

La traducción de esta excelente obra de Güntrer Kaiser enriquecerá notablemente la ciencia española en el campo de la delincuencia de tráfico tan necesitado de investigaciones penales y criminológicas.

A. BERISTAIN

MARTIN-RETORTILLO, Lorenzo: «Libertad religiosa y orden público». (Un estudio de Jurisprudencia), Editorial Tecnos, Madrid, 1970, 94 págs.

Libertad religiosa y orden público pertenece a un género de literatura jurídica que, desgraciadamente, no es frecuente en España, Martín-Retortillo escribe en el Prefacio (pág. 19): «Los juristas advertirán quizá en las páginas que siguen una cierta reiteración de argumentos y una serie de aclaraciones que pueden parecerles elementales y, quizá, innecesarias. Pero ello tiene una explicación: he pretendido, aun sabiendo que no es fácil, acercar el original lo más posible al lector no especialista en Derecho, por entender que se trata de un tema que, si se ha analizado desde un prisma jurídico, interesa fundamentalmente a muy variados sectores de personas que no tienen por qué ser especialistas en Derecho.»

A algunos les parece mal que el jurista rebase el marco de obras técnicas dirigidas a especialistas y que trate de llagar a un público profano. Pero los que así piensan desconocen que la divulgación de lo que realmente sucede jurídicamente —cuando ello no debiera suceder— es el requisito indispensable para que —al tomar conciencia de lo que hasta entonces era ininteligible porque se encubría con el lenguaje técnico-jurídico— llegue a sentirse la necesidad de reforma, de regular más justamente la realidad social. Porque las consecuencias del Derecho penal superan, en su gravedad para el individuo, a las consecuencias de las otras ramas del Derecho, porque, a causa de esa gravedad y consiguiente efectividad, es el Derecho penal el que está más expuesto a ser objeto del abuso de las fuerzas sociales y políticas, tiene aquí el penalista un amplio campo de actuación: divulgando la realidad jurídicopenal y ofreciendo argumentos para que sea conformada de otra manera puede contribuir a que lo que hasta entonces era una mera desaprobación intuitiva contra la existencia o la gravedad de ciertos delitos, un mero malestar impreciso e inconcreto, se convierta en una protesta fundamentada y articulable en razonamientos. En este sentido, *Libertad religiosa y orden público* es un ejemplo de literatura jurídica que los penalistas —por razones más poderosas aún que en otros campos del Derecho— no deberían seguir descuidando por más tiempo.

En base al artículo 2.º, apartado a) de la Ley de Orden Público, de 30 de julio de 1959 («Son actos contrarios al orden público los que... atentan a la unidad espiritual... de España»), en relación, entre otras normas, con la primitiva versión del artículo 6.º del Fuero de los Españoles («La profesión y práctica de la Religión Católica, que es la del Estado español, gozará de la protección oficial. Nadie será molestado por sus creencias religiosas ni el ejercicio privado de su culto. No se permitirán otras ceremonias ni manifestaciones externas que las de la Religión Católica»), «se sancionan y se persiguen», resume Martín-Retortillo (pág. 25), «como contrarias al orden público, conductas de los siguientes tipos: celebrar reuniones comentando la:

Biblia u otros textos religiosos; tener literatura propagandística de la religión; hacer visitas a domicilios de amigos o desconocidos con afán de propagar la religión; hacer viajes y mantener contactos con el mismo fin, etcétera. Se trata, por tanto, de actos de celebración religiosa, como sucede con muchas de las reuniones —en el caso *Hermano Precursor de los Testigos de Jehová* la reunión se celebraba el 24 de diciembre, fecha en que los cristianos suelen celebrar el acontecimiento del nacimiento del Hijo de Dios—, o de actos de apostolado religioso». Estos actos contra el orden público pueden ser sancionados, de acuerdo con el artículo 19 de la Ley de 1969, con multas de hasta 25.000 pesetas por los Gobernadores Civiles; de hasta 50.000 pesetas, por el Director General de Seguridad; de hasta 100.000 pesetas, por el Ministro de la Gobernación, y de hasta 500.000 pesetas por el Consejo de Ministros. Lo que Lorenzo Martín-Retortillo expone en su libro es la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo cuando, como consecuencia de la sanción impuesta por la Administración por alguna conducta de carácter religioso extracatólico, se ha llegado a un recurso ante la correspondiente Sala del Tribunal Supremo.

En su obra Martín-Retortillo roza más de una vez el Derecho penal. Aquí sólo queremos ocuparnos de lo que expone sobre el problema de la retroactividad o irretroactividad de las leyes sancionatorias.

Acabamos de señalar la importancia que tiene el artículo 6.º del Fuero de los Españoles para esclarecer cuáles son, en concreto, los actos que atentan a la unidad espiritual de España. Pues bien: en 1967 se reforma ese precepto del Fuero de los Españoles; y de la mera situación de tolerancia con los no católicos se pasa a proclamar que el Estado protegerá la libertad religiosa (art. 6.º, 1945): «Nadie será molestado por sus creencias religiosas ni el ejercicio privado de su culto. No se permitirán otras ceremonias ni manifestaciones externas que las de la Religión Católica»; artículo 6.º, 1967: «El Estado asumirá la protección de la libertad religiosa, que será garantizada por una eficaz tutela jurídica que, a la vez, salvaguarde la moral y el orden público»).

De todo ello se sigue que en muchos supuestos el levantamiento de una sanción impuesta en base al artículo 2.º, apartado a) de la Ley de 1959 completado por la primitiva redacción del artículo 6.º del Fuero de los Españoles depende de que se considere o no retroactiva la nueva versión del precepto del Fuero. El Tribunal Supremo, informa Lorenzo Martín-Retortillo, ha declarado en dos sentencias (de 1967 y 1968) la no retroactividad del precepto posterior más favorable: «... la modificación última del artículo 6.º del Fuero de los Españoles es inaplicable al caso de autos, por su natural irretroactividad» (sentencia de 6 de octubre de 1967). Martín-Retortillo no acepta esta tesis jurisprudencial y apoyándose en el artículo 24 del Código Penal («Las Leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo de un delito o falta, aunque al publicarse aquéllas hubiere recaído sentencia firme y el condenado estuviere cumpliendo condena») afirma (página 84) «que la aplicación retroactiva de las leyes beneficiosas para los enjuiciados, tan claramente admitidas por el Derecho sancionador común (sc. por el Código penal), es de aplicación también en el ámbito de las

sanciones impuestas por la Administración, ámbito, que en definitiva está muy próximo al anterior, si no coincide con él».

Opino como Martín-Retortillo: El principio establecido en el artículo 24 del Código penal debe informar también el Derecho administrativo sancionatorio. Pues la regla del artículo 3.º del Código civil de que las Leyes no tendrá efecto retroactivo si no dispusieran lo contrario encuentra su fundamento y su explicación en el respeto a los derechos adquiridos. Pero concebir la multa impuesta como un «derecho adquirido» de la Administración a ingresar una determinada suma en el Erario sería tergiversar el sentido de la sanción administrativa: la sanción administrativa no está ahí para servir de fuente de ingresos al Estado —para eso está el Derecho tributario—, sino para intimidar —porque la multa representa un mal para el que la sufre— y prevenir así conductas cuya comisión se desea evitar. Si contemplando el problema desde el ángulo de la Administración no hay ningún motivo para mantener la irretroactividad de las leyes sancionatorias favorables, contemplándolo desde el del sancionado, todavía menos; pues la irretroactividad de las leyes responde a la idea de no perjudicar y de no perturbar una posición ventajosa alcanzada bajo la vigencia de una ley anterior; que tener que abonar una multa no es una posición ventajosa —sino todo lo contrario— es algo que no requiere explicación.

Como una interpretación teleológica excluye la aplicación del artículo 3.º del Código civil a las leyes sancionatorias administrativas de carácter favorable, hay que plantearse la cuestión de si los motivos que han llevado al legislador a declarar, en el artículo 24 del Código penal, la retroactividad de las leyes penales más benignas no concurren también en el supuesto que nos ocupa. Que ese es precisamente el caso, se deduce de una doble argumentación.

Sabido es que la retroactividad de las leyes penales más favorables obedece a que se ha considerado intolerable, con razón, que se pueda imponer una pena en base a una concepción ético-social superada y que ya no es la del legislador —la ley penal vigente, por ejemplo, ha dejado de estimar delictiva una determinada conducta—. No se entiende cómo puede regir otra cosa en referencia a las sanciones impuestas por la Administración, cómo puede mantenerse el juicio de reprobación de la Administración sobre una conducta que se ha dejado de considerar reprochable.

A la misma conclusión se llega en base a un segundo razonamiento. Si las leyes penales tienen efecto retroactivo cuando son favorables, ello se debe a que lo que está en juego es nada menos que la consecuencia jurídica más grave que conoce el orden jurídico: la pena. Todas las garantías materiales (principio de legalidad, por ejemplo) y procesales (principio *in dubio pro reo*, por ejemplo) que rodean al delito tienen el mismo origen: todo cuidado y toda prudencia son pocos cuando la consecuencia que se va a hacer seguir al delito puede suponer la ruina —incluso la eliminación— física, psíquica, social o económica del individuo afectado. Con otras palabras: No es el delito como tal, sino la pena que sigue al delito la que ha hecho que en los países civilizados el Derecho penal sea constantemente controlado y vigilado por todo un mecanismo de garantías individuales. En este espíritu se creó la garantía que recoge el artículo 24 del Código penal. Y si este espíritu consagrado jurídicopositivamente ha de ser —como debe ser— respetado,

entonces el artículo 24 ha de informar también al Decreto administrativo sancionatorio. Pues no se ve dónde puede estar la diferencia en relación al perjuicio que se le causa al individuo (y a ese perjuicio que el Derecho ocasiona responde, como hemos visto, el art. 24 del Código penal) entre la multa (pena) de 100.000 pesetas y la multa (sanción administrativa) de la misma cantidad. Sería una verdadera paradoja que si mañana el legislador penal suprime el delito de omisión del deber de socorro, de injurias leves por escrito y con publicidad o de cheque en descubierto (por mencionar sólo tres hechos castigados, exclusiva o alternativamente, con multa), el que ha dejado morir a otro, el que ha injuriado o el que ha pagado con un cheque sin provisión se viese libre de toda pena; y que, en cambio, el que realiza un comportamiento mucho menos grave —pues es el Derecho penal y no el administrativo el encargado de reprimir las conductas de todo punto intolerables para la convivencia social— tenga que soportar la sanción administrativa por esa conducta que antes era ya mucho menos grave que cualquier delito y que ahora, en virtud de la ley posterior es considerada plenamente adecuada a Derecho.

En este punto la crítica tiene que elevarse del problema concreto que estamos examinando a otros más generales. Un progreso lento y laborioso, una depuración de la sensibilidad y del sentimiento de justicia, han llevado a limitar con toda una serie de garantías materiales y procesales la intervención más grave con que el Estado puede afectar la esfera del individuo: la intervención de imponer y ejecutar una pena. También nuestro Código penal y nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal han recogido estas garantías como una conquista irrenunciable. Esas garantías se pueden radiar de manera abierta. Y se puede también hacer otra cosa que lleva al mismo resultado: Mantenerlas en esos cuerpos legales por razones de apariencia, pero excluir la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a determinados delitos, o bien cambiar el nombre de las penas, llamar a lo que tiene el mismo contenido sanciones administrativas y desbaratar así el mecanismo de garantías que, formalmente, siguen figurando en el Código penal. Pero si de una manera o de otra se llega a la eliminación de esos principios limitadores de la facultad punitiva del Estado, entonces hay que llamar a las cosas por su nombre; entonces hay que decir que ello supone una regresión a la época anterior a la Ilustración.

Tras este excursus sobre política legislativa general, volvamos al problema de la retroactividad para resumir lo expuesto en esta recensión: En ese caso concreto se puede llegar a una solución satisfactoria. Siempre que sea posible —y lo es *de lege lata* en referencia a la aplicación de la norma administrativa más favorable— los principios limitadores y las garantías penales deben informar también la interpretación del Derecho administrativo sancionatorio. El fundamento jurídico de por qué ello es así es elemental: Porque lo favorable que rige para lo más grave (para el delito) debe regir también para la menos grave (para la infracción administrativa).

El libro de Lorenzo Martín-Retortillo comienza con una dedicatoria —justa y oportuna— al profesor González Campos; a ella quiere adherirse públicamente el autor de esta recensión.