado».

Planteada así la cuestión, es natural se haya señalado cómo sin perjuicio de que nuestro fiador «abonado» lo sea desde el ángulo económico, puesto que en definitiva se compromete al posible pago de una cantidad, lo sea sobre todo y principalmente desde el punto de vista moral, y más en concreto, en cuanto a su posible idoneidad para influir sobre el reo, evitando que éste ejecute el mal que se desea precaver. No se trata de garantizar una indemnización, sino de precaver un delito. A mayor abundamiento, en nuestra actual normativa el pago sólo beneficia al Estado.

Son muy ilustrativas las palabras de Groizard: «Si el fiador se distingue en sus condiciones personales, por algo notable o muy saliente con relación al penado, esto es, por las consideraciones o deferencias que el último concede al primero: si éste ejerciera una gran fuerza, una verdadera influencia sobre aquél, los bienes de fortuna representarían un secundario papel: así como por el contrario, ni muchos bienes de fortuna, ni una persona muy rica, sin otros vínculos con el penado que los nacidos de la vanidad o del despilfarro, no sería bastante abonada en el verdadero sentido de la Ley; que ésta más quiere precaver delitos que verlos realizados aunque se indemnicen en la parte que sea posible, y mejor se precave influyendo moralmente, en el amplio sentido de la palabra que recordando la posibilidad de perder algunos escudos» (141).

Recientemente Córdoba y sus compañeros de Comentarios consideran que, al admitir nuestro Código únicamente lo que ellos denominan «fianza personal», sin permitir que el propio condenado pueda presentar fianza real, «quizá haya pensado el legislador que no es un problema económico, sino de influencia en la voluntad del agente, pensando que siempre es más eficaz la de una persona, que el temer a perder los propios bienes» (142).

La exigencia de que el propio reo sea quien presente al fiador abonado responde al espíritu de la caución. En esa iniciativa se refleja la promesa, aunque sea tácita, de no cometer el mal futuro. Se trata de un requisito esencial, no sustituible por la oferta unilateral del tercero. Basta que el reo no dé la referida fianza, para que entre en juego el destierro sustitutorio.

La apreciación de la doble solvencia, económica y moral, del fiador

(141) GROIZARD: *ob. cit.* T. II, pág. 250.

(142) CÓRDOBA: *ob. cit.* T. II, pág. 186.

queda al criterio del Juez. Este criterio es alabado por Groizard, Ferrer Sama y otros autores (143). Nosotros compartimos dicha opinión.

La normativa legal no alude al aseguramiento de la obligación contraída por el «fiador abonado», pero no vemos inconveniente en que el Juez pueda exigirlo como constatación de que el tercero no sólo es solvente, sino que seguirá siéndolo durante el tiempo fijado para la caución. Creemos que tal aseguramiento podrá hacerse en cualquiera de las formas admitidas en Derecho, pero siempre con el consenso del presunto fiador abonado, porque éste, antes de aceptar la obligación condicional de pago, tiene derecho a conocer los exactos términos de su compromiso, incluido lo referente al aseguramiento. El recurso al embargo —a semejanza de lo que sucede con el procesado que no presta fianza en la pieza de responsabilidad civil—, carece aquí de sentido. Pensamos además que, de no haberse asegurado «ab initio» la obligación condicional que se contrae, no cabrá su posterior exigencia contra la voluntad del fiador, pues ello implicaría un empeoramiento en la situación de dicho tercero.

#### b) *El fiador colectivo.*

Nada dispone nuestro Código sobre la posibilidad de que actúe como fiador abonado una pluralidad de personas físicas. A nuestro entender, la ausencia de toda prohibición legal permite una interpretación amplia que, orientada teleológicamente, responda con una afirmativa. Adviértase una vez más que la obligación contraída ni es pena, ni siquiera medida de seguridad, y sí un simple medio de interesar al fiador en el éxito de la prueba. A veces esa influencia colectiva —por ejemplo, de los compañeros de taller o de estudio— será más eficaz que la de una sola persona física. También económicamente la pluralidad puede ofrecer una solvencia superior a la de uno de sus miembros. Es claro que, si el Juez aceptara tal forma de fiador abonado, las garantías, como las obligaciones, deberían ser solidarias.

Recuérdese cómo en la nueva caución de la República Democrática Alemana, el fiador es por lo común una colectividad: unidades de producción, unidades de vecinos, asociaciones deportivas, etc., como corresponde a una sociedad en la que las relaciones individuales, positivas o perjudiciales, van siendo sustituidas más y más por la influencia ambiental de las agrupaciones humanas en que el individuo se integra de modo más directo y constante.

En fin, estimamos que también la caución de nuestro Código admite, con una exégesis atemperada a la época en que vivimos, que la función del fiador abonado sea asumida por entidades públicas, cuyo real interés en la readaptación del reo cabría presumir de tal forma que la obligación económica pudiera desaparecer o reducirse a una cifra simbólica.

---

(143) GROIZARD: *ob. cit.* T. II, pág. 250; FERRER SAMA: *ob. cit.*, T. II, página 226.

Desgraciadamente el artículo 44 de nuestro Código Penal ignora la íntima relación entre las circunstancias del fiador abonado y el importe de la suma que se obliga a entregar si se causare el mal. De ahí que, lejos de relegar la determinación de esa suma al período de ejecución, se exija su determinación en la propia sentencia, con lo que la individualización peca de unilateral e incompleta (144).

c) *Modo de constitución.*

Nada se prevé en el Código Penal o en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre la forma que habrá de darse a la asunción de su obligación por parte del fiador abonado.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 182 señaló sin embargo que: «La pena de caución se ejecutará presentando el reo la primera copia de la escritura pública, por la que un fiador abonado se obligue a que el primero no ejecutará el mal que se tratare de precaver, y en caso de causarlo, a satisfacer la cantidad fijada en la sentencia». Córdoba advierte que tal fórmula ofrece el inconveniente de que «quedaría fuera de la valoración judicial el importante requisito de si el fiador es o no abonado» (145); pero nosotros creemos que aquella Ley procesal se ocupa de la documentación de un acto constitutivo, sin perjuicio de que con anterioridad el mismo Tribunal examine y apruebe la idoneidad del fiador presentado. Dada la identidad sustancial de la caución de 1870 y de la presente, nada se opone a seguir utilizando dicha regulación, si bien quepa igualmente la aceptación directa ante el Juez, documentada bajo la fé del Secretario (146).

Fenech, vigente aún la Ley de Vagos y Maleantes, propuso que para la pena de caución se siguiera el procedimiento previsto en el Reglamento de 3 de mayo de 1935 (párrafo 2.º del artículo 49), que se remite a las reglas del Título IX del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículos 589 al 614), en cuanto a constitución, garantías, existencia y cancelación de fianzas (147). A nuestro juicio, tal criterio olvida que la caución del Código Penal, a diferencia de la medida de seguridad recogida en la Ley de Vagos y Maleantes o de la prevista en el Código de 1928 (148), no incide directamente sobre la economía del sancionado, sino sobre la del fiador abonado.

---

(144) Ver *infra* el epígrafe sobre cuantía.

(145) CÓRDOBA: *ob. cit.*, T. II, pág. 187.

(146) CÓRDOBA se pronuncia por la formalización mediante documento notarial o judicial.

(147) FENECH: *Derecho procesal penal*, Barcelona, pág. 401.

(148) Ver el párrafo 1.º del artículo 129.

d) *Muerte, enajenación y cambio del fiador.*

Una interpretación literal podría sostener que el condenado a caución cumple con presentar una sola vez fiador abonado. Con tal exégesis no cabrían sustituciones posteriores —por fallecimiento, renuncia o cese—, aunque ello implicara el fin de la caución misma, sin que cupiera acudir ahora al arresto sustitutorio.

Nosotros somos partidarios de una interpretación lógica y finalista. Lo que en realidad se propone la caución es impedir durante cierto tiempo la realización de un mal, y para ello recurre a la influencia bienhechora del fiador abonado o al destierro. En consecuencia, cuando por una u otra razón el primer medio no resulte operativo, habrá de acudir al segundo, de ejecución siempre posible, objetiva y subjetivamente, como corresponde a una sanción que se mantiene en la relación directa entre reo y Tribunal. Desarrollo desde nuestro punto de vista son las siguientes consideraciones:

Si muriese el fiador abonado, el Tribunal concederá al reo un nuevo y breve plazo para la busca de persona que lo reemplace. Transcurrido el término sin la presentación de aquel habrá de acudir al destierro por el tiempo restante.

En el supuesto de que el fallecimiento ocurriera después de cometido el hecho que se deseaba precaver, la obligación de pago se transmite como deuda hereditaria. Precisamente, al no tratarse de ninguna pena o medida de seguridad, carece de aplicación el principio de personalidad, y con él los argumentos favorables a la extinción de la multa con la muerte del reo, que, contra una inercia de siglos, parece van ganando terreno últimamente.

Desde otra perspectiva, y aunque nuestro Código tampoco recoge expresamente la posibilidad de que el fiador vuelva de su acuerdo, creemos que aquella se encuentra dentro del espíritu legal (149). Dado que el legislador no pretende asegurar la indemnización por un mal futuro, sino de evitar éste con la ayuda moral de un tercero, resulta absurdo prolongar aquella situación cuando el propio fiador desconfía del éxito, bien por el deterioro de sus relaciones personales con el reo, bien por otra causa. Aferrarse a un formalismo a ultranza equivale a cambiar la seguridad de la presumible víctima por el percibo —por el Estado— de una cantidad de dinero. En tales supuestos procede, pues, mantener la responsabilidad del fiador abonado sólo durante un corto espacio de tiempo, para que el reo pueda presentar otro. Si el intento fracasare, se actuará como en el caso de fallecimiento, o sea, ejecutando el destierro.

Estimamos viable igualmente la remoción del fiador por parte del Tribunal, bien de oficio, bien a instancia del amenazado. Tal medida deberá adoptarse cuando desaparezca, a juicio del órgano judicial, alguna de las circunstancias en que aquella intervención se basa. Nos referimos en primer lugar a la beneficiosa influencia del fiador sobre el reo, pero también —cuando no se hubiera garantizado la obligación crematística contraída por el tercero— al empeoramiento de la situación eco-

(149) En contra, al parecer, CÓRDOBA: *ob. cit.* T. II, pág. 187, nota 14.

nómica del fiador, quien de ese modo dejaría de ser abonado, al menos en el aspecto económico, y escaparía a la presión representada por el peligro de abonar, en su caso, una cantidad de dinero.

También la enajenación del fiador significa que éste deja de ser abonado en su vertiente intelectual y moral, debiendo acordarse su remoción.

#### D) Determinación de la responsabilidad económica del fiador.

La errónea concepción de la caución de nuestro Código Penal como sanción pecuniaria se ha proyectado perturbadoramente sobre los criterios individualizadores en cuanto a la suma a cuyo pago se obliga el fiador abonado.

Cuando Quintano Ripollés escribe que la caución puede ser «grave o leve, según su cuantía, ni más ni menos que la multa» (150), está trazando un paralelismo inaceptable. No sólo se coloca el acento en el presunto carácter patrimonial de la sanción, sino que, indirectamente, se defiende su individualización atendiendo especialmente a la capacidad económica del reo. Son palabras que recuerdan las de Pacheco: «En la caución, como en toda pena pecuniaria, es muy necesario atender a la posibilidad o fortuna de los delinquentes» (151).

Con algunas diferencias accidentales, pero con la fundamental coincidencia de prescindir de las circunstancias del fiador, comparten la anterior doctrina Vizmanos, Alvarez Martínez y Groizard. Los dos primeros estiman que los tribunales «deberán atender a las circunstancias del delito que trate de evitarse, y muy principalmente también a las particulares del delincuente» (152). Groizard, que celebra, como el resto de los citados, la libertad de criterio que el legislador concede en este punto al Tribunal, advierte que en dicha tarea «representan importante y frecuentemente decisivo papel muchas circunstancias en que a primera vista algunos no se detendrán, y que otros apreciarán bien en el acto». Añade este autor que «la desigualdad de las fortunas crea en este punto idénticas o mayores dificultades que al tratarse de las multas, ruina para unos y nada para otros», y termina subrayando que los tribunales han de ser conscientes de que «están llamados, no a que los ricos tengan siempre fácilmente fiadores, ni tampoco a que los pobres puedan incurrir también con facilidad en el destierro» (153).

Pensamos que Córdoba ha captado mejor la doctrina correcta. Saliendo al paso de De Castro y Ortiz de Zúñiga (154), estima que la aceptación indiscriminada de los principios válidos para la pena de multa, «vendría a olvidar que, de ejecutarse el mal, quien estaría obligado a entregar la cantidad es el fiador y no el condenado» (155). En

(150) QUINTANO RIPOLLÉS: *Comentarios...*, pág. 336.

(151) PACHECO: *ob. cit.*, pág. 349.

(152) VIZMANOS y ALVAREZ MARTÍNEZ: *ob. cit.*, pág. 262.

(153) GROIZARD: *ob. cit.*, pág. 251, T. II.

(154) DE CASTRO Y OROZCO y ORTIZ DE ZÚÑIGA: *Código penal*, T. I. Granada, 1848, pág. 194.

(155) En otro punto aludimos a la observación de Cuello Calón en el mismo sentido: *Penología*, pág. 51.

resumen enumera los siguientes puntos de referencia: a) la capacidad económica del fiador; b) el caudal y facultades del condenado, «pues nadie querrá ser fiador si sabe que luego no podrá recuperar la cantidad pagada»; y c) la magnitud del mal que se pretende evitar (156).

En la línea de Córdoba, pero con algunas matizaciones, diremos que el importe de la cantidad que el fiador abonará en su caso constituye el resultado de una compleja operación, en la que cuentan principalmente la gravedad del mal temido, la peligrosidad del reo y las condiciones del fiador, tanto personalísimas como económicas. Se aspira a evitar la comisión de un mal oponiendo a la peligrosidad de su posible autor la influencia bienhechora de un tercero. Si además se quiere utilizar como acicate en la conducta de este último la posibilidad de un perjuicio económico, es natural que la cuantía del mismo se fije atendiendo a aquellos factores, más el representado por la capacidad económica del destinatario del quebranto. La fortuna del reo no juega papel inmediato alguno. Incluso resulta difícil concederle relevancia so pretexto de una posible repetición. Si de verdad se aspira a prevenir el mal —y para ello se dispone en todo caso de la pena de destierro— no sería lógico acudir a la caución y apuntalarla con una suma adecuada a la penuria del reo, pero demasiado baja para asegurar el compromiso del fiador, que es lo principal.

Hagamos hincapié en que la fijación de esta responsabilidad económica carece de límite máximo a nivel legal. Huelgan sin embargo los temores de que tal indeterminación absoluta pugne con el principio de legalidad de las penas e incluso con preceptos constitucionales. Aquí no nos movemos en el núcleo genuino de una pena, ni de una medida de seguridad. El Tribunal determina la cifra, no frente al reo, sino frente a un tercero, y éste es muy libre de aceptar o no la correspondiente obligación civil. Una vez más cae por su base el deseo de equiparar la caución y la multa. El contenido económico es esencial en esta segunda, de donde deriva su imprescindible determinación a nivel legal, aunque sea dentro de unos amplios límites, pero en la caución —perdónesenos la machaconería —el perjuicio patrimonial pertenece a la periferia de la sanción y se dirige contra persona distinta al reo.

En otro lugar hemos advertido del obstáculo con que tropieza una acertada individualización de esta cifra, al exigirse por el legislador que su cuantía conste ya en la sentencia, cuando se desconoce aún la persona del presunto fiador (157).

---

(156) CÓRDOBA: *ob. cit.* T. II, pág. 188.

(157) Por lo general los códigos hispano-americanos que para regular la cuantía sólo atienden a la persona del reo, obran así porque se trata de cauciones distintas a la muestra, en las que el perjuicio económico recae directamente sobre dicho reo, aparte la posibilidad de que la garantía proceda de tercero, como es corriente también en el caso de la multa. En esa línea, el Código colombiano de 1936 señala que “la caución deberá ser proporcionada a las condiciones económicas del condenado” (art. 55), mientras que el Código peruano de 1936 se remite a “las circunstancias del caso y a las condiciones económicas del sujeto” (párrafo 2.º del artículo 38), e insiste en que “la caución debe estar de acuerdo con las condiciones personales, familiares y sociales del condenado”.

## E) Duración de la caución.

Dado que el legislador se propone contrarrestar durante cierto tiempo la peligrosidad del reo respecto a la realización de un posible mal, y ello alternativamente, por vía de destierro o de caución, es evidente que esta última sanción tiene, como el propio destierro, carácter temporal. De la duración de la caución —y no de su faceta económica— depende la gravedad de aquélla, su mayor o menor entidad. A la duración de la caución, y no al importe de la obligación contraída por el fiador, habremos de referirnos a efectos de su divisibilidad y posible aplicación de las reglas generales sobre individualización de la pena.

El derecho comparado presenta muy diversas opciones. En Suiza existe un plazo máximo de dos años (158). En el vigente Código italiano la caución se mueve entre uno y cinco, al igual que en los Códigos colombiano y cubano, ambos de 1936. A favor de un margen de dos a cinco años se pronuncian el Proyecto Ferri de 1921 y el Código peruano de 1926. En Israel los límites son uno y tres años. Otros Códigos, como el hondureño de 1906 (artículo 46), prescinden por completo de límites expresos y dejan la determinación al prudente arbitrio de los tribunales.

El Código español de 1944 ha introducido en nuestro ordenamiento una doble innovación. Por un lado, en el artículo 30 se establece un máximo de seis años, por otro se alarga la redacción del párrafo 3.º del artículo 44. Así, al primitivo texto «si no la diere el penado (la caución), incurrirá en la pena de destierro» se añade «por el mismo tiempo que se hubiere fijado para la caución». Si antes, con los Códigos de 1870 y 1932, cabía la duda sobre la existencia de límites legales en la duración de la fianza, hoy disponemos de ambos márgenes, superior e inferior.

Creemos que, en buena técnica, bastaría la adición al último párrafo del artículo 44, con su equiparación temporal entre la pena de destierro y la caución, para que los límites de ambas sanciones coincidieran. En este sentido el reconocimiento expreso de un límite máximo de seis años para la caución, en el artículo 30, puede servir de confusión, abonando la creencia de que, «a sensu» contrario, la caución carece de límite temporal mínimo. Nosotros rechazamos esta apreciación porque, para mantener la correlación caución-destierro habría que admitir penas de destierro por debajo de los seis meses, no previstas en el Código. Además —y al derecho comparado nos remitimos— las cauciones de

---

No falta, sin embargo, un ejemplo de normativa al estilo de la nuestra, o sea, sobre la base del “fiador abonado”, pero llevando a sus últimos extremos el confusionismo con días verdaderas penas pecuniarias, y más en concreto con la multa. Según el artículo 25 del Código chileno de 1874, “en cuanto a la cuantía de la caución se observarán las reglas establecidas para la multa, doblando las cantidades respectivamente”.

(158) GRAVEN —*ob. cit.*, pág. 70— estima que “este límite (dos años) es en sí razonable y se corresponde con los que se fijan en otros lugares”. Cita los Códigos de Africa del Sur (con límites máximos de seis o tres meses, según los casos), Malasia (con límites máximos de seis meses o dos años) según la clase de tribunales) e India y Sudán (con un año como límite normal, pero pudiendo llegarse a tres si el delincuente fuera habitual, o en otros supuestos).

menos de seis meses parecen excesivamente breves (159), al menos en el ámbito de los delitos. Admitir cauciones de tan corta duración, sustituyibles con una pena leve de nuevo cuño —el destierro inferior a seis meses— nos parece llevar demasiado lejos la ficción de ser la caución una pena común.

Nótese que, incluso si se aceptara la caución en las faltas, el ejemplo de 1850 —cuando la sustitución llevaba siempre a una misma pena, la leve de arresto menor— permitiría pensar que hoy se mantiene el criterio de pena sustitutoria única, pero recurriéndose a una grave, o sea, el destierro. Tal conclusión, censurable sin duda, no lo sería menos que el de la creación gratuita de esta especie de «destierro menor».

En todo caso, conviene situar correctamente este problema del límite mínimo. La falta de concreción legal nunca significaría su inexistencia, sino la posibilidad de encontrarlo por debajo del previsto para el destierro. Por ese camino podría llegarse, teóricamente, hasta el día como unidad mínima. Aparte del absurdo inherente a soluciones tan extremas, lo que nos interesa señalar es que, cualquiera sea la ubicación del límite —y sea éste común o distinto para la caución grave y la leve— la caución tendrá no sólo techo, sino también suelo a nivel legal, con independencia de las dificultades con que tropiece su determinación.

En la fase de individualización judicial el elemento decisivo debe ser la presumible persistencia de la situación de peligro. La consideración de pena que a nuestro Código le merece la caución ha de tenerse en cuenta para evitar que la duración de aquélla, y en definitiva su incidencia sobre el reo, represente un mal que, unido al de la pena principal preceptiva, rompa la necesaria correspondencia con la culpabilidad.

Por lo demás, coincidimos con quienes piensan que la duración máxima de seis años peca de excesiva, sobre todo si el cómputo se inicia tras el cumplimiento de la pena conjunta privativa de libertad (160).

#### F) El inicio del cómputo.

Ante el silencio legal acerca del momento en que comienza a ejecutarse la caución cabe adoptar dos actitudes básicas: por un lado, atenerse a la fecha de la firmeza (o de la notificación de ésta al reo); por otro, iniciar el cómputo con la presentación del fiador abonado. La opinión general se ha inclinado por el segundo término de la alternativa.

Groizard estima que en la caución ha de empezarse a contar el tiempo «desde que el procesado presente el fiador abonado que haya de responder de que no ejecutará el mal que se trata de precaver, y haya de obligarse a satisfacer, si lo causare, la cantidad que hubiere fijado en su sentencia el Tribunal» (161). En igual sentido se pronuncian actual-

(159) Eso, al margen de que su cómputo no se inicie hasta la extinción de la pena básica privativa de libertad, a no ser que, como ocurrirá con frecuencia, se suspenda ésta condicionalmente.

(160) Así, CÓRDOBA, quien apoya su criterio en ser la caución la última pena de la escala 3 y en otras razones: *ob. cit.* T. II, págs. 188-9.

(161) GROIZARD: *ob. cit.* T. II, pág. 200. Recuérdese, además, que los

mente Córdoba y sus compañeros de Comentarios (162). Parece que también Rodríguez Devesa participa del mismo criterio, pues tras referirse a la ejecución de determinadas penas —entre las que no se encuentra la caución— entiende que en todas las demás «la ejecución compete al propio Tribunal, que deberá adoptar las medidas necesarias para que se cumplan los efectos prescritos por el Código» (163).

Nosotros nos sumamos a la línea expuesta, pero quisiéramos puntualizar un poco más. Por cuanto la pena de caución puede ser cumplida en sus propios términos o acudiendo al destierro, es claro que con la firmeza de la sentencia sólo se abre un período de opción, durante el que el reo no se encuentra todavía ni en la situación del afianzado, ni en la de quien sufre la pena vicarial restrictiva de libertad. Luego, con la presentación del fiador o con el transcurso del plazo concedido para ello, la alternativa se rompe, bien iniciándose el cómputo de la caución —identificado con el del afianzamiento— bien orientándose definitivamente hacia la ejecución de un destierro cuyo comienzo se retrasará todavía hasta que, de acuerdo con el párrafo 3.º del artículo 32 del vigente Código penal, se comience de facto a cumplir dicha sanción. El doble paralelismo entre la caución y el destierro, tanto por la alternativa legal, como por tratarse en ambos casos de sanciones en las que mal cabe la ficción del cumplimiento automático, nos parece importante para reforzar la solución propugnada.

La referencia al momento de la presentación del fiador abonado ha de tomarse con algún cuidado. Para nosotros no basta la presentación material, sino que es preciso la aceptación por parte del Juez —con o sin garantías respecto a la obligación condicional de pago contraída— y la documentación del acto. Se trata, en resumen, del instante en que nace la compleja relación entre el reo, el fiador abonado y el Tribunal.

Si el condenado a caución estuviera preso al ser firme la sentencia, no por ello será aplicable el párrafo 1.º del artículo 32 del Código Penal. Sin perjuicio, claro está, de las correcciones que puedan hacerse por vía de abono.

#### G) Posible ejecución simultánea con otras penas.

El problema de la ejecución simultánea de la caución con otras penas ofrece especial interés respecto a la aplicación, en su caso, del artículo 69 del Código penal.

La consideración de la caución como pena pecuniaria ha sido una rémora para llegar al criterio que juzgamos acertado (164). Groizard escribe que «no pueden cumplirse simultáneamente las penas que comprende la escala contenida en la regla 1.ª de dicho artículo» (se refiere

---

tres párrafos del artículo 31 del Código de 1870 coinciden con el vigente artículo 33.

(162) CÓRDOBA: *ob. cit.* T. II, pág. 154.

(163) RODRÍGUEZ DEVESA: *ob. cit.*, parte general, pág. 797.

(164) El Código de 1822, que disponía en su artículo 113 el cumplimiento simultáneo de las penas pecuniarias y otras, no incluía la caución entre aquellas, sino entre las no corporales.

al 89 del Código penal de 1870. antecedente del artículo 70 del Código actual), «y por tanto no hay más que ver las que aquí faltan y están incluidas en la general para conocer las que pueden ser sufridas a un mismo tiempo» (165). Admitida tal opinión, la caución quedaría entonces, como ahora, entre las de cumplimiento compatible. Aunque se aparte de la solución simplista de Groizard, parece que Antón Oneca continúa defendiendo la simultaneidad de ejecución cuando una de las penas es la caución. Como muestra de cumplimiento coetáneo cita las penas privativas de libertad y las pecuniarias, sin especificar, pero a continuación incluye en este último grupo no sólo a la multa y el comiso, sino también a la caución (166).

Una vez más es Córdoba quien apunta en dirección correcta. Sus primeras palabras son muy esperanzadoras: «Por lo que a la caución se refiere, el tiempo que se fija para la fianza debe empezar a contarse una vez extinguida la pena privativa de libertad, pues mientras dure esta última sanción carece de objeto el garantizar la no causación del mal que se trata de precaver». Desgraciadamente, al ocuparse de las penas restrictivas de libertad no encuentra obstáculo para su cumplimiento simultáneo con la caución. Más aún, a renglón seguido parece desdiseñarse de la cita reproducida en primer término, y acepta la posibilidad de extinción simultánea de la caución tanto con las multas y reprobaciones, como con «las penas ya estudiadas», entre las que se hallan, además de las restrictivas de libertad, las privativas de tal derecho (167).

A nuestro entender no cabe separar la duración de la caución y la del afianzamiento. Con el fiador abonado se inicia, como ya se dijo, el cómputo de la caución. Por tal motivo, y siendo esta pena temporal y no pecuniaria, creemos que las certeras palabras de Córdoba al referirse al absurdo cumplimiento simultáneo de la caución y las penas privativas de libertad son aplicables al concurso entre aquéllas y las restrictivas de tal derecho. Tan ilógico como aceptar la petición conjunta de una reclusión y de un destierro —pese a existir establecimientos penitenciarios fuera del radio prohibido— sería pensar que el destierro pudiera extinguir coetáneamente la caución. El contenido de ésta como sometimiento a la influencia del fiador abonado durante cierto tiempo perdería su sentido como si el reo se hallara en prisión. No se olvide tampoco que en nuestro ordenamiento la caución es pena, lo que la dota, al menos en la concepción del Código, de una función tanto retributiva como preventiva, por lo que el simple transcurso del tiempo sin la comisión del mal temido —o si se prefiere, el retraso en el inicio de la ejecución— no autoriza a prescindir de su cumplimiento total o parcial.

Creemos que nuestra posición se ve consolidada por el examen de los artículos reguladores de los delitos de amenazas.

Al ser la caución pena facultativa sumada a otra privativa de libertad, habría que marginarla, como inoperante cuando no alcanzara la

(165) GROIZAR: *ob. cit.* T. II, pág. 424.

(166) ANTÓN ONECA: *ob. cit.* T. I, págs. 472-3 y 539 y ss.

(167) CÓRDOBA: *ob. cit.* T. II, págs. 338-9.

duración de ésta. Trazaríamos así un límite mínimo de la caución a nivel judicial, a no ser que aquélla se impusiera más o menos «ad cautelam», es decir, para el supuesto de que la pena privativa de libertad fuera remitida condicionalmente. Obsérvese también que dicha subsunción se daría sobre todo en las amenazas más graves, castigadas con una pena, prisión menor, de igual duración que la caución. Por otro lado, la superposición absoluta será prácticamente inevitable si individualizamos la caución, al igual que la prisión menor, según las reglas del artículo 61 del Código penal (168).

Consecuencia de lo dicho es que el Tribunal, al imponer la caución, deba tener muy en cuenta la duración de la pena conjunta privativa de libertad, a cumplir preferentemente. De otro modo se corre el riesgo de estar ejecutando una caución cuando por el tiempo transcurrido desde la comisión del delito resulta innecesaria. Es de lamentar que nuestra advertencia sólo podrá ser seguida parcialmente. La condena condicional y el tiempo consumido por un recurso de casación —incógnitas ambas posteriores al fallo— introducen un elemento aleatorio que, incidiendo sobre el tiempo de ejecución, hace peligrar la justicia y conveniencia de la caución impuesta.

Otra secuela importante de la incompatibilidad de ejecución en las penas privativas y restrictivas de libertad por un lado, y la caución por otro, es la necesidad de dar con el puesto de esta última en la escala de cumplimiento sucesivo. Para nosotros el lugar de la caución se halla detrás de las penas recogidas en la enumeración de la regla 1.<sup>a</sup> del artículo 70. Su propia omisión en tal escala, cerrada por arriba, pero no por abajo, ha de interpretarse en tal sentido. Desde otro ángulo, la circunstancia de que el efecto pretendido con la caución se alcance igualmente, aunque sea de modo accidental, con las penas privativas y restrictivas de libertad abona dicha solución. Por este segundo motivo pensamos que también el cumplimiento del arresto menor, aunque pena leve, debe ser preferente (169).

La interrupción de la caución al incidir sobre el reo una pena de ejecución preferente puede significar un distanciamiento de las fechas en que el cómputo de la caución se inicia y cierra. No parece justo que tal novedad repercuta en perjuicio del fiador abonado. Para salir al paso de tal situación se nos ocurren dos caminos. Uno, el de, ya en el primer momento, ganar la aquiescencia del fiador para pechar con las consecuencias de las posibles interrupciones. Otro, comunicar éstas al fiador para que, si lo estima oportuno, solicite el relevo y, en su caso, la cancelación de garantía.

---

(168) De nuevo resalta la verdadera naturaleza de la caución como medida próxima a las de seguridad. Al menos debería haberse relegado este extremo, el de la duración, como el de la cuantía en relación con el fiador, al período de ejecución.

(169) Reconocemos, sin embargo, que la cuestión es discutible, ya que la caución, al menos cuando de ella se usa en la parte especial, es pena grave. Lo más correcto, si el Código no hubiera querido situar todas las penas graves por encima del arresto menor, habría sido incluir éste, en su relación, entre el arresto mayor y el extrañamiento.

No hace falta destacar que la caución permite la ejecución simultánea con las inhabilitaciones y suspensiones, así como con la privación del permiso de conducir.

H) Las reglas generales para la aplicación de las penas.

La íntima naturaleza de la caución, como medida de seguridad o medida «sui generis», afecta al juego de las reglas legales para la aplicación de las penas. Toda la normativa del Capítulo IV del Título III del Libro I de nuestro Código parece cruzar cuando se intenta utilizarla para individualizar esta sanción, imperativa y arbitrariamente calificada de pena.

Las dificultades de aplicación —por no hablar de su quiebra total— se revelan en un doble frente: bien dentro de las reglas del artículo 61, o sea, en cuanto a la división en grados, bien en la determinación e imposición de penas superiores o inferiores según la escala 3 del artículo 73. En el primer caso ha de resolverse la cuestión previa de si la caución es o no divisible. En el segundo, la problemática persiste aunque se rechace la divisibilidad en grados.

a) *El problema de la divisibilidad.*

Por lo que hace a la divisibilidad de la caución, Antón Oneca, tras admitir que aquella propiedad se encuentra en todas las penas consistentes en una cantidad, sea de tiempo, sea de dinero, opina que «la caución, aunque se fija en una cantidad de dinero y se extiende por un cierto tiempo, no parece que sea graduable, pues del tiempo sólo indica el Código un máximo, sin mínimo (artículo 30), y la cantidad que el fiador se obliga a entregar no está determinada en la Ley» (170).

Rodríguez Devesa considera indivisibles la reprensión pública, la pérdida de la nacionalidad española, la reprensión privada y el comiso, así como la multa, a la que reconoce divisibilidad matemática, pero no jurídica, atendida la diversidad de fortunas de los condenados. Añade que no necesita ser dividida la pena de arresto menor y concluye afirmando que «para todas las demás habrá que tener en cuenta la duración que se señala en el artículo 30» (171).

Córdoba entiende que la divisibilidad concurre siempre que «la sanción aparece delimitada entre un máximo y un mínimo cuantitativamente fijados», y puntualiza que «dicho factor cuantitativo puede venir dado por el tiempo o por un elemento distinto, como el dinero», pero sin citar siquiera a la caución (172).

Nosotros compartimos la opinión de que —en el puro terreno material— la divisibilidad del artículo 79 del vigente Código, aunque ya no se refiera de forma expresa a «cantidad o tiempo determinado», como el artículo 105 del Código de 1822, tanto puede girar sobre la

(170) ANTÓN ONECA: *ob. cit.* T. I, pág. 556.

(171) RODRÍGUEZ DEVESA: *ob. cit.* T. I, págs. 773 y 764.

(172) CÓRDOBA: *ob. cit.* T. II, pág. 390. Pese a indicar que se ocupará por separado de las penas pecuniarias, sólo trata la pena de multa (págs. 390 y 394).

duración de una pena como sobre su contenido patrimonial. Sin embargo, esta declaración de principios respecto a las sumas dinerarias no significa que en concreto la multa o la caución española toleren la fragmentación en grados.

Aceptando, como aceptamos, los argumentos de Rodríguez Devesa en contra de la divisibilidad jurídica de la multa (173), los extenderíamos también a la caución, si admitiéramos su condición de pena pecuniaria. En ambas sanciones la diversidad de fortuna en los reos exigiría la concesión al Juez de un amplio arbitrio, difícilmente compatible con la división en grados. Además, la falta de límite máximo para el importe de la caución constituye un insuperable escollo técnico para cualquier intento de graduación aritmética.

Abundando en esa línea, el fracaso de la divisibilidad en la vertiente pecuniaria conllevaría en nuestro derecho positivo el de cualquier intento de operar simultáneamente con la duración y la cuantía (174). Para tal posibilidad sería preciso no sólo la determinación en ambos elementos, sino también la fijación legal de un nexo o tabla que permitiera reconducir a un grado determinado de pena la imposición de la caución en una cierta cuantía y por un cierto tiempo.

Desde nuestra concepción de la caución, no como pena pecuniaria o pena pecuniaria temporal —si se nos tolera la expresión— sino como pena temporal no pecuniaria, ha de admitirse su divisibilidad material. En páginas anteriores razonamos nuestra creencia de que los límites de la caución coinciden con los de la pena de destierro. Recordemos ahora que, en todo caso, la no aceptación del límite mínimo de seis meses y un día no apareja la indeterminación de la pena a nivel de Código, sino que habrá de continuarse la exégesis para identificarlo. El Juez ha de interrogarse necesariamente sobre su margen de elección temporal, es decir, sobre cuál sea el mínimo imponible. Con mayores o menores dificultades ha de encontrar una respuesta —los seis meses y un día, el mes o, si se quiere, el día como unidad mínima— y desde ese instante tiene ante sí un período de tiempo perfectamente divisible.

De la problemática de la divisibilidad jurídica nos ocuparemos en el apartado siguiente.

b) *Posición que se mantiene sobre la divisibilidad jurídica de la caución.*

El vigente Código penal no contiene una sola cita de la caución en el capítulo «De la aplicación de las penas». Falta incluso un precepto similar al del artículo 63 acerca de la multa. Nosotros celebramos no se haya unificado la regulación de ambas sanciones, pues hemos subrayado una y otra vez que la caución no es pena pecuniaria, que el importe de la obligación contraída por el fiador abonado no pertenece al

(173) Idem, GROIZARD; *ob. cit.* T. II, pág. 382.

(174) PACHECO estima que la gravedad de la caución depende de la suma que afianza, el plazo a que se extiende y el delito por el que se cause: *ob. cit.*, página 349.

núcleo de esta sanción, y que en la fijación de dicha cuantía interesa más la situación económica del propio tercero que la del reo. Lo malo es que la finalidad de la caución, por un lado, y las reglas generales de aplicación de las penas, por otro, se mueven en planos distintos. Mientras la caución, y por ende su duración, aspira a evitar un concretísimo mal futuro, el común de las penas pretende fundamentalmente ocasionar un mal al reo.

Planteadas así la cuestión, caben tres actitudes: 1.º Estimar que las reglas generales no afectan a la caución, por lo que ésta se impondrá, con base directa en el artículo 44 y en los preceptos de la parte especial, durante el tiempo que, dentro de los márgenes legales, se considere oportuno para evitar el mal temido. 2.º Concluir que, respetando siempre el carácter facultativo de la sanción, el Tribunal ha de escoger entre su no imposición o la individualización que resulte aplicando dichas reglas. Y 3.º Respetar las reglas generales sólo en cuanto puedan implicar delimitación favorable al reo.

Dadas unas amenazas en que únicamente hubieran concurrido circunstancias atenuantes, con la primera solución el Tribunal sería libre de imponer o no una caución de seis años. Con los criterios segundo y tercero, la caución habría de quedar entre los seis meses y un día, y los dos años y cuatro meses. A la inversa, si sólo concurrieran agravantes, con el primer criterio podría imponerse tanto la caución de seis años como la de seis meses y un día. Con el segundo, el Tribunal habría de elegir entre prescindir de la caución o imponerla en el grado máximo, o sea, de cuatro años, dos meses y un día a seis años. Con el tercero sería viable la caución en cualquiera de sus grados.

Nuestras preferencias se inclinan por la posición tercera. La segunda coloca al Juez ante alternativas disparatadas: cuando el Tribunal estima que la caución de un año es la apropiada, se le fuerza a elegir entre imponerla con una duración mayor u omitir su imposición. El primer criterio, aunque quizá el más correcto teleológicamente, pudiera en ocasiones pecar de gravoso para el reo. El tercero representa una posición de equilibrio, flexibilizando a favor del culpable el formalismo de una aplicación estricta de las reglas generales.

He aquí un interrogante que enlaza con el apartado siguiente, o sea, el de la escala 3 del artículo 73: ¿Qué sentido tiene que frente a un doble reincidente el Tribunal haya de escoger entre condenar a reprensión pública en lugar de la caución, o prescindir de ésta sin sustitutivo alguno? ¿No será mejor permitirle descender desde esa cota (175) de la reprensión pública hasta, por ejemplo, los cuatro o los dos años de caución suficientes para prevenir un mal determinado? Obsérvese que la inoperancia de la reprensión pública en la evitación del daño futuro significa que en estos casos más graves el Tribunal habría de imponer tan solo la pena base del delito de amenazas, sin acudir a la facultativa.

La concreción última del tiempo de la caución —siempre con el

---

(175) Cota en el orden del Código, pero de ninguna forma en la realidad.

techo derivado del juego de las repetidas reglas legales de aplicación general— habrá de hacerse atendiendo a la presumible duración de la situación de peligro.

c) *La escala 3 del artículo 73 del Código penal.*

La heterogeneidad de las penas incluidas en la escala 3 del Código penal parece evidente. Se ha dicho que «las (penas) de la escala tercera afectan sólo a la libertad de movimientos, y son propias de infracciones cuya repetición debe ser prevenida separando al delincuente del lugar propicio a la repetición del delito» (176), pero lo cierto es que ni la reprensión pública afecta a la libertad del reo o lo aparta de un lugar determinado, ni la caución admite su alineación, sin más, junto al extrañamiento, el confinamiento y el destierro. Con otras palabras, nada hay que objetar al orden de esas tres primeras penas, pero resulta discutible que la escala se cierre con la reprensión pública y la caución. En último extremo debió haberse evitado la ubicación de aquélla sobre ésta, bien invirtiendo su numeración u orden, bien recogiénolas alternativamente.

La imposición y mecánica de la caución por mor de esta escala ha pasado generalmente inadvertida. Que nosotros sepamos, sólo Rodríguez Devesa se ha referido a ella, aunque sin detenerse en su problemática (177).

Nuestra opinión sincera es que el legislador no ha sido consciente de las consecuencias que se derivan de influir junto a verdaderas penas, de imposición preceptiva en su caso, otra facultativa, la caución, cuya razón de ser estriba más en la evitación de un hecho concreto que en la retribución, la expiación o las prevenciones generales y especiales de las penas propiamente dichas. Entre auténticas penas cabe establecer una graduación, aunque sólo sea atendiendo al daño o dolor que infieren al reo; pero tal posibilidad desaparece con la caución, porque su particularísima finalidad se sale del nexo o marco común.

En los supuestos de pena superior a la recogida directamente para el tipo penal, el panorama se corresponde con el estudiado en el apartado anterior y, por las mismas consideraciones, defendemos aquí idéntico criterio. Si la doble reincidencia autoriza a imponer el destierro, el Tribunal hará bien en acudir a él cuando crea que así se evita mejor que con la caución el mal futuro, pero podrá retroceder a la caución misma cuando ésta baste o parezca más idónea, para cumplir los fines perseguidos. En la hipótesis de que como en el Código de 1932, sólo cupiera imponer la pena superior en un grado, sería disparatado admitir el «premio» inoperante de una represión y renunciar a la caución.

Por desgracia resulta imposible hallar una solución medianamente satisfactoria cuando se recorre la escala en sentido descendente. Ya no se trata de la transformación o sustitución de una pena facultativa, con la posibilidad de prescindir de ella si no gustase la metamorfosis, sino

(176) QUINTANO RIPOLLÉS: *Comentarios...*, pág. 386.

(177) RODRÍGUEZ DEVESA: *ob. cit.* T. I, pág. 766.

de la pena preceptiva, o sea, de aquella imprescindible en una sentencia condenatoria. A veces, por ejemplo en un delito de injurias, no se tropezará con dificultades serias bajando del destierro a la caución. Otras, sin embargo, nos encontraremos con que no hay mal alguno que precaver, así cuando se castigue un delito de muy improbable repetición, o la condena se pronuncie tras la muerte del ofendido.

En los últimos supuestos se repite la situación del Tribunal que, forzado a imponer una pena de inhabilitación o suspensión, no alcanza a encontrar en la infracción enjuiciada los elementos precisos para dotar de contenido a tales penas (178). Volviendo a la caución, habrá que decidirse bien por una condena formal, utilizando el nombre de esta pena de caución a los puros efectos de que el delito no quede impune, pero omitiendo la referencia a un mal concreto y a un fiador abonado, bien por desarrollar, también artificialmente, todo el juego de unas obligaciones sin objeto real. Colocados ante el dilema de escoger entre una solución u otra, nos inclinamos por la primera, ya que la segunda, so pretexto de mantener la integridad de la caución, se revela en verdad como la apoteosis del formalismo. Nos parece más honesto atenernos al caparazón de esta sanción que llenarlo arbitrariamente.

Anotemos los inaceptables efectos que, también en vía descendente, apareja la situación de la represión pública entre el destierro y la caución. Si, por disponerlo así el Código —en particular los artículos 51, 54, 64, 65 y regla 6.<sup>a</sup> del artículo 61— hubiera que imponer caución como pena inferior en dos grados al destierro, se daría la paradoja de que el reo, que con una atenuante no calificada sólo sufriría el grado mínimo del destierro, y con el descenso en un grado únicamente habría de soportar la represión pública, podría verse compelido a cumplir seis años de destierro por no presentar fiador abonado para su caución.

No hay duda de que el descenso de la caución a multa de diez mil a cien mil pesetas, aunque cuente con el apoyo del artículo 74 del Código penal, pugna con el fin a que se orienta la imposición de aquélla. Si, como todo hace pensar, la multa es irrelevante en la prevención del mal futuro, el Tribunal, impedido de utilizar la caución, deberá absterse también de acudir a la multa.

#### I) La ejecución del mal.

La realización del hecho que se deseaba evitar sólo afecta, dentro de la caución, al fiador abonado. Cumplida la condición de la que pende su obligación de pago, desembocamos en el cobro de una deuda extrapenal.

Por no ser aquella obligación ni pena ni medida de seguridad, ha de rechazarse el intento de atribuir a esta responsabilidad las características de la pena de multa. El débito de fiador abonado es compensable, al menos en principio, con los créditos que tenga frente al Estado

---

(178) MANZANARES: *Las inhabilitaciones y suspensiones en el Derecho positivo español*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, año 1975, página 226.

(públicos, como el reembolso de impuestos indebidos, o privados). Nada se opone al devengo de intereses de demora o a la transmisión de la duda «inter vivos» o «mortis causa». Cabe también acordar su no ejecución sin necesidad de acudir a la vía de gracia (amnistía o indulto). Por último, son admisibles la transacción (piénsese en los procedimientos de ejecución general), así como la solidaridad pasiva y el pago por tercero. En tal contexto debe reconocerse al Tribunal la facultad de conceder los aplazamientos que estime oportunos.

El fiador abonado nunca sufrirá arresto sustitutorio por impago, pero, como cualquier otro deudor, puede incurrir en delitos de alzamiento de bienes, quiebra, concurso e insolvencia punibles.

En todo caso, el cobro del repetido crédito repercute en provecho del Estado (179). Aunque en nuestro Derecho positivo se eche en falta una declaración explícita en dicho sentido —como la contenida en el párrafo 3.º del artículo 57 del Código penal suizo— es lo cierto que el silencio legal no tolera otra interpretación. Sólo el Código de 1928 dispuso que la fianza se destinase «a la indemnización o reparación del daño causado» (180).

Por lo que hace a la constatación del mal, pensamos que, constituyendo éste, al menos en cuanto a los elementos externos, una infracción penal, el Tribunal que impuso la caución debe esperar la resolución que recaiga en el nuevo procedimiento criminal. De otro modo se corre el riesgo de que discrepen los pronunciamientos de ambos judiciales.

La referencia de nuestro artículo 44 no a un delito o falta sino a «el mal que se trata de precaver», suscita la duda de si para el cumplimiento de la condición suspensiva basta con que se ejecute el tipo penal, al margen de las eximentes que puedan concurrir. Aunque la redacción legal se preste a equívoco, creemos —como Ph. Graven en

irresponsabilidad, y en consecuencia la sentencia es absolutoria, no puede afirmarse que la caución haya fracasado.

La cuestión de si nuestra normativa sólo contempla las infracciones dolosas, se plantea en términos similares. El vocablo «mal» parece apuntar a una solución por el resultado objetivamente considerado, pero ello significaría conculcar el espíritu de la caución. De ahí que hagamos nuestras las palabras de Ph. Graven: «Como la caución preventiva se centra en un hombre que deliberadamente amenaza violar la Ley, su fin necesario es impedir que el interesado cometa una infracción intencional» (181). En nuestro derecho, la circunstancia de que la caución se prevea únicamente en relación con un delito de dolo específico, como el de amenazas, apunta en la interpretación dicha.

Es muy discutible que el fiador abonado tenga acción para repetir

---

(179) En el Derecho comparado, el Código colombiano de 1936 indica que «la caución se hará efectiva a favor del Tesoro Nacional» (párrafo 4 del artículo 55). Otros Códigos, como el peruano de 1926 (art. 40) y el cubano de 1936 (art. 589-F), adjudican la suma a la Caja de Indemnización o Resarcimientos. La última solución es adoptada también por el Derecho italiano.

(180) Párrafo 3 del artículo 129.

(181) PH. GRAVEN: *ob. cit.*, pág. 90.

contra el reo. El artículo 1.158 del Código civil, único aplicable en principio, se ciñe a los efectos del pago por tercero. Ahora bien, tal supuesto puede darse en el ámbito de la multa, pero no en la caución, donde el fiador abonado paga su propia deuda.

La responsabilidad del reo no es otra que la derivada de la nueva infracción penal. El destierro recogido en el artículo 44 no desempeña papel alguno en este caso. Por otro lado, la comisión del mal rehuye toda tipificación como desobediencia punible (artículo 237), o quebrantamiento de condena (artículo 334), lo que excluye el concurso (182). Adviértase que en la caución el reo «cumple» con la presentación del fiador abonado.

J) El abono de la prisión preventiva.

Los autores patrios no se pronuncian expresamente sobre el abono de la prisión preventiva a la caución, pero su exégesis del artículo 33 del vigente Código penal parece ser favorable a su inclusión en este precepto.

Antón Oneca estima que dicho artículo es «de común aplicación a cualquier pena de duración, aunque no sea privativa de libertad (183). En opinión de Córdoba, «la única condición que parece necesaria es la de que constituya una pena temporal, pero no importa que sea privativa o restrictiva de libertad, así como privativa o restrictiva de derechos» (184). Ferrer Sana abunda en igual criterio (185).

Cuello Calón, que estudia el artículo 33 a renglón seguido del 30, dedicado precisamente a la duración de las penas, cree que aquel artículo ha de entenderse «en el sentido de que cualesquiera que sean las penas impuestas al reo... se abonará toda la prisión preventiva sufrida», si bien en su cita de ejemplos olvide la caución (186).

Para nosotros no cabe duda de que, al ser la caución pena temporal, procede se le abone la prisión preventiva. Sólo a mayor abundamiento conviene añadir algunas consideraciones: 1.º Que aquella solución es particularmente razonable a partir del Código de 1944, en el que el límite máximo se establece a nivel legal, lo que impide —al menos hasta cierto punto— que el Tribunal pueda desvirtuar el abono por el fácil expediente de aumentar la duración de la caución. 2.º Que, dentro de las coordenadas de nuestro Código, la caución es una pena de menor gravedad intrínseca que el destierro (véase la escala 3 del artículo 73) y, naturalmente, que las privaciones de libertad, por lo que en buenos principios de igualdad de prisión preventiva debería comportar un abono mayor, temporalmente, en la caución que en el destierro, y en éste mayor que en las penas de prisión. Y 3.º Que, aceptando el criterio legal de abono día por día, cualquiera fuere la gravedad de la pena,

(182) PH. GRAVEN: pág. 92.

(183) ANTÓN ONECA: *ob. cit.* T. I, pág. 499.

(184) CÓRDOBA: *ob. cit.* T. II, pág. 157.

(185) FERRER SAMA: *ob. cit.* T. II, pág. 202.

(186) CUELLO CALÓN: *Derecho penal, parte general*, pág. 755.

resulta oportuno no negar a la caución un abono perfectamente viable en el destierro sustitutorio.

Pese a que la imposición de la caución dentro de las amenazas comporte una pluralidad de penas en cuya ejecución la privativa de libertad goza de preferencia —como más grave— para beneficiarse con el abono, la remisión condicional de ésta puede desviar el beneficio hacia la pena de caución.

#### K) El destierro sustitutorio.

El Código vigente, como los de 1870 y 1932, acude al destierro del reo cuando éste no presenta fiador abonado. El Código de 1848-50 se había remitido al arresto menor. Antes, el de 1822, aunque según su artículo 79 el culpable pudiera «ser confinado donde pueda trabajar por un tiempo que no pase de la mitad del señalado al afianzamiento, había aceptado el arresto sustitutorio en la normativa específica de las amenazas (artículo 722). Por su parte, el Código de 1928 se mostró favorable al destierro, pese a rehuir el uso de tal denominación (párrafo 4.º del artículo 129).

Los autores patrios celebran el recurso al destierro. Viada apoya el cambio de criterio que el Código de 1870 supone sobre su inmediato anterior y escribe que «en defecto de la caución nada mejor hay que la distancia para impedir la ejecución del mal que se trata de prevenir» (187). Groizard puntualiza que «el tiempo y la distancia producen de ordinario los efectos a que se aspira por medio de la caución: del arresto no puede decirse lo propio» (188). Quintano Ripollés opina que, si la caución es un medio de lucha contra las penas cortas y privativas de libertad, debe prescindirse del arresto sustitutorio, y añade que la naturaleza precautoria del destierro es mucho más afín a la propia de la caución (189). Recientemente Córdoba hace suyos los argumentos de Groizard (190).

También nosotros preferimos el destierro a la prisión, pero, lógicamente, no porque el desterrado se encuentre en peores condiciones para cometer el mal que el internado en establecimiento penitenciario. Lo que ocurre es que la privación de libertad por el mismo tiempo de la caución sería un sufrimiento desproporcionadamente grave e injusto para el pobre en relaciones humanas. Por el contrario, si se acordara la prisión, como en nuestro Código de 1848-50, restaría un período de tiempo particularmente peligroso. A cambio de asegurar la no realización del mal en los primeros meses, habríamos aumentado la probabilidad de su ejecución en los posteriores. Dado que nuestro Código no recoge la sumisión a vigilancia de la Autoridad, no es posible acudir a esta sanción, quizá más apropiada y menos onerosa que el mismo destierro.

---

(187) VIADA: *Código penal reformado de 1870*, Madrid, 1890. T. I, página 426.

(188) GROIZARD: *ob. cit.* T. II, pág. 252.

(189) QUINTANO RIPOLLÉS: *Comentarios...*, pág. 338.

(190) CÓRDOBA: *ob. cit.* T. II, pág. 189.

Puesto que el Código se refiere a «la pena de destierro» (191) y ésta se encuentra tanto en la escala general del artículo 27 como en la número 3 del artículo 73, hay que reconocer que dicha restricción de movimientos es pena formal y materialmente (192). La negativa o imposibilidad de prestar caución se traduce así en la agravación en dos grados de la caución inicial (del puesto 5.º al 3.º de la escala especial).

Se trata de un efecto sólo aceptable por la dificultad de encontrar una solución mejor. Sin embargo, el problema —que recuerda al del arresto subsidiario del multado— pierde parte de su gravedad si se invierten mentalmente los términos de la sustitución, como expusimos al ocuparnos de la naturaleza de la caución española (193). Desde tal perspectiva, el juzgador trataría de evitar el mal futuro empleando el destierro, pero permitiría su sustitución por la caución si el reo pudiera y quisiera presentar fiador abonado (194).

La consideración de pena que el destierro tiene, impide que, iniciado el mismo, quepa la presentación del tan repetidor fiador. Otra cosa sería confundir nuestra pena de destierro con una simple «astreinte» orientada a mover la voluntad del sancionado, tal y como sucede en el Derecho suizo, donde el encarcelamiento se extingue tan pronto como la caución se presta.

#### L) Breve resumen crítico.

La caución española, tradicional y vigente al mismo tiempo, es una «rara avis» de difícil defensa. Su complejidad, su insuficiente normativa y los problemas concretos con que tropieza su imposición no guardan relación alguna con sus efectos prácticos, ni con su ámbito de aplicación. El Tribunal ha de salvar una verdadera carrera de obstáculos para llegar a una imposición racional: desde preguntarse por su límite temporal mínimo, pasando por sus posibles márgenes económicos y siguiendo por la debatida cuestión de su divisibilidad en grados, hasta dar con los criterios de individualización personal según el reo, el fiador, o ambos. Las dificultades se reproducen luego alrededor de la persona del fiador, sus condiciones y responsabilidades. Y todo esto en relación con una sanción sólo prevista en delitos de amenazas y, además, de carácter facultativo.

Así las cosas, no sorprende la alergia judicial hacia tal caución. Ni las colecciones de sentencias del Tribunal Supremo recogen ejemplos de aplicación, ni nosotros conocemos, directamente o de simple referencia, un solo caso en que la caución haya sido utilizada dentro de la jurisprudencia menor. Desde que la reforma de 1944 dio vida al artícu-

---

(191) En el Código de 1928, donde la caución era medida de seguridad, a estas restricciones de libertad no se les denomina ni pena ni destierro.

(192) CÓRDOBA: *ob. cit.* T. II, pág. 189.

(193) Ver *supra* el epígrafe sobre la naturaleza.

(194) En la regulación de Vagos y Maleantes, al igual que en la de Peligrosidad Social y Rehabilitación, se parte de la sumisión a la vigilancia, para, en ocasiones, sustituirla por la caución.

lo 67 del vigente Código es lógico que los Tribunales se alejen todavía más de la caución, si cabe, buscando soluciones en dicho precepto.

La caución propiamente pecuniaria, como la de nuestro Código de 1928 y la del vigente Código suizo, ofrece quizá mayores ventajas, pero tampoco creemos que éstas sean suficientes para justificar su presencia en un nuevo Código penal español.

Cuando esta mal denominada pena no se ha aplicado a lo largo de una existencia más que centenaria, y cuando sus congéneres en Derecho comparado no parece cosechen éxitos mucho mayores, pensamos que lo mejor es pasar la página o, si se prefiere, trasladarla definitivamente al museo de curiosidades.