

Acerca de la llamada prohibición de residencia (Arts. 67 del Código penal y 90 del Proyecto de 1980)

ESPERANZA VAELO ESQUERDO

Profesora Adjunta contratada en la Universidad de Murcia

Dentro del Título III del Libro I del Código penal y, concretamente, al final de la Sección 2.^a del capítulo relativo a las reglas para la aplicación de las penas en consideración a las circunstancias atenuantes y agravantes, se encuentra el artículo 67, redactado en los siguientes términos:

Los Tribunales, en los delitos contra las personas y su honor, honestidad, libertad y seguridad, y propiedad, atendiendo a la gravedad de los hechos y al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que hubiere cometido el delito, o en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos, dentro del período de tiempo que el mismo Tribunal señale, según las circunstancias del caso.

I. PRECISION TERMINOLOGICA

Como cuestión previa al análisis del precepto arriba transcrito, interesa hacer una puntualización de carácter terminológico que, aparte de condicionar el alcance del mismo, sirva para explicar la manifiesta falta de precisión con que se presenta el título de este trabajo.

Estoy aludiendo a la expresión con que de forma harto discutible muchos penalistas (1) han denominado esta institución, llamándola *prohibición de residencia*.

(1) Cfr. A. FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, tomo II, Murcia, 1947, pág. 275; A. JARAMILLO GARCÍA, *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870*, volumen I, Salamanca, 1928, página 267; P. J. MONTES, *Derecho penal español*, 2.^a ed., volumen 2.^o, San Lorenzo de El Escorial, 1929, pág. 670; L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, Buenos Aires, 1950, pág. 625, en nota; A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, tomo I, Parte General, Madrid, 1963, pág. 535.

Siguiendo las pautas normales en la exégesis de la ley penal, deberemos averiguar primeramente cuál es el significado vulgar y jurídico —si lo hay— del término residencia a los efectos de resolver si es exacta o no la anterior designación. Puesto que dicha voz no tiene un sentido distinto en el ámbito jurídico al que le corresponde en el lenguaje común, tendremos que operar con el que le otorga este último y extraer con ello las oportunas conclusiones.

El Diccionario de la Real Academia define el vocablo *residencia* como «acción y efecto de residir»; a su vez, *residir* significa «estar de asiento en un lugar», o, lo que es igual —según el mismo Diccionario— «estar establecido en un pueblo o paraje». Ello, en definitiva, supone una cierta permanencia, que ni explícita ni implícitamente se deduce de la descripción contenida en el artículo 67, dado que éste veta al reo el mero tránsito, aunque fugaz, por los lugares designados, al prohibirle simplemente que *vuelva* a los mismos.

Por muy rigurosa que parezca esta interpretación, no queda más remedio que sostenerla, porque ni la redacción del artículo ni criterios interpretativos de otro orden dan pie para defender distinta alternativa.

Sentado lo anterior, bien es verdad que el título de este estudio podía —algunos pensarán, incluso, que debía— haber evitado el uso de una terminología calificada de poco correcta. Las lógicas dudas sobre tal extremo se disiparon razonando que precisamente acudir a la añeja y tradicional expresión «prohibición de residencia», precedida del vocablo «llamada», era más orientador y significativo que eludirla, al tiempo que su empleo brindaba la oportunidad de incidir en la cuestión.

II. ORIGEN DEL PRECEPTO

El precepto procede de la reforma de 1944 (2). Como se sabe, tal reforma se llevó a cabo sobre la Ley de Bases de 19 de julio de 1944, que autorizaba la publicación de una «nueva edición refundida» del Código penal de 1932 y señalaba las modificaciones que se debían introducir. El hecho de que entre dichas modificaciones no figurase la previsión que contiene el artículo 67, ha permitido denunciar, con razón, a Casabó que «al no venir expresamente recogido en una ley formal, tal artículo sólo puede tener la naturaleza propia de la norma que lo ha creado, es decir, de un decreto que no pierde en este punto su naturaleza meramente administrativa, por no existir una autorización legal que le confiera la fuerza propia de la ley. Su naturaleza, pues —añade el autor—, le viene exclusivamente dada por el decreto, por lo que deviene ilegal como resultado de las terminantes exigencias del artículo 23 del

(2) Sobre la gestación de esta reforma vid. E. CUELLO CALÓN, *El Código penal de 23 de diciembre de 1944*, en *Información Jurídica*, 1946, diciembre, núm. 43, págs. 7 y ss.

Código, que impide pueda ser acogida como sanción una medida señalada en una norma que no tiene el carácter de ley formal» (3).

En efecto, nos hallamos ante el típico caso de delegación recepticia donde la norma delegada se excede del ámbito en que el desarrollo normativo tenía que producirse, incurriendo, de ese modo, en *ultra vires* por falta de cobertura en la ley de delegación. Al darse un ejercicio excesivo de ésta no hay rango de ley posible, porque no estando cubierto el contenido de la norma delegada por la ley de delegación, el Decreto evidentemente no puede darse a sí mismo un rango superior.

En opinión de la mejor doctrina (4), el medio más eficaz de controlar tales excesos es el juicio *ultra vires* que los Tribunales pueden ejercitar. Esta posibilidad de control judicial ya ha sido admitida por la jurisprudencia contencioso-administrativa para los supuestos de texto refundidos (5), y, en lo que atañe al ámbito criminal, la interesante sentencia de 2 de julio de 1980 (6) proclama que tal doctrina «igualmente y con mayor razón debe acogerse en el campo penal dado que el imperio en el mismo del principio de legalidad que obliga a una interpretación estricta de los tipos penales, los que, por tanto, deben ser fiel reflejo de la Ley de Bases o delegante en la Ley delegada o texto refundido, pues si esta última norma va más allá (*ultra vires*) de lo permitido por la primera, vulnera el rango normativo y se convierte en simple reglamento sujeto como tal al control jurisdiccional».

El artículo 67, pues, en base a las razones apuntadas podía y debería no ser aplicado por los Tribunales; pero advertimos que este recurso de que disponen hoy dichos órganos dejará de existir en el momento en que se apruebe el Proyecto de Código penal, porque desde ese mismo instante, el equivalente al referido precepto —contenido allí en el artículo 90— alcanzaría irremediable y tristemente el rango de ley.

(3) J. R. CASABÓ RUIZ, en CÓRDOBA RODA, RODRÍGUEZ MOURULLO, DEL TORO MARZAL, CASABÓ RUIZ, *Comentarios al Código Penal*, tomo II, Barcelona, 1972, pág. 305.

(4) E. GARCÍA DE ENTERRÍA/T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, ed. Civitas, Madrid, 1980, pág. 236. De especial interés sobre el tema: E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, ed. Tecnos, Madrid, 1970.

(5) Sentencias: 18-2-70 (Ar. 1716), 9-3-70 (Ar. 1386), 18-3-70 (Ar. 1520).

(6) Ar. 3098. Se trata de un caso de tercería locativa en materia de prostitución que contempla el tema de si la *encargada* del local puede ser castigada con base en el número 1.º, párrafo primero, del artículo 452 bis d), habida cuenta que la Ley de Bases de 23 de diciembre de 1961, que autorizaba al Gobierno para revisar el Texto Refundido de 1944, sólo hablaba de *dueño, gerente y administrador* y la incorporación del *encargado del local* fue obra del Decreto de 28 de marzo de 1963, aprobatorio del nuevo Código.

III. SUS ANTECEDENTES

El Código penal de 1928 es el depositario del precepto comúnmente considerado como antecedente inmediato del artículo 67

Una de las características más sobresalientes del citado cuerpo legislativo —tanto respecto de sus precursores como de los que le han sucedido— es que acogió en su seno, junto a las penas, las medidas de seguridad, novedad que, en opinión generalizada de la doctrina, supone una manifestación clara del principio de defensa social que lo inspiró.

Su artículo 90, en el pórtico del capítulo III, dedicado a las medidas de seguridad, contenía la relación de las mismas que podían acordarse «como consecuencia de los delitos o faltas o como complemento de pena». Precisamente, la enumerada en duodécimo lugar consistía en «la prohibición de que el reo, al extinguir la condena, *vuelva a residir* en el lugar en que cometió el delito, o en que residían la víctima o su familia» (7).

Los siguientes artículos del referido capítulo III se encargaban de desarrollar cada una de las medidas allí incluidas, siendo de notar que el 106 —referido a la que ahora nos ocupa— llevaba a cabo tal desarrollo confiriéndole un sentido considerablemente más afflictivo que el que tenía en el artículo que las catalogaba (8). Se

(7) Figura similar a la que analizamos, a veces confundida con ésta, es la prohibición de residir en determinados lugares, incluida como medida de seguridad tanto por la Ley de Vagos y Maleantes de 1933 como por su sucesora la de Peligrosidad y Rehabilitación Social. La configuración de la misma en uno y otro texto es prácticamente idéntica, salvo en lo relativo a su duración, pues, mientras la primera de las citadas disposiciones dejaba tal extremo al arbitrio del Tribunal, la segunda se preocupó de señalar un límite máximo. Así, el artículo 5 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, al relacionar las medidas de seguridad, incluye en su número 10 la «prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe. La duración de esta medida será fijada por el límite máximo de cinco años. El sujeto prevenido quedará obligado a declarar el domicilio que escoja y los cambios que se produzcan». Después de la supresión de determinados estados peligrosos, a raíz de la reforma operada en la citada norma por Ley de 26 de diciembre de 1978, la medida queda reservada, entre otros, para los siguientes sujetos: vagos y mendigos habituales, quienes ejerzan la prostitución o, de algún modo de los tasados, la faciliten, ebrios habituales y toxicómanos, los ejecutores de ciertas conductas relacionadas con el tráfico de drogas, etc. La doctrina (Cfr. A. JORGE BARREIRO, *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, Ed. Civitas, Madrid, 1976, pág. 101) ha denunciado que esta medida restrictiva de libertad se asemeja a una pena, habida cuenta que se aplica a supuestos de hecho como los contemplados en los números 9 y 10 del artículo 2 y la ausencia, en su ejecución, de un tratamiento adecuado para satisfacer las exigencias preventivas que ha de predominar en toda medida de seguridad.

(8) El artículo 106 tenía la siguiente redacción: «Los Tribunales, en los delitos contra las personas, atendiendo a la gravedad de los hechos, y al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que hubiere cometido el delito, o en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos, después de extinguida la pena, dentro del período de tiempo que el mismo Tribunal señale según las circunstancias del caso».

observa así que, a la vez que matiza determinados puntos, como los relativos al tipo de delitos aplicable, las circunstancias que los Tribunales deben atender en su imposición, etc., omite toda alusión a la noción de *residencia*, al prohibir al reo el mero hecho de *volver* a los lugares designados, vetándole, pues, transitar o permanecer en ellos una mínima porción de tiempo, aunque fuese insignificante.

Esta falta de armonía en extremo tan decisivo como es el propio núcleo de la medida de seguridad no se puede negar que resulta llamativa y extraña; no obstante, la cuestión pasa desapercibida para los comentaristas de la época, que, aparte de no pronunciar el más elemental juicio al respecto, siguen hablando obstinadamente —en el caso del art. 106— de la *prohibición de residencia*.

¿Fue deliberado el proceder del legislador en orden al tema apuntado, o nos encontramos ante otro supuesto —no poco frecuentes— de error material de transcripción con consecuencias ulteriores no queridas?

Puesto que no encontramos argumentos definitivos para sostener la segunda de las hipótesis —que, en principio, es la más defendible— nos conformaremos, de momento, en subrayar la discordancia.

El parecido entre el artículo 106 del Código de 1928 y el 67 del actual es realmente grande si tenemos en cuenta que en su confrontación aparecen sólo dos notas diferenciales (aparte su distinta ubicación y naturaleza, clara en uno y discutida en el otro):

1.^a El ámbito de los delitos a los que se extiende, ampliado considerablemente en el texto punitivo de 1944.

2.^a La supresión en este texto de la exigencia de que la medida se cumpla «después de extinguida la pena».

El análisis del primero de los preceptos suscita algunas observaciones de interés, como la relativa a que la medida que contiene queda reservada para los «delitos contra las personas». La perplejidad vuelve a invadir el ánimo del intérprete cuando comprueba que en el Código penal de Primo de Rivera no existe título alguno —como sí ocurría, sin embargo, en los textos punitivos de 1848 y 1870— que responda a tal rúbrica, pues el Título VII de su Libro II, que vendría a corresponderse con el Título VIII del ahora vigente, llevaba la etiqueta «Delitos contra la vida, la integridad corporal y la salud de las personas» (9).

La alusión del artículo 106 a los delitos contra las personas hay que entenderla, sin embargo, referida a los albergados en dicho Título VII. En apoyo de esta interpretación parece abonar el hecho de que precisamente el artículo 540 —incluido en el último capí-

(9) Este Título incluía los siguientes capítulos: I, Del homicidio; II, Del asesinato; III, Del parricidio; IV, Del infanticidio; V, Del aborto; VI, De las lesiones; VII, Abandono de incapacitados o desvalidos y otros delitos que ponen en peligro la vida o la salud de las personas; VIII, Disposiciones generales.

tulo del Título, donde se insertan unas disposiciones generales al mismo— emplea otra vez la fórmula que venimos comentando, al establecer las normas que deben tener en cuenta los Tribunales en los *delitos contra las personas*.

La consideración de este artículo como disposición general que afecta a todo el Título resulta esclarecedora al efecto. En este mismo sentido restringido debió entenderlo también el legislador de 1944, pues al introducir el precepto en el lugar que ahora ocupa se cuidó de ampliar el número de delitos en los que podía operar, añadiendo así los que atacaban el honor, la honestidad, la libertad y seguridad y la propiedad.

Dentro de un Código que concibe las medidas de seguridad en la triple vertiente de anejas a la declaración de inimputabilidad, de ejecución coincidente con el cumplimiento de la pena y de ejecución posterior a tal cumplimiento; y que, además, amplía notablemente el arbitrio judicial, «de cuyo ejercicio —advierte su Exposición de Motivos— hay que esperar satisfactorio resultado, dados la rectitud, cultura y celo de la Magistratura española», la medida que nos ocupa no se puede tildar de incoherente. Ello explica, quizá, la actitud de sus contemporáneos que, o bien se limitan a comentarla sin verter sobre ella crítica alguna (10), con lo que implícitamente parecen aprobar su configuración, o bien, la califican de acertada, porque «además de ser una especie de satisfacción a la víctima del delito y su familia, tiende... a evitar futuros delitos y venganzas probables» (11).

Aunque el Texto Refundido de 1944 tuvo a la vista el Código penal de 1928 del que —según Del Rosal— tomó «buen acopio de orientaciones y preceptos» (12), ¿cómo se explica, sin embargo, que el nuevo texto, de factura tan diferente —como lo prueba, entre otras razones, que no incluya en su articulado las medidas de seguridad— incorpore una de las que contenía el Código de 1928, ubicándola curiosamente en el capítulo de *determinación de la pena*?

Tamaño desatino tendremos oportunidad de comentarlo más adelante, pero antes vamos a detener nuestra atención —por si fuera de interés— en el *Anteproyecto de Código Penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S.* (13).

(10) Cfr. A. JARAMILLO GARCÍA, *Novísimo Código Penal*, cit., volumen I, pág. 267.

(11) P. J. MONTES, *Derecho penal español*, cit., pág. 670.

(12) Cfr. J. DEL ROSAL, *Principios de Derecho Penal español*, Valladolid, 1945, pág. 424. Sobre el tema, L. JIMÉNEZ DE ASÚA (*Tratado de Derecho Penal*, cit., tomo I, pág. 624), separándose del punto de vista sustentado por el anterior autor, considera inexplicable su afirmación de que el Código Penal de 1928 es “el antecedente legislativo más inmediato del vigente texto”.

(13) Las consultas de este texto se han hecho sobre la obra, *El Anteproyecto de Código Penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S.*, Estudio preliminar y edición por J. R. CASABÓ RUIZ, Departamento de Derecho Penal y Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1978.

El Anteproyecto que, a pesar de nacer con vocación de vigencia inmediata, no la llegó a alcanzar nunca, está impregnado de un extraordinario subjetivismo —consecuencia del movimiento científico defendido por Castejón (14), uno de sus redactores— concediendo gran importancia a la peligrosidad de los sujetos, hasta el extremo de prever la aplicación de medidas de seguridad a todos los condenados e incluso, en muchos casos, a los beneficiados de alguna eximente (15). En este terreno preventivo se entiende que no es posible prefijar las medidas aplicables, ya que su elección dependerá siempre de las características que ofrezca cada caso concreto, de ahí la obligación que se le anuda al juzgador en el artículo 60 de que recurra a la medida de seguridad que considere más adecuada al objeto de precaver la repetición del delito.

El artículo dice así:

«Los Tribunales tienen obligación de precaver la repetición del delito por parte del mismo reo, añadiendo a la pena que impongan la medida de seguridad que consideren más adecuada a este objeto, en atención a la individualidad del culpable, por plazo no inferior a la pena de libertad impuesta y a cumplir después de extinguida ésta o simultáneamente, si fuese posible. Este acuerdo en todo tiempo es reformable y revocable en vista de la finalidad perseguida en relación con la corrección del reo, ya en sentido favorable, ya perjudicial al mismo».

Curiosamente, el precepto se halla en la misma sección y junto a los mismos artículos —con matices y variantes que no son del caso analizar ahora— que acompañan a el actual artículo 67, es decir, dentro del capítulo de la aplicación de las penas, en la Sección relativa a las «Reglas para la aplicación de las penas en consideración a las circunstancias atenuantes y agravantes», donde es innegable que el artículo resulta extravagante —comentario que se puede hacer asimismo del artículo 67—, pues ambos parecen como cuerpos extraños incorporados, sin saber cómo ni por qué, en una sección que mantiene las líneas maestras de los códigos de 1848 y 1870, que, en modo alguno, contenían previsiones similares.

Parece como si el legislador de 1944 al no poder mantener —razones obvias lo impedían, dada la ausencia de regulación de las medidas de seguridad en el Código— precepto de tales características, hubiese recurrido a un sucedáneo con cierto aval histórico. El sentido preventivo que parece latir en el artículo 67, la indeterminación temporal de la sanción y el hecho de que ésta sea como un añadido a la pena prevista en la sentencia recuerdan, si no demasiado, sí bastante al transcrito artículo 60 del Anteproyecto falangista (16).

(14) Vid. F. CASTEJÓN, *Hacia un Código Penal subjetivo*, en *Estudios Jurídicos*, VIII, 1944, págs. 3 y ss.

(15) Cfr. *El Anteproyecto de Código Penal de 1938...*, cit., páginas 5 y ss.

(16) Esta sospecha habría que considerarla infundada a la luz de las palabras de F. CASTEJÓN (*Génesis y breve comentario del Código*

IV. BREVE REFERENCIA AL DERECHO COMPARADO

En el rastreo de las raíces del presente instituto hemos querido aproximarnos a legislaciones extranjeras en busca de datos que, de algún modo, iluminasen el camino, pero la verdad es que no hemos llegado a conocer en el amplio marco del Derecho comparado consultado institución con las características propias de la contenida en el artículo 67, pues, si bien algunas la recuerdan, lo cierto es que a la nuestra la informan peculiarísimas notas que la alejan sensiblemente de otras similares.

Para ilustrar la anterior idea bastará con hacer referencia a algunos ordenamientos penales.

En el ámbito de Latinoamérica, es de destacar que el *Código penal mexicano* de 1931, a pesar de que el español de 1928 fue uno de sus modelos (17), no contiene precepto alguno sobre el particular. Sin embargo, el *Código penal de Costa Rica* incluye en su articulado como medida de vigilancia (art. 101) la prohibición de residir en determinado lugar, cuya aplicación depende de que lo considere oportuno el juez, quien podrá imponerla al sujeto que cumplió una pena o medida, por todo el tiempo que estime conveniente. La indeterminación de que parece hacer gala el legislador es sólo aparente, ya que el artículo 100, ubicado en las disposiciones generales de las medidas de seguridad, establece taxativamente que las de vigilancia no serán superiores a diez años, añadiéndose, en párrafo aparte, que «cada dos años el Tribunal se pronunciará sobre el mantenimiento, la modificación o la cesión de la medida de seguridad impuesta, sin perjuicio de hacerlo en cualquier momento, mediante informe del Instituto de Criminología». La misma prohibición está incluida también como medida de seguridad en la relación que de las mismas ofrece el artículo 88 del *Código penal guatemalteco* de 1973, estableciendo, en su desarrollo, el artículo 98 que «los Tribunales a su prudente arbitrio y cuando lo exijan las circunstancias, podrán imponer al sujeto que haya cumplido una pena o una medida de seguridad, la prohibición de residir en determinados lugares durante un año como mínimo» (18).

Dentro del bloque socialista, mientras el *Código penal rumano* configura la institución como una medida que el juez impone, aten-

Penal de 23 de diciembre de 1944, Separata de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, febrero-octubre, 1945, pág. 5) cuando afirma que «la vigente Ley Penal se ha de considerar como obra enlazada con la tradición española, en cuanto constituye una refundición del Código de 1932, reforma, a su vez, del de 1870, y éste del de 1848, pero totalmente desligada de los anteproyectos de 1938 y 1939, a los que no sigue en ningún respecto» (El subrayado es añadido).

(17) Vid. L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, cit., I, pág. 595.

(18) Aquí la indeterminación, en lo que respecta a su límite máximo, sí existe, dado que el artículo 85 dispone que «Las medidas de seguridad se aplicarán por tiempo indeterminado, salvo disposición expresa de la ley en contrario».

diendo al hecho de que la presencia del sujeto en determinadas localidades represente un grave peligro para la sociedad (art. 116); los de la *Unión Soviética* (art. 26) y *Checoslovaquia* (art. 27) la incluyen entre las penas, regulándola de manera muy minuciosa y sustancialmente distinta a la nuestra.

En el círculo de la Europa occidental, el artículo 233 del *Código penal italiano* —donde se ordena como medida de seguridad personal no detentiva la prohibición de residencia en una o más ciudades o en una o más provincias— no tiene mucho que ver con el precepto patrio, entre otras razones por estar previsto preferentemente para delitos contra el Estado o con móviles políticos.

Tampoco resulta esclarecedor para este trabajo el análisis de la «*interdiction de séjour*» francesa (19), a pesar de, al estudiar la naturaleza del artículo 67, ha venido siendo corriente entre nuestros autores la referencia a la misma para destacar su naturaleza de pena. Aunque, en efecto, formalmente se trata de una pena, es opinión generalizada en la doctrina gala (20) que nos encontramos ante una verdadera medida de seguridad que se impone a ciertos individuos en consideración al estado peligroso que presentan y que permiten reducir algunas infracciones futuras, en particular derivadas del hecho de su presencia en medio social criminógeno.

Las notas que caracterizan esta institución son expresión elocuente del enorme distanciamiento que existe entre ella y el precepto español. Así, la elección y la determinación de la amplitud de la misma necesita la intervención de tres autoridades, cada una de las cuales limita la autonomía de la siguiente: *el Juez*, que pronuncia la *interdiction de séjour* en los límites y casos que prevé la ley, pero no puede precisar, aparte de la duración, ninguna de sus modalidades; éstas precisamente dependen del *Ministro del Interior*, que actúa a propuesta de un *Comité Consultivo*, en cuyas manos está prácticamente la suerte del sujeto, dados sus amplísimos poderes: señalar lista de lugares prohibidos, determinar a qué medidas de vigilancia y asistencia debe someterse, etc. Otra de las peculiaridades, esgrimida justificadamente por los defensores de su carácter como medida, es el hecho de la revisibilidad constante de la misma, a fin de adaptarla de modo rápido y satisfactorio a la evolución del estado del reo, así como las medidas de asistencia que se le dispensan, aportándole el consejo y la ayuda necesarios, para lograr su pronta resocialización.

(19) Esta institución se halla regulada en los artículos 44 y siguientes del Código penal con la nueva redacción que les ha dado la Ley de 11 de julio de 1975.

(20) Entre otros G. LEVASSEUR, *Una mesure qui va prendre son vrai visage: l'interdiction de séjour*, en *Revue de Sciences criminelles et Droit Pénal comparé*, 1956, pág. 1 y ss.; G. STEFANI/G. LEVASSEUR, *Droit Pénal général*, 10.^a ed., Dalloz, París, 1978; J. BORRICAND, *Droit Pénal*, París, 1973.

V. NATURALEZA JURIDICA

En relación con el artículo 67, el tema, sin duda, de mayor interés y que más polémica ha suscitado es el referente a la determinación de su naturaleza jurídica, donde necesariamente hay que formularse la siguiente pregunta: ¿estamos ante una medida de seguridad, o se trata mejor de una pena?

La cuestión no es sencilla de resolver ni se puede calificar, como hace el Tribunal Supremo en sentencia de 14 de octubre de 1975 (21), de «académica y doctrinal, sin mayor trascendencia», pues de la adopción de una u otra postura se derivan importantes consecuencias prácticas en torno, por ejemplo, a punto tan vital como el relativo a su duración.

Buena prueba de la apuntada complejidad lo es tanto la ausencia de criterios coincidentes por parte de los autores que han acometido su estudio, como la escasa —por no decir nula— atención que le ha dispensado otro amplio sector, que pasa por alto el tema o se pronuncia sobre el mismo con demasiada ambigüedad (22).

A) *Su consideración como medida de seguridad*

Como argumento decisivo en favor de este criterio (23) se acude al origen histórico del precepto, habida cuenta el carácter indubitado de medida que tenía el contenido del artículo 106 del Código penal de 1928, reproducido, como hemos visto, casi literalmente en el artículo 67.

(21) Ar. 3641.

(22) En esta línea cabría citar actitudes como la de DEL ROSAL (*Derecho Penal español (Lecciones)*, 1.ª ed., Madrid, 1960, pág. 246) al decir que el artículo 67 “establece una especie de “medida” que cumple a la vez una doble función represiva-preventiva en cuanto nace de un acto delictivo, y en segundo lugar, se dirige a prevenir un peligro, proveniente de los vestigios personales que engendran el acto penal”; y la de L. JIMÉNEZ DE ASÚA (*Tratado de Derecho Penal*, cit., I, pág. 625), que, comentando la reforma de 1944 y aludiendo en concreto a este precepto y a la pérdida del permiso de conducir establecida en el artículo 565 para los delitos de imprudencia cometidos con vehículo de motor, habla de “ciertas medidas que el texto legal no considera como penas, pero que son en realidad penas de carácter accesorio, o medidas preventivas o de seguridad”.

(23) Son partidarios de otorgarle esta naturaleza jurídica: E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, tomo I (*Parte General*), volumen segundo, 18.ª ed., revisado y puesto al día por C. Camargo Hernández, Ed. Bosch, Barcelona, 1980, pág. 900; A. FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, cit., II, pág. 275; I. SÁNCHEZ TEJERINA, *Derecho penal español*, tomo I, *Introducción y Parte General*, 5.ª ed., Madrid, 1950, pág. 448; J. M.ª RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte General, 7.ª ed., Madrid, 1979, pág. 939; A. BERISTAIN, *Medidas penales en Derecho contemporáneo (Teoría, legislación positiva y realización práctica)*, Ed. Reus, Madrid, 1974, pág. 181; A. DEL TORO MARZAL, en CÓRDOBA RODA, RODRÍGUEZ MOURULLO, DEL TORO MARZAL, CASABÓ RUIZ, *Comentarios al Código Penal*, cit., II, pág. 465; J. TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Akal Universitaria, Madrid, 1981, págs. 166-167.

Otras razones de peso aducidas para negarle naturaleza de pena a esta disposición es que no se halla incluida en el catálogo que de las mismas ofrece el artículo 27 (24), al tiempo que carece de toda finalidad propiamente punitivo por estar concebida como medio de garantizar la seguridad de terceras personas o de evitar el malestar que les pueda producir la convivencia con el delincuente (25). Su contenido inocuizador, más propio de la prevención especial que de la retribución, es destacado últimamente por Beristain (26) y Terradillos (27), si bien, en opinión del primero, quizá la «voluntas legislatoris» pensó más en la seguridad de la comunidad que en la inocuización del delincuente.

Se añade, asimismo, en defensa de esta tesis el amplio arbitrio de que gozan los Tribunales en su imposición y la posibilidad de que dicha sanción pueda aplicarse a gran número de delitos, sin necesidad de precepto expreso de la parte especial (28).

B) *Su consideración como pena*

Frente a la anterior postura se erige la opinión de otro sector doctrinal que viene sosteniendo su naturaleza de pena (29), en atención a una serie de atendibles razones, como son las relativas a la ubicación sistemática del artículo —incluido en el capítulo de la aplicación de las penas— y su carácter represivo, manifestado en la exigencia, dirigida al juzgador, de que en su imposición atienda «a la gravedad de los hechos». Un nuevo criterio esgrimido, tras el que posiblemente se esconda la razón última de esta tesis, a la vista de la indiscutible analogía que el precepto tiene con el destierro, es su consideración como modalidad de éste, con lo que se consigue enmarcar la prohibición dentro de unos precisos límites temporales, evitando así la peligrosa indeterminación que conlleva su concepción como medida de seguridad (30).

(24) Así, FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, cit., II, página 275; SÁNCHEZ TEJERINA, *Derecho penal español*, cit., I, pág. 448.

(25) Vid. E. CUELLO CALÓN, *El Código Penal de 23 de diciembre de 1944*, en *Información Jurídica*, Madrid, diciembre, 1946, pág. 13; A. FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, cit., II, pág. 276.

(26) A. BERISTAIN, *Medidas penales en Derecho contemporáneo*, cit., pág. 181.

(27) J. TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, cit., pág. 167.

(28) A. FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, cit., II, pág. 275.

(29) Entre los autores que sostienen esta tesis, cabe citar a: J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, tomo I, *Parte General*, Madrid, 1949, pág. 534; G. LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias jurídicas del delito*, reimpresión, Ed. Bosch, Barcelona, 1980, pág. 97; J. R. CASABÓ RUIZ, *Comentarios al Código Penal*, cit., II, pág. 309; E. BELTRÁN BALLESTER, *El arbitrio judicial en el Código Penal español y la nueva redacción de la regla sexta de su artículo sesenta y uno*, en *Escritos Penales*, Universidad de Valencia, 1979, pág. 69; A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, cit., I, pág. 535.

(30) Por todos, J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, cit., I, págs. 534 y 535.

A estos tradicionales argumentos hay que añadir los aportados por el minucioso análisis que del artículo 67 ha llevado a cabo el Profesor Casabó (31). Según este autor, nos hallamos ante una pena complementaria y facultativa, configurada como modalidad específica de la de destierro y vinculada, por tanto, a la duración que para ésta fija el artículo 30.

Las reflexiones llevadas a cabo para alcanzar la anterior conclusión discurren, en síntesis, por los siguientes cauces: en primer lugar, entiende que el criterio que se marca a los Tribunales, en orden a decidir si debe o no aplicarse la prohibición, basado en el «peligro que el delincuente represente», no viene referido a la peligrosidad del sujeto, habida cuenta el distinto significado de los términos *peligrosidad* y *peligro*, pues, mientras el primero expresa el estado o cualidad de quien fundadamente cabe esperar la comisión de nuevos delitos, el *peligro* es una categoría general que sólo se delimita por el objeto a que viene referida. A su vez —añade— el verbo *representar*, lejos de indicar cualidad o condición propia del sujeto, supone una visión o consideración externa que puede coincidir, o no, con una cualidad real del sujeto u objeto.

Considera «un tanto desmedido» hablar de peligrosidad criminal cualquiera que sea el delito contra los particulares que se haya cometido, ya que la peligrosidad adquiere evidente relevancia cuando se ha manifestado a través de la comisión de delitos característicos, como, por ejemplo, los denominados contra las personas. En definitiva, pues, el Código a lo que se está refiriendo es a la situación de peligro objetivo creada por el sujeto al ejecutar el delito incriminado; peligro que, para que pueda alcanzar trascendencia, ha de ser grave y, más concretamente, ha de afectar a la vida o integridad de las personas.

Insiste Casabó diciendo que abona la idea de que estamos en presencia de una pena otros datos que la propia Ley ofrece: la sanción forma parte de la condena penal y viene anudada a las circunstancias del pasado y no del futuro, al tiempo que se impone con carácter temporal fijo. Además, hay que tener presente que el sujeto normalmente debe cumplir antes una pena privativa de libertad que podrá corregir, y aún anular su peligrosidad, lo que dejaría sin sentido la aplicación de la medida; aparte de que el Código, para determinar su duración, no se remite a la peligrosidad, sino a la fórmula más general y objetiva de «según las circunstancias del caso».

C) *Posición del Tribunal Supremo*

Repetidamente tiene afirmado el Tribunal Supremo, refiriéndose a la facultad reconocida a los Tribunales en el artículo 67, que al tratarse de una facultad discrecional del Tribunal de Instancia, la

(31) J. R. CASABÓ RUIZ, *Comentarios al Código Penal*, cit., II, páginas 308 y ss.

imposición o no de tal medida no puede ser sometida a la censura de la casación (32), lo que explica que nuestro más alto órgano judicial se haya ocupado en muy escasas ocasiones y de manera incidental del tema. Sin embargo, en la reciente sentencia 12 de diciembre de 1980 (33) realiza interesantes matizaciones sobre este punto al sostener que «la discrecionalidad, cuando está sometida a condicionamientos jurídicos recogidos dentro de la norma penal, es susceptible de casación, en cuanto que es factible la interpretación y valoración de la concurrencia, en los hechos enjuiciados, de estos requisitos y con ello determinar la legalidad de su aplicación, por lo que la facultad de libertad radica en la utilización si se dan los supuestos del precepto legal, pero no en la posibilidad de hacer uso del mismo, de tal modo que la potencialidad del efecto legal está sometida al control del ordenamiento jurídico, y una vez que este ordenamiento concede la facultad, el uso de esta potestad es el que queda al arbitrio del juzgador».

En las contadas oportunidades que ha tenido para pronunciarse acerca del extremo que ahora nos ocupa, el Tribunal Supremo ha ido sentando de forma progresiva la tesis de la naturaleza ambivalente del precepto. Así, inicialmente empezó hablando de «medida que, pese a la similitud de sus efectos con los de la pena principal de destierro, no la reputa el legislador pena principal y ni siquiera accesoria, teniendo carácter simplemente secundario y de tipo preventivo» (34).

En lo que podríamos conformar como un segundo paso, aunque la denomina medida de seguridad, recuerda que tiene las características de la pena de destierro y está incluida en la sección dedicada al cumplimiento de las penas, por lo que el sistema cerrado del ordenamiento punitivo aconseja someterla al principio de concreta determinación de duración que rige para las penas, aparte de que así lo ordena el artículo 67 al establecer que los Tribunales señalarán el período de tiempo por el que debe aplicarse (35).

(32) Sentencias 8 de octubre de 1968 (Ar. 4038), 14 de octubre de 1975 (Ar. 3641), 20 de enero de 1976 (Ar. 157).

(33) Ar. 4927. Se trata del enjuiciamiento de un delito de imprudencia temeraria en que la Audiencia había condenado al procesado a dos años de prisión menor y dos años de la prohibición establecida en el artículo 67. Contra esta resolución se recurre en casación alegando la no existencia de dicha imprudencia y la indebida aplicación del citado artículo. El Tribunal Supremo casa la sentencia y declara haber lugar en parte al recurso, estimando el segundo de los motivos. En base a los razonamientos que hemos transcrito en el texto, no considera aplicable la referida prohibición al no concurrir, bajo su criterio, los requisitos necesarios para su estimación, habida cuenta el tratamiento de la imprudencia en el Título XIV del Libro II, que la gravedad en el supuesto contemplado no es superior a la que en sí lleva el delito y que no se deriva peligrosidad determinada en el sujeto activo de la infracción penal.

(34) Sentencia 8 de octubre de 1968 (Ar. 4038).

(35) Vid. Sentencia de 22 de marzo de 1969 (Ar. 1687).

Finalmente, en una tercera y de momento definitiva etapa, la configura con naturaleza mixta de pena y medida de seguridad (36). La entiende así como modalidad específica de la pena de destierro, que debe someterse a sus límites temporales para no hacer una medida indeterminada absoluta en contradicción con el principio de determinación de las sanciones; a la vez que medida de seguridad, pues del grave delito incriminado surge como consecuencia la peligrosidad futura del agente que es preciso prevenir.

Por su parte, *la Fiscalía del Tribunal Supremo* tampoco mantiene una trayectoria uniforme, pues mientras en un principio empezó calificándola de pena, en los últimos años se hace patente un claro acercamiento a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo.

De este modo, una circular de 31 de enero de 1945 afirma, respecto al artículo 67, que se trata de «una sanción facultativa del Tribunal... que tiene los caracteres de una verdadera pena accesoria»; añadiendo más adelante que tal facultad «envuelve realmente la imposición de una pena de destierro, aunque no se la denomine así, ni se someta a la duración prescrita para tal pena en el artículo 30».

La *Memoria* correspondiente al año 1972, sin embargo, incluye el precepto entre las que considera medidas de seguridad con carácter marcadamente preventivo y de defensa de la sociedad (pág. 215).

A su vez, la consulta número 2/1977, contenida en la Memoria de 1978, adopta una actitud menos categórica. En la misma se plantea precisamente, a efectos de determinar si le alcanza o no el indulto concedido por Real Decreto 388/1977, de 14 de marzo, el tema de si la prohibición del artículo 67 es una pena o una medida de seguridad, caso este último que excluiría la aplicación de la medida de gracia.

En respuesta a dicha cuestión se acude a la doctrina establecida en varias resoluciones del Tribunal Supremo precisando su naturaleza mixta y ambivalente, pues tanto participa del carácter de pena análoga a la de destierro como a medida de seguridad preventiva y tutelar de la víctima y sus familiares contra posibles actuaciones futuras del delincuente.

«Siendo así —es la conclusión final reproducida literalmente— es innegable que en todo o en parte la medida del artículo 67 tiene carácter de pena y, por consiguiente, dada la amplitud y generosidad que inspira las medidas de gracia del referido Real Decreto, resulta procedente que se beneficie del indulto».

D) *Nuestra posición*

A la vista de los argumentos esgrimidos hasta ahora por los defensores de las antagónicas posiciones existentes en la materia,

(36) Sentencias 14 de octubre de 1975 (Ar. 3641) y 20 de enero de 1976 (Ar. 157).

entiendo que, previa a cualquier otra, hay que responderse a la pregunta siguiente: ¿la prohibición contenida en el artículo 67 puede configurarse como una modalidad del destierro del artículo 88, o no? La respuesta afirmativa implicaría tener que ahondar en la justificación de su carácter de pena, la negativa, por el contrario, eximiría del trabajo inverso a tenor del cuadro exhaustivo que de las penas ofrece el artículo 27, donde no se halla incluida aquélla.

Aunque es cierto que entre los preceptos que integran los artículos 67 y 88 hay evidentes analogías, por suponer los dos una restricción de la libertad de movimientos del sujeto al impedirle entrar en determinados lugares, no obstante, existen entre ambos las diferencias suficientes para conferirles fisonomía autónoma

Piénsese, por ejemplo, que la aplicación del destierro, en las diversas figuras delictivas para las que se prevé, responde a un automatismo propio de las penas, a la vez que la sanción contenida en el artículo 67 no es automática y preceptiva para el juez, sino que se deja a su arbitrio la posibilidad de imponerla en atención a las circunstancias que se establecen en el mismo.

Por otro lado, mientras este último precepto obedece primordialmente a unas exigencias de seguridad y garantía, evidenciadas por la taxativa circunscripción de los lugares prohibidos (el de comisión del delito, o el de residencia de la víctima o su familia, si fueran distintos); en el destierro, por demás, predomina el carácter aflictivo, como lo prueban determinado tipo de infracciones a las que se halla anudado (verbigracia, delitos contra las Cortes), así como la propia redacción del artículo 88, de cuya lectura se desprende que aquella exigencia de seguridad sólo está presente si el ofendido realiza una expresa petición en el sentido de que se le vete la entrada al reo en los lugares allí descritos (37). En apoyo de esta tesis cabe argüir, asimismo, el significativo dato de que la pena de destierro se puede incluir entre los lugares proscritos el de *residencia habitual del reo* —posibilidad ausente en el artículo 67— lo que no deja de ser palmariamente revelador del sentido aflictivo que le estamos atribuyendo al contenido del artículo 88.

Al tratarse, pues, de instituciones diferentes resulta inadmisibile el encaje de la prohibición contenida en el artículo 67 dentro de los límites temporales que para la pena de destierro establece el artículo 30; lo que, en modo alguno, supone entenderla como de duración indefinida (38), ya que la expresión «dentro del período de tiempo que el mismo Tribunal señale» está exigiendo claramente

(37) En este sentido, A. DEL TORO MARZAL, en CÓRDOBA RODA, RODRÍGUEZ MOURULLO, DEL TORO MARZAL, CASABÓ RUIZ, *Comentarios al Código Penal*, cit., II, pág. 465.

(38) La Sentencia de 5 de marzo de 1966 (Ar. 1060) ya se pronunció en este sentido al afirmar que esta medida "nunca podría ser de duración indefinida". Curiosamente, los partidarios de entenderla como una modalidad del destierro sólo le aplican los límites temporales de

el establecimiento por parte de dicho órgano de un determinado lapso para cuya fijación debe tener en cuenta, según propia exigencia del Código, «las circunstancias del caso». El Tribunal, en definitiva, una vez atendido este extremo, gozaría de libertad para precisar la duración.

Esta conclusión de «lege data» es cuestión distinta a sí, bajo una óptica de política criminal, la falta de determinación o, incluso el precepto en su conjunto es aceptable, o no; tema sobre el que más tarde se incidirá.

Si formalmente no puede configurarse como una pena, en su aspecto material la cuestión es menos diáfana, habida cuenta que, para su imposición, se toma en consideración, al lado del peligro que el delincuente pueda representar, la conducta pasada, recordando así el fundamento propio de la pena, lo que ha conducido, como hemos visto, a que el Tribunal Supremo la entienda como de naturaleza compleja o polivalente.

Por lo expuesto hasta aquí, no extrañará que resulte de mayor interés, antes que insistir en su predominante carácter de medida cautelar facultativa, hacer hincapié en la necesidad de su total erradicación; pero antes de acometer esta tarea debemos detener nuestra atención en el Proyecto de Código Penal de 1980, que, sorprendentemente, conserva, si bien, algo retocado, el curioso precepto que venimos comentando.

VI. EL PROYECTO DE CODIGO PENAL DE 1980

El último artículo del Capítulo «De la aplicación de las penas» que, a su vez, cierra la Sección segunda, dedicada a las «Reglas especiales para la aplicación de las penas», es el 90, cuyo tenor literal es el siguiente:

Los Tribunales, en los delitos contra las personas y su honor, libertad sexual, libertad y seguridad, y propiedad, atendiendo a la gravedad de los hechos y al peligro que la presencia del delincuente suponga, podrán acordar, en sus sentencias la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que hubiere cometido el delito, o en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos, dentro del periodo de tiempo que el mismo Tribunal señale, según las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de seis años.

De su confrontación con el vigente artículo 67 se observan algunas diferencias:

éste, sin acudir a otros extremos que asimismo deberían ser trasladados. Así ocurre, por ejemplo, con los límites espaciales que, al no venir expresamente regulados en el artículo 67, tendrían que fijarse conforme a las reglas establecidas en el 88, de manera que el juzgador vendría obligado a señalar un radio que comprendiese como mínimo una distan-

1.^a En la enumeración de los delitos de referencia existe un cambio terminológico, fruto de la nueva nomenclatura del Título. Sobre este extremo es de resaltar que la adaptación a las nuevas rúbricas se hace sólo parcialmente, pues si bien es cierto que ya no se habla de *honestidad*, sino de *libertad sexual*; se siguen conservando, con asombrosa impropiedad, las actuales de *delitos contra las personas y contra la propiedad* (el mismo legislador, en la Exposición de Motivos, califica expresamente la primera de ellas como «equivoca o poco expresiva»), en vez de utilizar las de *delitos contra la vida e integridad personal y delitos contra el patrimonio*, tal como se reza en los lugares respectivos del Proyecto (39).

Este cambio, aparentemente sólo terminológico, tiene mayor alcance tras la remodelación operada en el Proyecto respecto algunas figuras. Así, y a la vista de que el nuevo Título *delitos contra la familia* ha atraído delitos (como el incesto, abandono de familia o la sustracción de menores) hoy contenidos entre los títulos a los que afecta la prohibición, es indudable que, al no venir incluidos en las rúbricas que relaciona el artículo 90, no les será aplicable su contenido.

2.^a Mientras que el presupuesto referente a «la gravedad de los hechos» permanece intacto, el relativo al peligro que el delincuente represente queda sustituido por una fórmula más clarificadora alusiva «al peligro que la presencia del delincuente suponga».

Esta nueva redacción, unido al hecho de que el precepto no figura en el Título VI, del Libro I, constituye un doble motivo —como apunta Barbero Santos— que impide su entendimiento como medida de seguridad (40). Si a ello se añade que resulta absolutamente inviable la tesis de su configuración como pena, habida cuenta que, a tenor del artículo 36, las únicas penas que se pueden imponer conforme al Código son las privativas de libertad, privativas de derechos y multa, se comprenderá sin esfuerzo que la problemática acerca de su naturaleza jurídica, no sólo se reproduce, sino que se recrudece.

3.^a La tercera nota diferencial que se evidencia en este análisis

cia de 25 kilómetros, lo que, en muchos casos, supondría una extensión desmesurada y, por ende, perjudicial para el reo.

(39) Sorprende constatar que las enmiendas que a este artículo han presentado los grupos parlamentarios Socialistas de Cataluña, Socialistas y Coalición Democrática acogen la misma terminología, sin percatarse de los cambios de rúbrica operados en los hasta ahora denominados *delitos contra las personas y delitos contra la propiedad*.

(40) Cfr. M. BARBERO SANTOS, *Las medidas de seguridad en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal*, en *La reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980, pág. 110. Las medidas de seguridad que establece el Proyecto son de carácter curativo, educativo y asegurador, reservándose estas últimas para delinquentes habituales y profesionales.

comparativo viene determinada por la fijación en el Proyecto de un tope máximo de duración, cifrado en los seis años (41).

Está claro que aunque alguno de los retoques merecen un juicio positivo, la nueva fórmula del precepto, aparte de plantear nuevos conflictos, deja en pie cuestiones sin resolver, fruto todo ello, seguramente, de la incomprensible precipitación con que se ha redactado el texto que ahora comentamos.

Entre las enmiendas presentadas por algunos grupos con representación parlamentaria cabe advertir que, al margen de la distinta configuración que le otorgan Socialistas (42), por un lado, y Coalición Democrática (43), por otro, existe un dato común en ellas: entender que el precepto debe ser trasladado al capítulo de la aplicación de las medidas de seguridad, integrando, concretamente, el artículo 152 bis; al tiempo que se echa de menos, sin embargo, cualquier referencia en pro de su desaparición.

VII. CONCLUSIONES

Si la facultad que se les confiere a los Tribunales en el artículo 67 en su actual conformación no resulta aceptable (44), mucho menos lo es en el Proyecto de Código Penal, a pesar de que haya logrado subsanar alguna deficiencia importante.

(41) Este límite curiosamente es superior al que se fija en la medida 8.^a del artículo 135, donde se configura una especie de destierro consistente en la "prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe por un tiempo máximo de cinco años. En este caso —añade el precepto— el sujeto quedará obligado a declarar el domicilio que elija y los cambios que se produzcan"; el mismo tope se señala en el artículo 191, último del Capítulo de las amenazas, que faculta al juez para imponer en todos los casos del Capítulo, "además de las penas correspondientes, la medida de caución de no ofender al amenazado o, en su defecto, la prohibición de residir en el lugar en que aquél habite, por tiempo que no podrá exceder de cinco años".

(42) La redacción que proponen tanto el grupo Socialista como los Socialistas de Cataluña es la siguiente: "Siempre que suponga peligro la presencia del delincuente en el lugar en que se hubiera cometido el delito, o en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos, los Tribunales, en los delitos contra las personas y su honor, libertad sexual, libertad y seguridad, podrán acordar en sus sentencias la aplicación de alguna de las medidas previstas en el número quince del artículo 135".

(43) "Los Tribunales, en los delitos contra las personas y su honor, libertad sexual, libertad y seguridad, y propiedad, atendiendo al peligro que la presencia del delincuente suponga, podrán acordar en sus sentencias la prohibición de residencia en el lugar en que hubiere cometido el delito, o en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos".

(44) QUINTANO (*Comentarios al Código Penal*, 2.^a ed. puesta al día por E. Gimbernat, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966, página 372) entiende, sin embargo, que los que él llama "pequeños reparos doctrinarios" pueden dispersarse "en atención a la utilidad e intrínseca justicia de la medida, tan evidentes que excusan toda argumentación".

Se trata, como hemos visto, de una sanción «sui generis» que seguirá planteando problemas en orden a querer otorgarle una determinada naturaleza jurídica, carente de sentido en una sociedad con las peculiaridades de la que nos ha tocado vivir. Si su eficacia podría ser más que dudosa en culturas rurales o de civilización elemental —donde las riñas y las venganzas entre ofensor y ofendidos o familiares son más hipotizables— es incuestionable que en ambientes ciudadanos de características normales esa efectividad es radicalmente nula. El mismo Tribunal Supremo, consciente de ello, ya sostenía en la citada sentencia de 20 de enero de 1976 su falta de utilidad cuando «la coincidencia domiciliaria del ofensor y familia del ofendido se produce en una gran ciudad» (45).

El legislador ha debido reparar en el hecho de que un precepto con las notas del estudiado tiene mal encaje en un país que «ha dejado de ser una sociedad agraria y rural y se ha convertido en una sociedad industrial avanzada», como reconoce y proclama la Exposición de Motivos que precede al Proyecto. En esta misma línea abunda la Memoria del Fiscal General del Estado de 1980 cuando alude al «profundo cambio socioeconómico operado en España, que, de una sociedad eminentemente agraria como era la de 1848, pasó a una economía industrial y de mercado, que sustenta otros valores y exige otras formas de actuación penal» (pág. 42).

Otro argumento a esgrimir en contra es que la gravedad de la sanción resulta desmedida si se tiene en cuenta la enorme cantidad de delitos en los que puede operar, el extremo de que su imposición queda por entero al arbitrio judicial y la desigualdad de efectos que una prohibición de tal índole produce en el condenado, según su posición económica y su tipo de trabajo. En orden al primero de los puntos reseñados resulta difícil, por empeño que se ponga en ello, explicar la posibilidad de aplicación a ciertas infracciones (piénsese en muchas de las que atentan a la propiedad) y su exclusión respecto a otro tipo de figuras (como la acusación o denuncia falsa o el falso testimonio, por ejemplo) cuya comisión pudiera ser origen de justificados rencores.

Su subsistencia es inadmisibles tanto si se pone el acento en la peligrosidad del reo, como si se pretende justificarla con el fin de procurar una farisaica defensa del delincuente frente a los posibles ataques de la víctima o sus familiares. Conforme a la primera hipótesis, a la vez que sería irrelevante la gravedad del hecho come-

(45) Aparte de que la doctrina (Cfr. CASABÓ RUIZ, *Comentarios al Código Penal*, cit., II, pág. 313) ha incidido sobre esta cuestión, el propio legislador parece inspirado por esta misma idea cuando al regular los permisos especiales de salida (previstos como recompensa a los internos en establecimientos penitenciarios) establece en la Orden Circular de 4 de octubre de 1978 que si el interno hubiese cometido delito de sangre o contra la honestidad, no podrá concedérsele permiso para que lo disfrute en la misma localidad (cuando se trate de núcleos urbanos de menos de 60.000 habitantes) o barrio en que resida la víctima o su familia. (Cfr. C. GARCÍA VALDÉS, *Comentarios a la Ley General Penitenciaria*, Ed. Civitas, Madrid, 1980, pág. 123.

tido, habría que declararle previamente peligroso, so pena de burlar los principios fundamentales que informan hoy el conjunto del ordenamiento punitivo. Y conforme a la segunda, el Derecho penal se excedería con creces de su cometido, al adoptar un papel preferentemente asistencial, que, paradójicamente, supondría para el «asistido» una sensible restricción en derecho tan esencial como el relativo a la libertad de residencia y circulación, consagrado al más alto nivel en el artículo 19 de la Constitución.

Cabría pensar que en la legislación vigente los Tribunales encuentran sobrados motivos para recurrir a la imposición de esta medida, a la vista de que instituciones, como la redención de penas por el trabajo, producen de modo casi automático, en los sentenciados a reclusión, presidio y prisión, una reducción en la pena que alcanza, cuanto menos, la tercera parte de la misma, lo que, unido a la aplicación muchas veces mecánica también de otra serie de beneficios, da como resultado que el reo se encuentre en libertad y pueda acudir al lugar de los hechos dentro de un plazo tan breve que los efectos curativos del paso del tiempo no hayan conseguido aún facilitar el olvido y calmar pasajeros sentimientos vengativos.

Aunque el anterior argumento no justificaría por sí solo el mantenimiento y la consiguiente aplicación de la referida prohibición, conviene advertir que precisamente el Proyecto de Código Penal de 1980 lo invalida de plano, porque, junto a la moderación que lleva a cabo de las penas privativas de libertad, no hay que olvidar que suprime la redención de penas por el trabajo, pretendiendo, como dice la Exposición de Motivos, que la sanción se cumpla efectivamente y se corrija el actual desajuste entre el valor nominal de la pena y su valor efectivo, o, lo que es lo mismo, que la extensión impuesta en la sentencia condenatoria no difiera del tiempo real de cumplimiento.

O el artículo 90 del Proyecto se suprime sin más o este cuerpo legislativo tendrá la —para mí desafortunada— prerrogativa de conferirle rango de ley a un precepto que no se lo merece.