

Arresto sustitutorio y sanciones alternativas (A propósito de la STC de 18 de febrero de 1988)

HORACIO ROLDAN BARBERO

Profesor Titular de Derecho Penal Universidad de Córdoba

Con la reciente STC de 18 febrero de 1988 se ha reavivado en el Derecho español el interés por el problema del arresto sustitutorio por impago de multa (1). Promovida cuestión de inconstitucionalidad por el JI núm. 9 de Madrid, el TC, en su fallo, ha venido a sentar la adecuación del artículo 91 CP, norma reguladora del arresto sustitutorio o, por mejor decir, de la *responsabilidad personal subsidiaria*, con los principios constitucionales.

De la rica fundamentación del fallo, creo podrían entresacarse tres ideas básicas: 1. El artículo 91 CP no conculca los derechos a la igualdad (artículo 14 CE) y a la libertad personal (artículo 17 CE) —principales derechos traídos a colación—, pues la responsabilidad subsidiaria por impago de la multa tiene como finalidad primaria salvaguardar el principio de la *inderogabilidad* de la pena; 2. Los citados derechos constitucionales —especialmente el de igualdad— tampoco se ven menoscabados «rodeada como está la norma (la del artículo 91 CP) del conjunto de *paliativos* y *suavizaciones* (subrayados míos) con que nuestro legislador penal la adorna y dado el conjunto de variantes dejados a la decisión del Tribunal con el fin de adecuar sus consecuencias a las características de cada caso»; 3. No obstante lo cual, y en tanto que el artículo 91 CP habla genéricamente de *responsabilidad personal subsidiaria*, el TC concluye recomendando, frente a la inconcusa práctica judicial de identificar dicha responsabilidad con una pena de arresto, la elección de «fórmulas de restricción de la libertad que encajen mejor en el sentido general del precepto y con

(1) Sobre dicha sentencia, cfr. F. BUENO ARÚS, «La constitucionalidad del arresto sustitutorio por impago de una pena de multa», *Poder Judicial* 1988, núm. 9, pp. 63 y ss.; L. RODRÍGUEZ RAMOS, «¿Prisión por *penosas deudas* al Estado?», *La Ley* 1988-3, pp. 917 y ss.

una interpretación del mismo favorecedora de las menores restricciones de la libertad individual, lo que sucede, muy en particular, con el *arresto domiciliario* (subrayado mío)).

Con la primera idea se alude a un principio general del ordenamiento punitivo —el de inderogabilidad de la sanción—, por cuya defensa se hace justificable el instituto de la conversión; con la segunda, se repara en la estructura *legal* de la pena pecuniaria, la cual, a juicio del TC, responde a criterios lo suficientemente satisfactorios como para evitar el reproche de medida *desproporcionada* respecto a la responsabilidad subsidiaria; con la tercera, por último, se aconseja, pese a todo, una mejor adaptación de la medida sustitutiva a los contenidos constitucionales. En resumen, la STC de 18 de febrero de 1988 llega al siguiente resultado: la responsabilidad subsidiaria/arresto sustitutorio por falta de pago de la multa es conforme al orden constitucional, pero se correspondería mejor al mismo si revistiera, por ejemplo, la forma de un arresto en el propio domicilio del penado.

Con esta resolución, el ordenamiento punitivo queda a salvo, de momento, de la progresiva tendencia, advertida durante el presente siglo, de sustraer otras responsabilidades pecuniarias, públicas o privadas, a cualquier medida carcelaria. Los hitos más importantes de esa tendencia pueden concretarse en los siguientes:

a) En primer lugar, con la supresión, en el CP 1932, de la prisión subsidiaria por impago de las responsabilidades *civiles* derivadas del delito. La Exposición de Motivos de dicho Código justificó su supresión en la necesaria parificación entre aquellas responsabilidades civiles y las propias del Derecho privado, en relación a las cuales no existía, ya desde comienzos del siglo XIX, la prisión por deudas (2).

b) El segundo lugar, con la prohibición constitucional (artículo 25.3 CE) de que las multas administrativas puedan transformarse en sanciones de privación de libertad. El pronunciamiento constitucional era particularmente preciso en este ámbito para poner coto al desvarío administrativista de usurpar espacios confiados en un Estado de Derecho a un órgano menos sospechoso de parcialidad como el judicial (3).

c) Por último, también el arresto carcelario del quebrado (no así el domiciliario), figura renuente al abandono del Derecho procesal civil, ha sido declarado como no conforme a la CE por la STC de

(2) Sobre la evolución de la prisión por deudas civiles, vid. M. GARRETA SOLÉ, *El arresto del quebrado*, Barcelona, 1979, pp. 51 y ss.

(3) Sobre la dimensión del poder sancionador de la administración en la época preconstitucional, vid. J. R. PARADA VÁZQUEZ, «El poder sancionador de la administración y la crisis del sistema judicial penal», *RAP* 1972, núm. 67, pp. 41 y ss.; L. MARTÍN RETORTILLO, «Multas administrativas», *RAP* 1976, núm. 79, pp. 1 y ss.; J. BOIX REIG, «Algunos aspectos de la responsabilidad penal subsidiaria», *CPC* 3 (1977), pp. 44 y ss.

19 de diciembre de 1985, por su *desproporcionalidad* al mero hecho de la falta de medios para prestar fianza.

Las responsabilidades pecuniarias estrictamente *penales* (las multas y las fianzas en los casos autorizados por los artículos 503 y 504 LECrim.) son, pues, las únicas *prestaciones* económicas en el derecho vigente cuya falta de pago puede generar una medida carcelaria. Dejando a un lado las fianzas, asunto que, pese a todo, se entrefiera —como más adelante se apreciará— con las multas penales, es a éstas a las que debe prestarse especial atención en este trabajo. Como queda dicho, la comentada sentencia del TC respalda —aunque intenta paliar su desmesura con la recomendación del arresto domiciliario— el instituto de la conversión de la multa en una pena de prisión.

Siguiendo el orden de ideas entresacadas del fallo constitucional, la presente investigación pretende reestudiar el tema de la conformidad del arresto sustitutorio a la normativa constitucional. Para ello, junto a los argumentos teóricos y las razones de política criminal que dinamizan la estrategia de las sanciones alternativas, se han tomado en cuenta los resultados arrojados de una muestra de 112 ejecutorias de juzgados de instrucción en que ha recaído la pena de multa (4). De esta forma se ha intentado tener una prueba sobre la conformidad o desviación entre norma *primaria* (precepto legal) y norma *secundaria* (aplicación judicial del precepto). A las facilidades que me ha brindado Marcos Antonio Blanco Leira, juez de instrucción de la audiencia de Córdoba, debo, en definitiva, la realización de la muestra.

I. EL PRINCIPIO DE LA INDEROGABILIDAD DE LA PENA

1. Cuestión previa: la individualización penal como posible defensa de la inderogabilidad

Antes de entrar propiamente en la significación del principio de la inderogabilidad de la pena, conviene hacer una precisión sobre otro principio jurídico, el de la individualización penal, para advenir el

(4) Los datos fundamentales de la muestra, de los que se irá haciendo uso a lo largo de las argumentaciones de este trabajo, son los siguientes:

— Pago en el acto del requerimiento o a los 10 días: 42 (37,50 por 100).

— Pago deducido de la fianza: 8 (7,14 por 100).

— Pago a plazos: 23 (20,50 por 100).

— Otros incidentes de demora del pago (inclusión de la multa en la tasación de costas, pago tras dos o más requerimientos; una vez acordado el arresto sustitutorio): 7 (6,25 por 100).

— Abono de la prisión preventiva al arresto sustitutorio: 6 (5,35 por 100).

— Suspensión condicional del arresto sustitutorio: 13 (11,60 por 100).

— Arresto sustitutorio: 14 (12,50 por 100).

Las variaciones por exceso se deben a algunos supuestos de participación en que la solución seguida para los diversos condenados fue divergente.

grado de incidencia de éste en aquél. En uno de sus fundamentos jurídicos, la STC de 18 de febrero de 1988 alude, en efecto, a un cierto rozamiento de ambos principios. Es éste, pues, el momento de confrontar esa relación, tanto en el orden general como en el marco del Derecho positivo español.

La individualización judicial de la pena responde —como es sabido— a una delegación que hace la ley al juez, para que éste, dentro de unas determinadas líneas de actuación, fije la *concreta* sanción que debe corresponder a cada caso. En lo que respecta a la multa, el principio de la *individualización* se ha significado sobre dos aspectos principalmente: a) En orden a la ponderación de las condiciones económicas del condenado en la determinación de la cuantía de la multa —fórmula ésta aceptada en la generalidad de los ordenamientos penales, y que encuentra en el denominado sistema de los *días-multa* su máxima expresión—; y b) respecto a la previsión *alternativa* de la multa con otra pena (normalmente privativa de libertad) en los tipos de la Parte Especial, correspondiendo al *sentenciador*, en atención a diversos criterios, la elección de la pena que estime más oportuna para cada caso.

Es a este segundo aspecto de la individualización judicial al que se va a hacer referencia ahora. El primero de ellos puede contribuir asimismo a la eficacia de la pena, pero su tratamiento se demorará al apartado correspondiente a las *correcciones* a la desigualdad (*infra*, página corresp.). La valoración de la situación económica del penado representa, en efecto, antes que nada, una compensación de la desigualdad en la distribución de las multas, y no tanto —sobre todo en relación a determinadas capas económicamente deprimidas de la población— una garantía de la ejecutabilidad de la pena pecuniaria.

Una más directa influencia en la salvaguarda de la inderogabilidad de la pena puede ejercer, como queda dicho, la previsión alternativa de sanciones: prisión/multa. La ley persigue, aquí, que el juez *seleccione* la pena que más se adecue a las particularidades del caso. Con ello se intenta reducir la posibilidad de que la pena previamente pensada quede incumplida. Este sistema de alternatividad es el que preside la regulación del *StGB* alemán. Y así, en la Parte Especial de dicho código *nunca* figura la multa como pena autónoma, sino siempre como *alternativa* a la prisión. Por los números arrojados de las estadísticas judiciales de ese país (la multa representa más del 80 por 100 del total de penas), queda claro que la pena pecuniaria representa un razonable indicio de que la sanción seleccionada va a ser efectivamente cumplida (5).

(5) Referencias sobre ello, por ejemplo, en H. H. JESCHECK, «Die Geldstrafe als Mittel moderner Kriminalpolitik in rechtsvergleichender Sicht», *Festschrift für Würtenberger*, 1977, p. 261; G. GREBING, «Die Geldstrafe im deutschen Recht nach Einführung des Tagessatzsystems», en *Die Geldstrafe im deutschen und ausländischen Recht*, edit. por Jescheck/Grebing, Baden-Baden, 1978, pp. y ss.; H. J. ALBRECHT, *Strafzu-*

En el CP español, la previsión alternativa tiene, por el contrario, un escaso desarrollo. Son pocos los preceptos que dejan al juez la elección de la pena (ejs.: 489 bis, 516 bis, 563 bis), y tampoco existe una regla general que establezca, bajo qué criterios, debe optar por una u otra sanción. Consecuentemente, esta manifestación de la individualización penal de manera escasa repercute, en nuestro derecho, en el problema general del aseguramiento de la ejecutabilidad de la sanción.

Su pequeña geografía hace ya de la previsión alternativa una técnica legal distinta a la de la conversión de la multa en arresto. Y, aunque el efecto al que pueden tender ambas es coincidente —obstruir la inejecución de la pena—, la base de su aplicación es distinta en una y en otra. En el sistema de previsión alternativa (prisión/multa) la imposición de la pena privativa de libertad responde, por principio, a razones preventivas (de prevención general y especial). Tomando como ejemplo el derecho alemán, el § 47 *StGB* establece que una pena de prisión inferior a seis meses sólo puede imponerse cuando por la *influencia sobre el autor (Einwirkung auf den Täter)* o por la *defensa del orden jurídico (Verteidigung der Rechtsordnung)* se haga indispensable. El arresto sustitutorio responde, por el contrario, a consideraciones distintas a las de los fines de la pena: la carencia de medios económicos para hacer efectiva la multa.

De todos modos, no conviene dejarse deslumbrar por la puridad de los fundamentos en los que descansa una y otra fórmula. Estudios empíricos realizados en Alemania Federal sobre los criterios relevantes en la *selección* de la pena, han venido a demostrar que las razones de ortodoxia preventiva en no pocos casos se ven reemplazadas (o complementadas) por motivos económico-sociales. Lo que se traduce en una preferencia judicial por la pena privativa de libertad en proporción directa a la falta de medios económicos o a la defectuosa integración social del penado (6). De tal suerte que la opción por la pena de prisión no supone sino un adelantamiento, más diplomático, del arresto sustitutorio. Sólo que aquí se tienen argumentos adicionales para, pese a todo, basar la aplicación de la pena privativa de libertad en fundamentos ajenos a los puramente patrimoniales. En último término, la supuesta anticipación de la prisión quedará embebida —hecho particularmente notorio en la ideología del Estado del bienestar de los años 60— en una razón de desafección laboral del penado (7). Su incapacidad de pago no sería, así, sino un «lastre»

messung und Vollstreckung bei Geldstrafen unter Berücksichtigung des Tagessatzsystems, Berlin, 1980, pp. 2-3.

(6) Especialmente, D. PETERS, *Richter im Dienst der Macht*, Stuttgart, 1973, pp. 41 y ss.; Albrecht, *ob. cit.*, pp. 167 y ss.

(7) Asumiendo esta ideología integradora, por ejemplo, H. MAYER, *Strafrechtsreform für heute und morgen*, Berlin, 1962, p. 130. En sentido crítico, PETERS, *ob. cit.*, pp. 67 y ss.

asumido voluntariamente, que conllevaría, en el orden penal, a la inaplicación de una sanción —la multa— de complicada eficacia. Por lo demás, la apariencia de equidad sufre un menor desgarró en el sistema de alternatividad de penas que en la cruda transformación de la multa en prisión por no haberse seguido aquélla de pago.

2. La posición antitética de la inderogabilidad de la pena en el conjunto de principios jurídicos y político-criminales

El TC justifica: «la insolvencia determinante de la inejecutabilidad de la pena patrimonial no es el fundamento de la posible aplicación de la medida subsidiaria... La finalidad de la sustitución es la de procurar que no quede sin sanción, en esta hipótesis, una determinada transgresión del orden penal» Y concluye: «No estamos, pues, ante la inaceptable sanción de la pobreza».

Estas breves citas muestran la alta significación que la STC de 18 de febrero de 1988 concede al principio de ejecutabilidad en la fundamentación de la norma del artículo 91 CP. Alientan a la revisión de las siguientes cuestiones: a) La supuesta inocuidad de la responsabilidad subsidiaria frente a los derechos constitucionales a la igualdad y libertad; b) La no contradicción del principio de inderogabilidad por otros principios penales; y c) *El papel del principio de inderogabilidad en el marco de las exigencias de política-criminal.*

a) *La supuesta inocuidad de la responsabilidad subsidiaria frente a los derechos constitucionales a la igualdad y a la libertad.* El título de este subepígrafe creo que comprende el pensamiento final de la sentencia de 18 de febrero de 1988. Con él, el TC ha ratificado un parecer jurisprudencial de la Sala 2.^a del TS (8), según el cual a la frágil eficacia de la multa hay que responder con una sanción sustitutiva que preserve sin lagunas el monopolio punitivo del Estado. El constitucional aconseja que esa sanción sustitutiva —como ha sido ya reseñado y sobre lo que luego se volverá— represente el menor costo posible a la libertad individual (de ahí su recomendación por el arresto domiciliario), pero cree que ella (también si encarna la forma de una pena carcelaria) es la única garantía de salvaguardar la ejecutabilidad de la pena.

La cautela es plausible. Las penas se han creado para que, como norma, sean cumplidas. Lleva razón el TC al sostener que el aliento del artículo 91 CP se lo insufla el principio de inderogabilidad. Esta es, sin duda, la finalidad más presentable de la responsabilidad subsidiaria. Pero seguramente no debería haberse velado tan en exceso

(8) Entre otras, expresamente, SSTS de 13 de enero de 1971 y 16 de enero de 1976. Con posterioridad a la sentencia comentada del TC, vid. en la misma línea, STS de 11 de mayo de 1988.

el problema de los medios para el logro de dicha finalidad. O, lo que es lo mismo, la pregunta de quiénes son los expuestos a sucumbir a esa responsabilidad subsidiaria/arresto sustitutorio. Pues éstos, evidentemente, no son otros que los insolventes *reales*. Gran parte de la doctrina así lo ha venido declarando con especial énfasis. Quintano escribía: «El arresto sustitutorio, en definitiva, es pena impuesta al pobre por el hecho de serlo...» (9). Y Quintero, en el mismo sentido, señala: «La crítica que siempre se había hecho a la pena de multa porque incide de manera desigual en pobres y ricos..., encuentra aquí su mayor justificación: la multa lleva a la cárcel sólo a los pobres» (10).

No otra cosa está permitido concluir, además, de la correcta aplicación del artículo 91 CP. El presupuesto legal sobre el que descansa la responsabilidad subsidiaria no es otro que la falta de pago. Y este hecho, en la estructura del código, no depende de la *voluntad* del penado, sino de su *carencia* de medios.

El condicionamiento de la responsabilidad subsidiaria/arresto sustitutorio a la falta de medios para el pago ha sido, sin embargo, relativizado por algún sector doctrinal, antes de la reforma de 1983, bajo la alegación de que el artículo 91 CP consagraba una especie de derecho de opción del penado. «Las críticas formuladas al artículo 91 por su apariencia inequitativa —ha resumido Del Toro dicho parecer doctrinal— se desvanecen en buena parte por no tratarse de la prisión del posible pobre sino de la sanción al probable contumaz» (11). Esta opinión es, desde la mencionada reforma de 1983, completamente insostenible (12). En su nueva redacción el artículo 91 CP anuda la entrada en liza de la responsabilidad subsidiaria a la previa *excusión* de los bienes del multado. Por lo que la aplicación de dicha responsabilidad responde a una declaración judicial de *insolvencia*.

Pero incluso antes de la especificación legal de la excusión de bienes, el argumento de la opcionalidad no era correcto, ni en buenos principios penales, pues el cumplimiento de pena alguna debe supeditarse a la querencia del penado, máxime tratándose de una sanción

(9) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, Madrid, 1963, I, p. 544.

(10) G. QUINTERO OLIVARES, «El arresto sustitutorio», *CPC* 2 (1977), p. 139.

(11) A. DEL TORO MARZAL, *Comentarios al Código Penal* (de Córdoba/Rodríguez Mourullo/Casabó/Del Toro), Barcelona, 1972, p. 472. Antes de la reforma de 1983 también creían que el artículo 91 CP establecía un régimen opcional, A. FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, Murcia, 1947, T. II, pp. 336-337, aun criticándolo en el ámbito de la *lege ferenda*; con vacilación, A. BERISTÁIN IPIÑA, «La multa en el Derecho penal español», *RGLJ* 240 (1976), p. 355.

(12) Así J. L. MANZANARES SAMANIEGO, *Las penas patrimoniales en el Código penal español*, Barcelona, 1983, pp. 138 y ss. y 142 y ss.; G. LANDROVE DÍAZ, «El arresto sustitutorio», en *Comentarios a la legislación penal. La reforma del Código penal de 1983* (dirigidos por M. Cobo), Madrid, 1985, V, 1.º, p. 509.

De este parecer también, ya antes de la reforma, BOIX, *ob. cit.*, p. 35; QUINTERO, *ob. cit.*, pp. 125-126; J. L. MANZANARES SAMANIEGO, *La pena de multa*, Las Palmas, 1977, pp. 267 y ss.

nuclear en la estrategia punitiva, ni con arreglo a los principios procesales (13). Ciertamente que en la LECrim., no se contiene ninguna referencia expresa a la ejecución de la multa. Ello se explica por la débil sustantividad de la multa como sanción penal durante el siglo XIX. De ahí que un texto legal de ese siglo, como es la ley procesal, la embobiera en el concepto genérico de responsabilidades pecuniarias, abarcador de los diferentes capítulos económicos del artículo 111 CP (responsabilidad civil, costas, etc.). Y todas esas responsabilidades pecuniarias se hallan incursas en el régimen de fianzas y embargos prescrito en el artículo 589 LECrim. De este último precepto queda claro que *todas* las responsabilidades pecuniarias deben garantizarse mediante apremio de bienes. Y éste es un trámite (la llamada pieza de *responsabilidades pecuniarias*) que debe disponerse, mediante auto, cuando existan indicios de criminalidad. De donde se deduce que el pago de la multa —al igual que el de las demás responsabilidades pecuniarias— no se deja en el proceso penal español a la voluntad del penado. Ni ahora, evidentemente, ni tampoco antes. Pero el nuevo requisito de la *excusión* del artículo 91 CP cumple ahora una función adicional a la ya prevenida en ese pionero estadio procesal. Obliga también a un nuevo trámite de exacción en la fase de ejecución de sentencia. El vacío al que antes caía, respecto a la multa, el artículo 990 LECrim., al remitir al CP y a los reglamentos la forma de ejecución de la pena, se llena ya de contenido, tras la reforma de 1983, al enfatizarse la exacción patrimonial. Y este nuevo expediente de apremio corresponde, lógicamente, al juez o tribunal sentenciador.

Las precedentes argumentaciones no hacen sino advenir la dependencia de la responsabilidad subsidiaria con la incapacidad de pago del penado. De ahí que sea una medida que termine afectando a los insolventes..., a los pobres. Y contra este entendimiento no cabe objetar que, por los rutinarios trámites del apremio (14), los resultados económicos declarados no siempre son reflejo de la situación real del imputado. Sobre dicha pieza procesal sería, desde luego, aconsejable se centrara una mayor atención. Pero es también lo cierto que una declaración de insolvencia en la misma no prejuzga el ulterior impago de la multa. Una vez recaída sentencia firme, y ante el requerimiento de pago y la advertencia del eventual arresto sustitutorio, muchos penados que habían sido declarados insolventes pagan, sin embargo, la multa. Los que no la pagan, no son los pobres *declarados* en la pieza de responsabilidades pecuniarias, sino los pobres *reales*.

Diríase, pues, que para el logro de una plausible finalidad —garantizar la ejecución de la pena— se irrumpe en otros valores, co-

(13) Vid. MANZANARES, *Las penas patrimoniales*, pp. 143-145.

(14) Sobre ello, vid. M. LÓPEZ REY/F. ALVAREZ, *El nuevo Código penal*, Madrid, 1933, p. 134; parcialmente también, DEL TORO, *op. loc. ult. cit.*; MANZANARES, *Las penas patrimoniales*, p. 144.

mo son la igualdad (en la medida en que se reparten desigualmente las sanciones) y la libertad (en tanto se priva de la misma en atención a un criterio económico). Se trata, pues, de un claro conflicto de valores. Pero de valores de distinto rango. La inderogabilidad, es un principio general del ordenamiento punitivo. La igualdad y la libertad son derechos constitucionales, situados en el título de los derechos y deberes fundamentales. De donde resulta que el principio de ejecutabilidad penal debe supeditarse al respeto de unos valores que se encuentran en superior posición jerárquica. Y no al contrario (15). Difícilmente, pues, la responsabilidad subsidiaria/arresto sustitutorio deja intactos los citados derechos constitucionales. Esta conclusión debe obviamente atemperarse de acuerdo al contenido de la sanción subsidiaria. Ello conlleva a un pacto legal y judicial en una sociedad tarifada. Ante la impotencia de virtualizar ciertos principios jurídicos se hace preciso un entente que impida la dinamitación de todas las fórmulas correctoras del impago.

b) *La no contradicción del principio de inderogabilidad por otros principios penales*: La excesiva concentración en torno al principio de inderogabilidad para justificar la responsabilidad subsidiaria puede conducir al olvido de dos circunstancias divergentes. En primer lugar, que dicho principio encuentra sus relativizaciones en otros lugares del ordenamiento penal; y, en segundo lugar, que en ese mismo ordenamiento penal ha de convivir con otras exigencias frente a las que, en determinados casos, puede mostrarse en colisión.

a') Respecto a las relativizaciones del principio de ejecutabilidad, conocido es que el legislador relaja, en ocasiones, su imperatividad. Así sucede en el caso de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, institución ésta que, según los artículos 92 y 94 CP, se prescribe también por *ministerio de la ley*. Y, aunque la ejecución de la pena quede meramente en suspenso, lo cierto es que al beneficiario le basta prácticamente, para quedar exento de un ulterior cumplimiento de la sanción, con no cometer ningún delito durante el plazo de prueba (16).

(15) Este fue uno de los argumentos principales manejados por algunos autores italianos contra las primeras sentencias de la Corte constitucional de su país (27 de marzo de 1962 y 30 de junio de 1971), por las que se declaraba conforme a la Constitución la pena privativa de libertad subsidiaria. Cfr. F. BRICOLA, «L'istituto della conversione della pena pecuniaria in pena detentiva alla luce dei principi costituzionali», *Riv. it. dir. proc. pen.* 1962, p. 1082; G. ANNUNZIATA, «Considerazioni sulla illegittimità costituzionale della conversione delle pene pecuniarie in pene detentive», *Foro Penale* 1964, pp. 45-47.

Análogamente, para Estados Unidos, vid. D. A. WESTEN, «Fines, imprisonment and the poor: thirty dollars or thirty days», *California Law Review* 57 (1969), pp. 796 y ss.

(16) Esto hace que la suspensión condicional de la pena opere en el Derecho español prácticamente como un *perdón* condicionado. Aparte de no cometer ningún delito durante el plazo de prueba (artículo 14 LCC de 1908), el beneficiario no tiene más

También en los delitos privados (la injuria y la calumnia) el perdón del ofendido deja sin ejecución la pena ya impuesta mediante sentencia firme (artículo 467, V CP).

Y ello por no hablar de las instituciones que abrevian el período de ejecución (redención de penas por el trabajo, indulto particular como beneficio penitenciario, indulto graciable que, a propuesta del penado o del Tribunal, es concedido por el gobierno, al amparo de la Ley de Indultos de 1870) o meramente lo *suavizan* (libertad condicional, adelantamiento de la libertad condicional, permisos de salida).

El propio legislador ha aceptado, además, un límite expreso a la ejecutabilidad de la responsabilidad subsidiaria cuando ésta reemplaza a una multa conjunta una pena privativa de libertad superior a los seis años (artículo 91.3 CP). Y este precepto, asimismo, frente al tradicional criterio jurisprudencial (17), comienza a ser extendido hoy también a los casos de concurso de delitos, con tal de que la pena global resultante no exceda de esos seis años (18).

Una mayor relativización al principio de inderogabilidad de la pena podría darse en el ámbito de las leyes penales especiales. La apertura de esta posibilidad procede de manera inmediata de la STC de 8 de marzo de 1984, que, en uno de sus fundamentos jurídicos, da a entender que las multas previstas en el artículo 7 de la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, de Control de Cambios (modificada por LO 10/1983, de 16 de agosto), no son objeto de responsabilidad subsidiaria, por ser ésta una medida no contemplada en la citada ley especial. Aunque la resolución del TC afectaba, sobre todo, al asunto de la cobertura formal de las normas penales (ley orgánica/ley ordinaria), la posible desafectación de la medida subsidiaria a las multas reguladas en la Ley de Control de Cambios podría representar, para los casos de impago, y en la medida de su eventual extensión a otras leyes penales especiales, un claro supuesto de inejecutabilidad.

Pese a que tal hipótesis supondría una nueva manifestación del relativismo del principio de inderogabilidad, lo cierto es que la *insinuación* del TC debe desecharse. Es cierto que la responsabilidad subsidiaria no se halla prevista en las más importantes leyes penales especiales. Pero también lo es que en todas ellas hay una cláusula de remisión al CP, al que se le concede, de esta forma, el carácter de derecho supletorio. Tal sucede en el artículo 7.6 de la Ley de Control

que limitarse a no cambiar de domicilio sin ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial y a presentarse a la del lugar del nuevo domicilio a los tres días desde el de su llegada (artículos 9 y 10 LCC).

(17) Así, SSTS de 31 de enero de 1947, 3 de febrero de 1955, 23 de octubre de 1957, 19 de junio de 1960 y 17 de diciembre de 1962.

(18) De esta nueva opinión, SSTS de 19 de diciembre de 1985, 12 de septiembre de 1986, 22 de diciembre de 1987 y 8 de junio de 1988. En doctrina, cfr. BOIX, *ob. cit.*, pp. 38-40; M. COBO del ROSAL/T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, 2.^a ed. corregida y actualizada, Valencia, 1987, p. 603.

de Cambios, en el artículo 9 de la Ley de Contrabando o en el artículo 138 de la Ley de Régimen Electoral General (19). Y esa supletoriedad, en buenos principios hermenéuticos, debe llevar, a fin de no crear una discriminación en favor de los multados por leyes especiales, a la aplicación de la responsabilidad subsidiaria en los casos de impago (20).

b') El principio de inderogabilidad no es, pues, un principio *absoluto* del orden penal. Pero es que, además, en determinados casos, su vigencia puede entrar en conflicto con las reglas legales de atenuación de la pena y, en último término, con la misma idea de proporcionalidad. Semejante colisión acontece, sobre todo, si el contenido de la responsabilidad subsidiaria no es otro —como así viene siendo de manera unánime en la práctica judicial— que el de una pena privativa de libertad.

Por la función de la multa en el Derecho español como última pena de todas las escalas graduales (artículo 74 en relación con el 73 CP), su conversión en arresto puede bloquear el sistema legal de atenuaciones. El hecho es especialmente llamativo en los casos de la Escala gradual núm. 1, cuya última pena (el arresto mayor) coincide, en su duración máxima, con el arresto sustitutorio. Son múltiples, por lo demás, los supuestos en los que, por las reglas de determinación, hay que minorar la pena: complicidad, encubrimiento, frustración, tentativa, conspiración, proposición y provocación para delinquir, eximente incompleta, atenuante cualificada, semiinimputabilidad por razón de edad. Y en todos ellos, la rebaja de la pena no se efectivizará cuando sea el arresto mayor la pena legal de la que se parta, pues al mismo será posible llegar de nuevo por el circunloquio de la insolencia del multado (21).

Este riguroso resultado ha sido templado por un criterio jurisprudencial que proscribe la imposición de un arresto equivalente a aquel del que se ha descendido (22). La pena sustitutiva no podría exceder, así, de un mes de duración.

Pero, aun suavizada en estos casos la severidad del instituto, siempre quedará por justificar su rigor cuando a la multa que resulta impagada no se ha llegado por las reglas de minoración de la pena. Tal sucede cuando la pena pecuniaria aparece ya conminada en la propia figura legal. Aquí es otro principio general del ordenamiento penal el que puede quedar en entredicho: el de *proporcionalidad*. Si por la gravedad del delito, la multa se había pensado como la sanción idónea, la conversión de ésta en prisión conlleva una agravación por

(19) Sobre las particularidades en la previsión de la responsabilidad subsidiaria en la legislación de peligrosidad y rehabilitación social, vid. BOIX, *ob. cit.*, pp. 42 y ss.

(20) Acertadamente, STS de 11 de marzo de 1988.

(21) Análogamente, BERISTÁIN, «La multa», p. 357; QUINTERO, *ob. cit.*, p. 134.

(22) SSTS de 21 de junio de 1955 y 19 de diciembre de 1985; SAP Sevilla 29 de junio de 1981, SSAP Ciudad Real 28 de enero de 1985 y 30 de enero de 1985.

un factor ajeno (la falta de medios económicos) a la idea de proporcionalidad (23).

c) *El papel del principio de inderogabilidad en el marco de las exigencias de política criminal*: Con el arresto sustitutorio (y seguimos utilizando el nombre con el que, en la práctica, se llena de contenido la responsabilidad subsidiaria) se incurre en una flagrante contradicción con aquellas opciones de política criminal que rechazan las penas cortas de prisión. El arresto por impago de la multa se traduce en una pena sumamente leve, pudiendo descender, incluso, a tan sólo unos pocos días. En la culminación de dichas opciones, el movimiento contra las penas cortas de privación de libertad de finales del siglo XIX llegó a pedir la absoluta supresión del internamiento sustitutorio en el caso de que se mostraran irrealizables otras medidas sustitutivas. La justificación de la supresión residía en razones de carácter teórico (su incapacidad para resocializar y sí para estigmatizar, así como su severidad para los delincuentes ocasionales de hechos livianos) y de índole *práctica* (problemas de capacidad en las prisiones y la carestía de su ejecución en una época, además, en la que el aprovechamiento de la mano de obra reclusa había descendido a niveles insignificantes (24).

Durante el presente siglo ha venido reproduciéndose, cíclicamente, la lucha contra las penas cortas de prisión, alcanzando en los años 60 su principal intensidad. Pese a todo, la prisión subsidiaria no ha solido desaparecer de los textos legales europeos. Una excepción la representa el Derecho italiano, donde, a raíz de la sentencia de la Corte constitucional de 21 de noviembre de 1979, por la que se la declaró inconstitucional, se ha prescindido enteramente de la misma (25). En los demás países se observa una tendencia legislativa general a relegarla a una especie de *ultima ratio legis*. Se habla en este sentido de resituirla en una tercera línea de actuación, tal como, a juicio de Baumann, hacía ya el Proyecto Alternativo alemán de 1966, una vez comprobada la inadecuación para ese caso de medidas sustitutorias previas, singularmente el trabajo de utilidad común (26).

(23) QUINTERO, *ob. cit.*, p. 113: «violación del necesario respeto a la jerarquía de desvaloración que merece cada infracción».

(24) Sobre los presupuestos ideológicos del origen de la moderna pena de multa, coincidiendo con la redefinición de los fines de la prisión, cfr. mi libro *El dinero, objeto fundamental de la sanción penal*, Madrid, 1983.

(25) La sentencia de la Corte constitucional italiana que declaró inconstitucional el arresto sustitutorio puede verse en *Cassazione penale. Massimario annotato 1980*, con nota de T. PADOVANI, «L'inconstituzionalità dell'art. 136 CP: un capitolo chiuso o una vicenda aperta?», pp. 26 y ss. de la citada colección, Sobre el derecho vigente, que contempla como medios sustitutorios la libertad vigilada y la prestación laboral, cfr. G. GIOSTRA, «Il nuovo procedimento di conversione delle pene pecuniarie insolute», *Riv. it. dir. proc. pen.* 1982, pp. 532 y ss.; M. CANEPA/S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 1987, pp. 227 y ss.

(26) J. BAUMANN, *Beschränkung des Lebensstandards anstatt kurzfristiger Freiheitsstrafe*, Berlin, 1968, p. 68.

Su entera eliminación (o su residualidad) se hace tanto más imperiosa en aquellas orientaciones legislativas (como en el caso español sucedía con el Proyecto de 1980 y la PANCP 1983) de suprimir, para los tipos legales de la Parte Especial, todas las penas de prisión inferiores a seis meses (27). En la actualidad no parece posible defender, con justa causa, otra opción que no pase por la erradicación de la pena privativa de libertad sustitutiva: ni por espacio, ni por economía, ni por los grandes problemas de legitimación moral y social del arresto carcelario.

II. CORRECCIONES A LA DESIGUALDAD DE LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA

Uno de los argumentos más sólidos manejados por el TC para defender la constitucionalidad de la responsabilidad subsidiaria del artículo 91 CP reside en que dicha medida se halla atemperada, en su previsión legal, por una serie de «paliativos» y «suavizaciones». El citado precepto no sería, pues, una norma *desproporcionada*. Recuerda a este propósito el TC la doctrina ya expresada en una anterior sentencia sobre la tolerancia de la desigualdad: «... la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo sólo puede dar lugar a un enjuiciamiento por parte de este Tribunal cuando esa falta de proporción implique un sacrificio excesivo e innecesario de derechos que la CE garantiza». Precisamente, en aplicación de esta doctrina, la ya comentada STC de 19 de febrero de 1985 declaró no conforme a la CE el arresto carcelario del quebrado.

Alude la STC 18 de febrero de 1988 a unas ponderaciones que, a su juicio, y a diferencia de lo que acontecía con el arresto del quebrado, hacen tolerable y no desproporcionada la normativa en la que se inserta la responsabilidad subsidiaria. Algunas de estas ponderaciones pretenden facilitar el pago de la multa, como la adecuación de ésta a la situación económica del penado (artículo 63 CP) o la posibilidad de conceder una prórroga o unos plazos para el pago (artículo 90 CP). Otras son propiamente impeditivas de la ejecución del arresto sustitutorio, tal como sucede con la posible suspensión condicional del mismo (art.93.2 CP).

Verdaderamente las circunstancias mencionadas le restan agresividad al instituto de la conversión. Pero debe verse ahora cuál es la funcionalidad real de las mismas. Para ello deben revisarse los aspectos

(27) Sobre dichos Proyectos de reforma, cfr., entre otros, E. GIMBERNAT ORDEIG, «El sistema de penas en el futuro Código Penal», en *La reforma del Derecho Penal*, edit. por S. MIR, Barcelona, 1980, pp. 181 y ss.; S. MIR PUIG, «El sistema de sanciones en la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal», *Documentación Jurídica*, monográfico, 1, T, 1.º, pp. 185 y ss.

tos nucleares de la regulación de la pena pecuniaria en correspondencia a los resultados obtenidos en nuestra prueba empírica.

1. Significación de la responsabilidad subsidiaria de acuerdo a la forma de previsión legal de la multa

La regulación de la pena pecuniaria en el Derecho español adolece de unos cimientos uniformes. La falta de uniformidad se denota, sobre todo, en la diferente calificación de dicha pena según afecte a un delito o a una falta y en las diversas maneras de aparecer conminada en la figura legal.

a) La multa, cuando aparece dispuesta para un delito excede de 30.000 pesetas (según el Proyecto de actualización del CP, estando en prensa este trabajo, dicho proyecto se ha convertido en la Ley 3/1989, de 21 de junio, llamada de actualización del Código Penal. En adelante, las referencias a las cuantías de las multas se hacen en función de las existentes con anterioridad a dicha Ley, de 100.000 pesetas) y recibe el calificativo de *grave*. En cambio si viene referida a una falta, no excede de esa cantidad y se califica como *leve* (artículo 28 CP). La responsabilidad subsidiaria presenta una duración disímil según se trate del impago de una multa grave o de una leve. En el primer caso puede llegar hasta a los seis meses; en el segundo, no sobrepasa los quince días (artículo 91.1 CP).

Pero, aparte de la disimilitud temporal, la principal diferencia reside en el contenido mismo de la responsabilidad subsidiaria según afecte a un tipo u otro de infracción. La posibilidad de que el juez, en el caso de un falta, aplique como responsabilidad subsidiaria el arresto domiciliario queda abierta más explícitamente desde que la reforma parcial del 1983 permitió, ya sin limitaciones (28), a través de la nueva regulación del artículo 85 CP, el cumplimiento del arresto menor (pena privativa de libertad cuya duración no excede de treinta días y es aplicable sólo a las faltas) en el propio domicilio del penado. Si esto es así *in genere* para el arresto menor, «lógico es concluir —como ha escrito Manzanares, y pese a la renuencia advertida hasta ahora en la práctica— que la responsabilidad personal subsidiaria por multa leve no admita normas de ejecución más severas que las que regulan el arresto menor» (29). Las exigencias de la interpretación sistemática deben hacer, por tanto, del arresto domiciliario el contenido habitual de la responsabilidad subsidiaria en el ámbito de las faltas.

(28) Antes de la citada reforma de 1983, el artículo 85 CP disponía: «El Tribunal podrá autorizar al reo para que cumpla en su propio domicilio el arresto menor, siempre que la falta castigada no tuviere un motivo deshonroso ni fuere por hurto o defraudación». La parte subrayada quedó suprimida.

(29) MANZANARES, *Las penas patrimoniales*, p. 183.

En lo que respecta a los delitos, tal forma de cumplimiento no se deduce, en principio, de la lógica de la interpretación, por lo que merecerá un reestudio en otro lugar.

b) La multa aparece conminada en el ordenamiento penal español de acuerdo a estas tres formas básicas: como pena *conjunta*, como pena *alternativa* y como pena *única*. En el primer caso, la conjunción puede darse con una pena privativa de libertad, con una pena privativa de derechos, con una pena restrictiva de libertad, o bien con las dos primeras cumulativamente.

El problema del impago de la multa y la subsiguiente aplicación de la responsabilidad subsidiaria revestirá matices diferentes según la forma de previsión de la pena pecuniaria.

La modalidad más frecuente a lo largo del articulado del Libro II CP es la de la multa *conjunta*, y, dentro de los subtipos de la conjunción, la de la multa con una pena privativa de libertad. En estos mayoritarios casos la transformación de la multa en un arresto subsidiario no representa un castigo *distinto* al que ya integra la penalidad base. Tan sólo un *plus* a esta última. Únicamente en la fase de ejecución puede operarse una modificación de régimen penitenciario. Si sigue el arresto sustitutorio el régimen de la pena privativa de libertad principal, y ésta excede de seis meses, ya no podrá ser cumplido en un establecimiento de preventivos, a lo cual, por asimilación, autoriza el artículo 8 LGP, sino en un establecimiento de cumplimiento de penas y en el período o régimen (abierto, ordinario o cerrado) que le sea asignado según las prescripciones penitenciarias.

En los demás casos de conjunción de la multa, bien con una pena privativa de derechos, bien con una pena restrictiva de libertad, el arresto sustitutorio viene a modificar, ya en la fase de la sentencia judicial, la estructura de la pena legal. Quizás por eso, más acertadamente, el artículo 50.2 del CP de 1870 preceptuaba que en estos casos la sanción subsidiaria fuera de la misma especie que la básica de la figura legal (inhabilitación, suspensión, destierro).

La problemática del arresto sustitutorio se hace tanto más incisiva cuando la multa viene prevista como pena *única* en la figura legal, o bien cuando a esa univocidad se ha llegado en la determinación judicial de la pena, dentro del régimen de *alternatividad* con una pena privativa de libertad. Aquí, el instituto de la conversión de la multa en un arresto presenta los perfiles de máxima lesividad, pues supone un «vuelco» radical de la pena, sobrepujándose con él la idea de fungibilidad entre la libertad y el patrimonio. Como quiera que la entrada en liza del arresto subsidiario no es infrecuente en esta hipótesis, al menos en el ámbito de los delitos *menos graves* (30), la crítica contra la institución debe mantenerse vigente.

(30) Ámbito en donde se ha realizado la prueba cuyos datos genéricos se recogen en la nota 4 de este trabajo. Desde el punto de vista procesal, deben nombrarse como

2. La valoración de la situación económica del condenado en la determinación de la multa

Principio característico de la determinación judicial de la multa es la ponderación de las condiciones económicas del penado. Con dicha ponderación se reduce, de entrada, la desigualdad en la aplicación de una pena que recae sobre un objeto tan indistrituidamente repartido.

La justedad en la imposición de la multa ha condicionado el desarrollo de esta pena. Allí donde se han introducido fórmulas compensadoras en alto grado de la inigualdad, la pena pecuniaria ha solido tener un desarrollo próspero. Esto es lo que ha sucedido en esos países donde, antes o después, ha sido acogido el denominado sistema de los días-multa (o cuotas-multa): Suecia, Finlandia, Alemania Federal, Austria. La expansión de la multa en dichos países ha estado cubierta por el marchamo de la igualdad de sacrificio.

No es el caso, como es sabido, del Derecho español. Pese a propuestas doctrinales y legislativas recientes en favor de la adopción del criterio de las cuotas-multa (31), el ordenamiento punitivo español sigue anclado al denominado sistema de *multa global* (32). Se le nombra así porque la cuantía de la multa se determina en bloque, sin individualizar debidamente el factor económico en la determinación de la pena.

Pese a ello, el TC ha concedido al deber de consulta de los haberes del penado (deber impuesto en el artículo 63 CP) el carácter de paliativo a una supuesta desproporción de la responsabilidad subsidiaria. Y en este punto ha idealizado en demasía la regla legal citada.

En primer lugar, el factor económico está condicionado por los límites de la multa fijados en la figura legal. Y esos límites vienen dispuestos, por lo general, entre dos cantidades que permiten poca variabilidad. Acostumbra el legislador a fijarlos, por razón de delito, entre 30.000 y 150.000 ó 300.000 pesetas, siendo así que los mismos vienen a condicionar con la multa base del artículo 74, reputada como última pena de todas las escalas graduales (33). Puede sentarse,

delitos *menos graves* aquellos cuyo conocimiento y fallo ha estado confiado a los jueces de instrucción. Según la nueva redacción del artículo 14 LECrim., aquellos que, en lo que se refiere a la pena privativa de libertad, aparecen castigados con una pena no superior a los seis años (hasta prisión menor), siendo competentes para el conocimiento y fallo de los mismos los Jueces de lo Penal.

(31) En favor del sistema de los días-multa se inclinaron de manera colectiva los Catedráticos y Agregados de Derecho Penal en las *III Jornadas de Derecho Penal* celebradas en Santiago de Compostela en 1975. Sobre ello, vid. BERISTÁIN, *ob. cit.*, p. 368.

Por su parte, tanto el Proyecto de 1980 como la PANCP 1983 lo asumían asimismo en su articulado.

(32) BERISTÁIN, *ob. cit.*, pp. 335 y ss.

(33) El Proyecto de actualización del Código penal prevé una multa base, en el artículo 74, de 100.000 a 1.000.000 de pesetas.

en consecuencia, que la pena pecuniaria no presenta en este aspecto sino la estructura de una pena privativa de libertad. También ésta se establece entre dos límites que, comparativamente, no pueden considerarse más estrechos que los existentes para la multa.

En los delitos de nueva creación o de reciente reformulación se aprecia, sin embargo, una tendencia hacia el ensanchamiento de los límites de la multa. Así, en el llamado delito ecológico del artículo 347 bis, las cantidades oscilan entre 50.000 y 1.000.000. de pesetas; en los delitos alimentarios, entre 30.000 y 6.000.000 de pesetas; en los delitos monetarios se fijan cantidades proporcionales, cuya traducción concreta puede generar multas de muy diversas cantidades. En estos ámbitos delictivos, la cuantía de la pena pecuniaria puede adecuarse *a priori* de mejor manera a la diversidad de medios económicos.

Con todo, la práctica judicial se desenvuelve ajena a cualquier estimativa económica en sede de multas. El juez sentenciador sólo cuenta con el rudimentario resultado de la pieza de responsabilidades pecuniarias, en la cual no hay más constancia que si el procesado ha prestado la fianza requerida para asegurar dichas responsabilidades o si ha sido trabado a embargo algún bien de su propiedad. Tampoco en el juicio oral se procede a ninguna indagación sobre la fortuna del procesado. De ahí que pueda decirse que el artículo 63 CP pasa inadvertido en la praxis judicial.

Y eso es lo que impide, justamente, el sistema de las cuotas-multa: la pasividad judicial. Con la descomposición en dos actos de la determinación de la pena pecuniaria (gravedad del hecho y situación económica del penado), el juez ya no puede, so pena de escamotear el sistema, dejar sin contenido la pieza económica. Obligado se ve, pues, a «auscultar» en la fortuna de los sentenciados. Y ello, quíerese o no, se presenta en el Derecho español de complicada eficacia, pues supone reaccionar ante todo un sistema de *rutinas* (34). Por no hablar del aditivo burocrático que enlentecería aún más la administración de Justicia.

El efecto más sensible del sistema de las cuotas-multa en aquellos países donde se ha incorporado a su legislación ha sido el del aumento de la cuantía media de las multas (35). Los que tienen medios, con él van a pagar más. Pero ¿qué sucede con los que carecen de ellos? Para estos últimos el sistema de los días-multa no asegura una disminución en el número de prisiones subsidiarias (36). Y es esta consecuencia rigurosa del impago la que nos interesa en este trabajo:

(34) Sobre la importancia de las rutinas en la práctica jurídica, cfr. W. HASSEMER, *Fundamentos del Derecho Penal*, trad. de MUÑOZ CONDE y ARROYO ZAPATERO, Barcelona, 1984, pp. 25-26.

(35) Cfr. ALBRECHT, *ob. cit.*, pp. 221 y 311-312.

(36) *Ibidem*, pp. 300 y ss.

no, por tanto, la lógica impositiva de la proporcionalidad de las multas, sino la humillante lacra de la prisión por la pobreza.

Añádase incluso que el sistema de las cuotas-multa hasta contiene en su mecanismo el pretexto para otorgar una mayor legitimidad al arresto sustitutorio. Al establecerse un cómputo en días (semanas o meses), la transformación en prisión de esas unidades temporales no cubiertas con dinero se hace de manera automática (37). Automatismo no objetado mayormente por estar inserto en un sistema con impronta igualitaria.

Es por ello que el sistema de las cuotas-multa confiere a la norma *primaria* una mayor legitimación. Debe recordarse que, en Alemania Federal, de la mano del mencionado sistema se ha venido reconviniendo de la tradicional inquina contra la prisión subsidiaria, la cual ha venido a resituarse en un necesario complemento de la practicidad de la multa (38). Asimismo, sobre la base de las cuotas-multa se ha silenciado la discusión sobre la eventual inconstitucionalidad de la sanción subsidiaria y ello es así porque —como decimos— la norma primaria procura el más alto grado de conformación; con independencia de que de la norma *secundaria* (aplicación de la ley por parte del juez) resulte una no despreciable tasa de arrestos sustitutorios.

En cambio, el debate por la abolición de la prisión subsidiaria, a través del recurso de inconstitucionalidad, ha despuntado allí donde, como en Italia, la norma primaria distaba mucho de procurar

(37) La conversión 1:1 se sigue en el § 43 StGB alemán. Contra la misma, por ejemplo, H. TRÖNDLE, «Die Geldstrafe in der Praxis und Probleme ihrer Durchsetzung unter besonderer Berücksichtigung des Tagesatzsystems», ZStW 86 (1974), p. 578, que propone por cada tres días de multa uno de arresto sustitutorio; en el mismo sentido, Grebing, *ob. cit.*, pp. 148-149.

En favor de idéntico procedimiento de conversión, en la doctrina española, A. BERRISTÁIN IPIÑA, «La multa penal y la administrativa en relación con las sanciones privativas de libertad» en *III Jornadas de Profesores de Derecho Penal*, Santiago de Compostela, 1976, p. 37.

El proyecto de 1980 y la PANCP 1983 (artículos 58 y 48 respectivamente) establecían el cómputo de dos cuotas de multa por un día de arresto. Aun así, dichas iniciativas de reforma suponían un endurecimiento respecto al sistema vigente. En las mismas, el arresto sustitutorio podía llegar a un año. Cfr. C. MIR PUIG, *El sistema de penas y su medición en la reforma penal*, Prólogo de E. GIMBERNAT, Barcelona, 1986, p. 177.

(38) Cfr., entre otros, H. TRÖNDLE. «Die Geldstrafe im neuen Straffensystem», MDR 1972, p. 467: «Un Estado que no puede imponer su derecho frente a todo culpable, no sólo capitula ante lo injusto, sino que genera también fuerzas criminógenas»; JESCHECK, *ob. cit.*: «el sistema de los días-multa tampoco puede realizarse sin la pena privativa de libertad sustitutiva».

También en España, y al margen del sistema de las cuotas-multa, el arresto sustitutorio se siente por algunos como necesario. Cfr. COBO/VIVES, *ob. cit.*, p. 605: «...debe tenerse en cuenta que la misma existencia de la pena de multa comporta inexorablemente, la simultánea creación de un sustitutivo de naturaleza personal, y cualquier otro de los que se han propuesto distinto al arresto sustitutorio, a pesar de las críticas que a éste pueden dirigirse, también las concitaría, y además presentaría mayor complejidad en su aplicación práctica y menos eficacia coactiva como respaldo de la pena de multa».

un alivio a la discriminación. El sistema italiano, escasamente fundado en la adecuación de la multa a las condiciones económicas del penado y con la posibilidad de llegar ¡hasta tres años de arresto! en caso de impago, no podía legitimarse ni aun con una interpretación *blanda* de los principios constitucionales de igualdad y libertad. Sin embargo, era lo cierto que, desde el punto de vista de la norma secundaria, debido a la propensión de la judicatura italiana a imponer multas en una baja cuantía, el arresto sustitutorio se mantenía en porcentajes poco apreciables (39). Con todo, el resultado final ha sido la declaración de inconstitucionalidad del instituto de la conversión de la multa en prisión. Supeditada a analizar la adecuación constitucional de las normas primarias, la Corte italiana, a través de la sentencia ya mencionada de 21 de noviembre de 1979, encontró motivos bastantes para negarla en el caso del arresto subsidiario.

3. El pago aplazado

Un paliativo legal al empleo del arresto sustitutorio lo representa la previsión de una prórroga y, sobre todo, de unos plazos para el pago. El artículo 90 CP permite, en efecto, ambas fórmulas de facilitamiento de la efectividad de la multa. La prórroga se puede extender hasta los quince días de impuesta la condena; mientras que los plazos quedan indeterminados en la Ley, fijándolos el juzgador en el importe y fecha que aconsejen la situación económica del reo. En todo caso, el precepto condiciona el otorgamiento de los plazos a la *carencia* de recursos del penado.

Esa vinculación a la carestía económica contribuye, a juicio del TC, a restar el impacto de desproporcionada a la medida subsidiaria (40). Lo que no sucedía en el Derecho italiano, donde el sistema de plazos, en vigor desde la *Tariffa penale* de 1865, se basaba en un fundamento justamente contrario al de la ley española: que el penado ofreciera garantías personales e inmobiliarias. Y esa normativa —como había señalado ya algún autor italiano con anterioridad a la sentencia de 21 de noviembre de 1979— «contribuía de manera sensible a agravar el carácter discriminatorio de la conversión» (41).

Que los plazos constituyen un eficaz paliativo del arresto sustitutorio es algo que no sólo está en la letra de ley, sino que también se advierte fehacientemente en la práctica. En más del 20 por 100 de

(39) Vid. G. MOLINARI, «Le pene pecuniarie nella punizione dei delitti», *Quaderni di criminologia clinica* 19 (1977), pp. 57-59.

(40) FJ 10.º Expresamente, en doctrina, COBO/VIVES, *ob. cit.*, pp. 606-607.

(41) E. DOLCINI, «Pene pecuniarie e principio costituzionale di eguaglianza», *Riv. it. dir. proc. pen.* 1972, p. 449.

condenas a multa se concede el pago aplazado (42). El cual es siempre petitionado por el condenado, eligiendo éste, en muchas ocasiones, incluso, hasta las fechas en que va a realizar los pagos. Puede decirse que la praxis judicial se muestra a este propósito absolutamente flexible. Y hasta podría sostenerse que el pago en el acto, tras la sentencia, es un procedimiento ignoto a la liturgia judicial. El requerimiento al pago no se hace sino mediante providencia, la cual puede dictarse un mes después de recaída sentencia firme. En dicha providencia se establece, además, una prórroga de diez días para el pago.

Conclúyase, pues, que el sistema español favorece una cierta *temporalidad* en la ejecución de la multa. Los plazos no son, sin embargo, un medio *estructural* de pago, como sucede en la llamada *multa temporal* (*Laufzeitgeldstrafe*) que, por influencia de Baumann (43), fue recogida en el Proyecto Alternativo alemán de 1966, haciéndose eco también de ella las recientes iniciativas españolas de reforma (44). Además, la multa temporal persigue como fin primario la limitación del nivel de vida durante un cierto tiempo, habiendo sido calificada por su ideador como una pena privativa de libertad de carácter parcial (45). Y para conseguir ese efecto, indispensable se hace su conformidad con las condiciones económicas del penado, aspecto éste —como se ha visto antes— despreciado hasta ahora en el Derecho español.

4. Otros incidentes de demora del pago

De manera incodificada, en la praxis se producen una serie de incidencias cuyo efecto es, asimismo, el pago demorado. Su ejercicio no se encuentra reconocido en ninguna norma legal, pero ha venido a adocenarse a modo de rictus procedimental.

Entre esas incidencias pueden contarse, la inclusión de la multa en la llamada tasación de costas, el pago tras un segundo requerimiento e, incluso, el denominado pago *in extremis* una vez acordado el arresto sustitutorio.

(42) Vid. nota 4. En el Derecho alemán, según Albrecht, *ob. cit.*, p. 272, es asimismo muy frecuente la concesión de plazos. Algunos autores alemanes consideran que la decisión judicial sobre la concesión de los plazos representa una *tercera fase* en la determinación de la multa, con arreglo al sistema de los días-multa. Cfr. TRÖNDLE, «Die Geldstrafe in der Praxis», p. 584; E. HORN, «Das Geldstrafensystem des neuen Allgemeinen Teils des StGB und die Ratenzahlungsbewilligung» *NJW* 1974, pp. 627 y ss.; JESCHECK, *ob. cit.*, p. 265; GREBING, *ob. cit.*, p. 127.

(43) J. BAUMANN, *Gegenentwurf eines Strafgesetzbuches*, A. T., TÜBINGEN, 1963, § 35; el mismo, «Von den Möglichkeiten einer Laufzeitgeldstrafe», *JZ* 1963, pp. 733 y ss.

(44) Artículo 56 del Proyecto de 1980 y artículo 46 de la PANCP.

(45) BAUMANN, *Beschränkung*, p. 29.

La entrada en liza de las mismas, pese a su falta de respaldo normativo, puede razonablemente tolerarse en atención a argumentos de ejecutabilidad de la pena realmente impuesta en la sentencia. Desde el punto de vista cuantitativo representan sobre el 6 por 100 del total de las condenas a multa (46).

5. Abono de la prisión preventiva

Una evitación impropia del arresto sustitutorio representa el instituto del abono de la prisión preventiva. Deja sin aplicación, en efecto, la sanción subsidiaria, pero a costa de haberse anticipado durante la sustanciación de la causa el internamiento carcelario.

En nuestra prueba se computó la prisión preventiva a la multa o al arresto sustitutorio en el 5 por 100 de los casos (47).

Pese a su pequeño porcentaje, esta práctica no deja de causar alguna perplejidad. Es plausible el cómputo de la prisión provisional a la pena de multa o a la responsabilidad subsidiaria; el artículo 33 CP obliga, desde luego, a dicho descuento «cualquiera que sea la clase de pena impuesta». Lo que ya no es tan plausible es la aplicación en sí del internamiento preventivo en relación a un delito que puede terminar mereciendo una pena de multa. De la redacción del artículo 503.2 LECrim., hay razones para afirmar que la prisión provisional debe administrarse con extrema mesura siempre que el delito imputado tenga señalada la pena inferior a prisión mayor. A mayor abundamiento, debiera erradicarse su uso cuando la pena que pudiera imponerse fuera de naturaleza pecuniaria.

6. La suspensión condicional del arresto sustitutorio

El TC incluye también a la suspensión condicional del arresto sustitutorio entre las *suavizaciones* a la supuesta desigualdad de la responsabilidad subsidiaria. En efecto, se trata también de un experimentable correctivo. Se viene a aplicar en el 11,60 por 100 de los casos (48). La suspensión condicional de la prisión subsidiaria se acostumbra a conceder antes incluso del requerimiento de pago. Eso sí, para autores respecto a los que conste su insolvencia en la pieza de responsabilidades pecuniarias y que, por supuesto, no tengan antecedentes penales.

En el Derecho vigente no cabe la suspensión condicional de la misma multa. Lo que sí se contempla tanto en el Proyecto de 1980

(46) Vid. nota 4.

(47) Id.

(48) Id.

como en la PANCP 1983. En concreto, mediante la institución de la *suspensión del fallo* (49). Y, aunque la finalidad de la misma, en el ámbito de dichas iniciativas de reforma, no era la de evitar la aplicación del arresto sustitutorio, de ella podía esperarse un cierto efecto reductor. Lo que hubiera sido esperable, al menos, de la regulación del Proyecto de 1980 que, junto a la suspensión del fallo en relación a la multa, permitía, asimismo, la suspensión condicional de la pena privativa de libertad subsidiaria. No así en la PANCP que expresamente vetaba esta última posibilidad.

Sea como quiera, cualquier instituto suspensivo debería reforzar la exigencia, hasta hoy muy descuidada, de que el beneficiado saldara, durante el plazo de prueba, sus responsabilidades civiles. Se trata de un aspecto de fundamental importancia dentro de las actuales tendencias victimológicas. También así la suspensión condicional del arresto subsidiario tendría más seriedad de la que hoy tiene y podría prodigarse como enérgico contenedor de la prisión por impago de la multa.

7. Cumplimiento del arresto sustitutorio

Cuando no son de aplicación los correctivos analizados en los números anteriores —singularmente, porque el condenado es insolvente y, ni siquiera con un flexible sistema de plazos puede pagar, o bien no se encuentra entre los incapaces de pago favorecidos por la suspensión condicional de la pena— se acuerda el arresto sustitutorio. Dicho arresto ya viene fijado en el fallo de la sentencia y en la providencia de requerimiento de pago se vuelve a contemplar. Si tras el requerimiento el penado manifiesta su imposibilidad de pagar la multa (pese al mandato del artículo 91 CP, no suele haber excusión de bienes), ya no es precisa una ulterior resolución judicial disponiéndolo. La que, sin embargo, sí tiene lugar cuando ha habido una expectativa de pago y, finalmente, ésta ha quedado frustrada.

En el ámbito de los delitos menos graves, el arresto sustitutorio alcanza un porcentaje del 12,50 por 100 del total de multas impuestas. Una cifra alta y que lo mantiene entre las instituciones más reprochables del moderno Derecho penal. Corrigiendo, eso sí, una afirmación más apodíctica sentada en otro lugar, y tras el análisis de las vicisitudes en la ejecución de la multa, puede afirmarse que dicha sanción subsidiaria es una medida que sólo afecta a los pobres, pero no a *todos* los pobres. Su eventual suspensión condicional permite el «rescate» de un cierto número de éstos.

(49) Artículo 92 del Proyecto de 1980 y artículo 75 de la PANCP. En doctrina han recomendado la aplicación de alguna institución suspensiva directamente a la multa, BERISTÁIN, «La multa», p. 359; QUINTERO, *ob. cit.*, pp. 132-133; MANZANARES, *Las penas patrimoniales*, p. 178.

Por lo demás, en cuanto a su concreto cumplimiento, hay que advertir que la legislación penitenciaria no contiene ni un solo artículo referente a dicho estadio ejecutivo. Por razones de afinidad, hay que entender que su cumplimiento no puede diverger de lo previsto en el artículo 8 LGP para las penas inferiores a seis meses, las cuales pueden ser cumplidas en establecimientos de preventivos (50).

Las consecuencias de la reseñada equiparación son las siguientes: a) El sistema progresivo de cumplimiento de penas no puede tener aplicación para el arresto sustitutorio (artículo 84 CP); b) tampoco algunas de las instituciones liberadoras previstas en el actual ordenamiento penitenciario, como la libertad condicional y los llamados beneficios penitenciarios (artículos 98 CP y 256-257 RP); c) sí, en cambio, les serán aplicables la redención de penas por el trabajo (artículo 100 CP), los permisos de salida (artículos 47-48 LGP) y también el indulto particular (artículo 9 de la Ley de 1870).

Estas aplicaciones permiten concluir que la duración *real* del arresto sustitutorio no tiene por qué coincidir con la fijada por el juez o tribunal en la sentencia. Pero, en todo caso, su cumplimiento no presenta ninguna característica más favorable que el de la pena de arresto mayor.

III. OTRAS ALTERNATIVAS DE RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA

Hasta el momento actual de la investigación, dos ideas básicas planean sobre el instituto de la conversión de la multa en arresto. Por una parte, su reprochabilidad, en cuanto afecta sólo a miembros de la clase más desfavorecida. Por otra, la impotencia del Derecho penal para salvaguardar el principio de no discriminación en una sociedad inegalitaria y capaz de mantener una subcapa pobre y miserable.

¿Cómo paliar la grosera desigualdad en la ejecución de la multa? Los argumentos sociales, parificadores, no parecen hoy de actualidad, contrapesados por el nuevo hallazgo de las libertades y del regusto hedonista. Es por ello que, para el presente, no se tiene otra mira que la de una reforma que mitigue la extremosidad de la injusticia. Cobra, así, plena vigencia la política de las alternativas a la prisión subsidiaria: fórmulas que laven el rostro más horripilante del sistema. Dichas alternativas tienen el sesgo, pues, de instrumentos racionalizadores de una sanción —la multa— que, a no dudarlo, consti-

(50) Vid., sin embargo, lo dicho en II, 1.º, b) En general, sobre la exégesis del artículo 8 LGP, por todos, C. GARCÍA VALDÉS, *Comentarios a la Ley General Penitenciaria*, Madrid, 1980, pp. 39 y ss.

tuye, junto a la pena privativa de libertad, el pilar más sólido de los modernos catálogos punitivos.

1. Alcance del término responsabilidad personal subsidiaria

A juicio del TC, el *nomen* responsabilidad subsidiaria empleado por el artículo 91 CP no aboca a su indefectible equiparación a una pena de arresto carcelario. Es ésta una de las conclusiones más relevantes de la STC de 18 de febrero de 1988. En su virtud, podrían practicarse ya de *lege data* otras fórmulas que favorezcan «menores restricciones de la libertad individual». De todas las posibles fórmulas, el TC —como se sabe— termina recomendando el arresto domiciliario.

Semejante flexibilidad ha venido siendo negada por una práctica judicial para la que responsabilidad subsidiaria vale tanto como arresto carcelario. Resumiendo esta práctica, y tras invocar, entre otras, la SSTS de 23 de junio de 1952 y de 4 de octubre de 1965, Del Toro ha precisado: «... siempre que se imponga una multa no puede prescindir el sentenciador de establecer tanto el hecho del arresto como su duración. Se trata de una regla de obligatoria observancia cuya omisión infringe la ley» (51).

Esta concluyente opinión, hoy relativizada por el TC, se ha venido apoyando en criterios sistemático-legales e históricos.

Desde el primer punto de vista, son dos los preceptos invocados como soporte al arresto sustitutorio: los artículos 93.2 y 91.3 CP. El primero de ellos se refiere expresamente a la *pena privativa de libertad subsidiaria* por insolvencia en caso de multa, sobre la que puede aplicarse la suspensión condicional de la pena. El segundo, regula un supuesto de falta de necesidad de la responsabilidad subsidiaria, cuando ésta debe sustituir a una multa impuesta conjuntamente con una pena privativa de libertad superior a los seis años.

Ni uno ni otro precepto son, sin embargo, concluyentes. Del artículo 93.2 sólo es lícito asegurar este resultado: que si el juez o tribunal impone una pena de arresto carcelario por el impago de la multa tal proceder es conforme a Derecho positivo. Pero del mismo no es posible inferir que dicha transformación carcelaria tenga que operarse en todos los casos de insolvencia del condenado. En lo que respecta al artículo 91.3 hay que señalar que dicho precepto tiene un carácter sectorial, de ámbito reducido, que se limita a contemplar —como se vio— una excepción al principio de la inderogabilidad de la pena. Mas, en ningún momento, toma partido por la clase de sanción que ha de integrar la responsabilidad subsidiaria. Como mucho, del mis-

(51) DEL TORO, *ob. cit.*, p. 473.

mo puede colegirse que aquélla debe consistir en arresto prisional cuando la multa impagada se haya impuesto conjuntamente a una pena privativa de libertad de más de seis años. Y ese arresto adicional es el que queda excepcionado por virtud de una especie de principio de acumulación jurídica basado en la suficiente entidad de la pena base.

Desde la perspectiva de la codificación histórica, hay que admitir la expresa mención que se hacía en los códigos del siglo XIX a la pena privativa de libertad como sanción sustitutiva de la multa. El CP 1848 hablaba, en concreto, de *prisión correccional*. Pacheco la glosó esgrimiento que con ella se intentaba poner coto al gran desorden que había dominado la jurisprudencia de la precodificación (52). También el CP 1870 hacía expresa referencia a una pena de prisión, no permitiendo otro recurso distinto salvo en el ya comentado caso de que la multa impagada se hubiera impuesto conjuntamente a una pena de naturaleza diferente a la de privación de libertad.

Pero hasta aquí llega sólo la invocación histórica en favor del arresto como fórmula sustitutiva excluyente por impago de multa. Porque esa línea histórica se quebró con el CP 1932, el cual introdujo, por primera vez, el término *responsabilidad subsidiaria*. A partir de entonces, ya dada la aparente indefinición, podría haberse creado una práctica judicial versátil a la hora de llenar de contenido la medida sustitutiva.

No ha sido así. Pero ello podría achacarse más a razones funcionales que a la eventual creencia que el código republicano (al que siguió el franquista de 1944) sólo pretendió una modificación de estilo. Tal creencia es inverificable. Deben recordarse los esfuerzos acometidos ya por algunos autores, antes de la publicación del código de 1932, por transformar el sentido de la conversión. Luis Silvela fue el primero, entre los autores españoles, en aconsejar que la sanción sustitutiva fuera de naturaleza afin a la pena patrimonial sustituida. El trabajo en beneficio del Estado o del Municipio respondía, para él, al pensamiento de la pena pecuniaria. «No hay persona alguna —decía— cuya actividad espiritual o física no tenga algún valor económico y constituya una utilidad o una riqueza» (53). Y Vila y Miquel, más tarde, se definió asimismo en favor del trabajo público como medida sustitutiva, reconvirtiéndolo en servicio militar para cuando, por la contumacia del penado, fuera inerjicitable la actividad laboral (54).

También, en el plano legislativo, existe el antecedente del CP 1928 que, en su profusa normación, ideó para algunos casos la posi-

(52) J. F. PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, 4.^a ed., Madrid, 1870, T. 1, p. 357.

(53) L. SILVELA, *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Madrid, 1874, p. 411.

(54) E. VILA y MIQUEL, *De la necesidad y medios de sustituir las penas cortas de privación de libertad*, Madrid, 1917, pp. 151 y ss.

bilidad de afectar al multado impagador a un trabajo de utilidad pública.

Había, pues, claros apoyos doctrinales y legales en favor de una configuración de la responsabilidad subsidiaria distinta al monolitismo prisional. Todo hace pensar que el Código republicano fue sensible a la misma. A ello responde la nota de dos comentaristas de dicho código justificando que la ley no había podido hacer más e insistiendo en el carácter arbitral que habría de tener la medida (55). A mi juicio, el texto del 32 instauró un supuesto de discrecionalidad judicial.

El término responsabilidad subsidiaria aparece en el Derecho español con vocación de fórmula abierta. El hecho de que en la práctica se haya optado por la «funcionalidad» del arresto carcelario responde, al menos, a las siguientes razones: 1. A no haber sido ésta, en todo caso, una medida expresamente vetada en la ley, sino antes bien, permitida por la vía indirecta del artículo 93.2 CP; 2. A no haberse articulado un sistema de trabajos que, a partir de una preocupación de la administración central o local (ahora también autonómica) haya permitido a los tribunales resituarse a los penados insolventes; 3. A las dificultades añadidas de programar dicho sistema laboral dentro de una economía deficitaria, con opciones preferenciales para otros trabajadores, y 4. A la inadecuación de otras posibles medidas en el estricto catálogo punitivo del presente siglo básicamente construido sobre dos pilares: la prisión y la multa.

Esta serie de consideraciones parecen dar sazón al concentracionismo judicial en torno al arresto carcelario. La inevitabilidad del mismo ha sido descrita por Zipf en términos fatalistas: «Si el legislador (el juez, precisaríamos nosotros), pese a todo, cree no poder renunciar a la prisión sustitutiva, ello se justifica en una especie de callejón sin salida: la pena de prisión sustitutiva es injusta, el trabajo libre no ha podido realizarse hasta ahora y una renuncia completa al poder estatal de castigar a los insolventes parece improcedente, pues los capaces de pago quedarían perjudicados... y poco a poco resultaría socavada la voluntad de pagar» (56).

Y es, justamente, ese panorama fatalista el que la STC de 18 de febrero de 1988 ha tenido la virtud de aliviar. El constitucional ha abierto una brecha por la que pueden —deben— penetrar otros institutos menos gravosos que la privación de libertad carcelaria para compensar los impagos de multa.

Desde una doble perspectiva, positivista y político-criminal, van a examinarse esas otras posibles fórmulas sustitutorias, intentando ponderar su operatividad en estos últimos años del novecientos.

(55) LÓPEZ REY/ALVAREZ, *ob. cit.*, p. 133.

(56) H. ZI PF, *Die Geldstrafe in ihrer Funktion zur Eindämmung der kurzen Freiheitsstrafe*, Berlin, 1966, p. 35.

2. El arresto domiciliario

Sin llegar a afirmar que la pena privativa de libertad sustitutiva sea inconstitucional, el TC entiende que habría otras medidas subsidiarias que encajarían mejor en el orden normativo de la CE. Entre esas medidas, como se ha repetido, destaca el papel del arresto domiciliario.

No puede dejar de recordarse a este propósito que la *libertad* y el *patrimonio*, bienes respectivos sobre los que recaen la prisión y la multa, se encuentran valorados desigualmente en la CE. Mientras el primero se halla recogido en la sección de los *derechos fundamentales* (Título I, Cap. 2.º, secc. 1.ª), el segundo meramente se encuentra inserto en la de los derechos (Título I, Cap. 2.º secc 2.ª). Consecuentemente, el cambio de pena, de multa a prisión, implica un plusvalor de negatividad para el insolvente. Y este resultado no puede dejar de alarmar. De ahí que se justifique plenamente la recomendación final del TC en favor de un menor costo a la libertad, como supondría el arresto domiciliario.

¿Para qué casos podría ser procedente el arresto domiciliario como responsabilidad subsidiaria? Ya se ha visto, que de *lege data*, en virtud de lo prevenido en el artículo 85 CP, puede ser la medida aplicable por impago de las multas *leves*. La pregunta que había quedado pendiente, sin embargo, es la de si el arresto domiciliario puede extenderse para las multas *graves*. La respuesta afirmativa no se deduce, en principio, de una interpretación literal de la normativa vigente. De ahí que pospusiéramos a este momento su estudio.

Las opiniones doctrinales se encuentran divididas al respecto. Mientras que Quintero y Landrove no ven posible la aplicación del arresto domiciliario a las multas graves, por entender que dicha sanción no se encuentra prevista para los delitos, ni como pena ni como forma de ejecución de la misma (57); Manzanares estima que dicha medida podría aplicarse para aquellos delitos respecto a los que en la sentencia judicial no se impone una privación de libertad superior a los 30 días (58).

La posibilidad de infligir un arresto inferior a 30 días por impago de una multa grave no se halla vetada por el artículo 91 CP. Este precepto sólo fija una duración máxima (seis meses), pero prescinde de concretar la mínima. La jurisprudencia ha confirmado expresamente esa posibilidad, la cual debe entrar prevalentemente en liza cuando a la multa se llegue por *desgravación* de la pena de arresto mayor (59). Parece lógico, pues, que la transformación de una multa impuesta por la vía del artículo 74 CP no genere una pena privativa

(57) QUINTERO, *ob. cit.*, pp. 137-138; LANDROVE, *ob. cit.*, p. 513.

(58) MANZANARES, *Las penas patrimoniales*, p. 183.

(59) Vid., las sentencias citadas en la nota 22.

de libertad subsidiaria de equivalente duración a la superior en la escala. Por lo que la medida de esa pena de arresto sustitutorio no debería sobrepasar (ni igualar) el tope mínimo del arresto mayor (un mes y un día).

Así las cosas, la recomendación del TC encuentra adecuado encaje legal. De la misma manera que se hace sucribible la opinión de Manzanares. Ahora bien, entiendo que la aplicación del arresto domiciliario por impago de una multa grave no se deriva directamente del artículo 85 CP, el cual, en todo caso, se refiere a una pena propia de faltas como es el arresto menor, sino más bien de estas dos reglas de la hermenéutica: del argumento histórico en favor de la flexibilidad del *nomen* responsabilidad subsidiaria y de la ponderación de las normas de acuerdo a la equidad (artículo 3.2 CC).

Acaso no convenga, sin embargo, hipervalorar el rol del arresto domiciliario en sede de multas impagadas. Si se confirman en el futuro los resultados de la práctica judicial que arrojan un considerable número de impagos, el arresto domiciliario no será sólo una medida subsidiaria *ocasional*. Ello obligaría a que su cumplimiento estuviera presidido por una mayor seriedad. Seguramente, habría que organizar una mínima vigilancia a fin de que se reforzaran las garantías de su ejecución. Y una profusa red de celadores distribuidos por los muchos domicilios (o chabolas) de los declarados insolventes, no sería a buen seguro un espectáculo muy provechoso.

El arresto domiciliario debe emplearse, por eso, en el ámbito de los delitos, con cierta mesura, bien entendido que no debe ser la única manera de llenar el contenido de la responsabilidad subsidiaria. Su marco de acción —como queda dicho— debe ser el de los impagos de multas impuestas por desgravación de la responsabilidad penal.

3. El trabajo de utilidad pública

Una de las medidas sustitutivas que ha contado con más entusiasmo teórico, aunque con muy escaso resultado práctico, ha sido la prestación de un trabajo de utilidad pública. Desde el movimiento de política criminal de finales del siglo XIX no han cesado las recomendaciones doctrinales en favor de dicha medida. Incluso, en algún país, como Italia, a través del Codice Zanardelli de 1889, se incorporó precursoramente a su legislación (60). En España fue recomendada con mucho empeño —tal como se ha visto— por Luis Silvela y Vila Miquel, y el Código Penal de 1928 fue el primero, y hasta ahora el único texto punitivo, en acogerla.

Sin embargo, su eficacia ha sido prácticamente nula en todos aquellos países donde se ha dispuesto de esa posibilidad legal. Tan sólo

(60) Vid., por ejemplo, DOLCINI, *ob. cit.*, p.455.

en materia forestal, a finales del siglo pasado, parece que alcanzó alguna efectividad (61). De su escasísima experimentalidad ha sido consecuencia lógica —según se dijo— el pleno asentamiento del arresto sustitutorio.

Las consecuencias más visibles de su fracaso han sido las siguientes: 1. Las propias dificultades de la administración pública en desviar una oferta laboral a los penados; 2. Los roces competenciales entre personal libre y personal penado; y 3. Las más recientes dudas sobre su constitucionalidad (62).

Pese a dichos obstáculos, es lo cierto que, en los últimos años, han renacido en algunos países las posibilidades de la prestación laboral como medida penal. Aparte de la experiencia inglesa, donde, desde el *Criminal Justice Bill* de 1972, funciona como sanción autónoma a la multa, es decir, como sanción directa en la forma del *community service order* (63), en otros países, como Alemania Federal, comienza ahora a activarse, por primera vez, pese a estar reconocida normativamente desde la llamada legislación sobre multas (*Geldstrafengesetzgebung*) de los años 1921/24. En el derecho alemán vigente se encuentra prevista en el artículo 293 de la ley de introducción al *StGB*, el cual concede a los *Länder* la competencia para programar el trabajo sustitutorio como medio de evitar la pena privativa de libertad subsidiaria por impago de multa. Hasta hace pocos años, ningún *Land*, a excepción de Hamburg, había dado las órdenes necesarias para la efectivización de la medida (64). Pero, recientemente, han sido diversos los estados que han salido de la inacción sumándose a la iniciativa del gobierno hanseático (65).

La razón más significativa de la nueva práctica se encuentra en la crisis económica de finales de los años 70 y principios de los 80 que ha paralizado la eficacia de la multa. El número de penas privativas de libertad sustitutivas ha aumentado concordemente, presionando la estructura penitenciaria (66). La disminución de empleo que ha traído consigo la última hornada maquinista ha quedado, así, parcial

(61) Más datos en mi libro, *El dinero, objeto fundamental de la sanción penal*, pp. 49 y ss., con amplias referencias bibliográficas.

(62) Una exposición de todo ello en M. PFOHL, *Gemeinnützige Arbeit als strafrechtliche Sanktion*, Berlin, 1983, pp. 149 y ss., con otras cuestiones conflictivas.

(63) Sobre ello y con indicaciones de las cifras de aplicación de la medida, S. STANLEY/M. BAGINSKY, *Alternatives to prison. An examination of non-custodial sentencing of offenders*, London, 1984, pp. 81 y ss.

(64) Cfr. GREBING, *ob cit.*, p. 141.

(65) Sobre el despegue de la medida en Alemania Federal, cfr. PFOHL, *ob. cit.*, pp. 36 y ss.; H. JUNG, «Fortentwicklung des strafrechtlichen Sanktionssystems», *JuS* 1986, pp. 744-745; G. BLAU, «Die gemeinnützige Arbeit als Beispiel für einen grundlegenden Wandel des Sanktionssystems», *Gedächtnisschrift für H. Kaufmann*, Berlin/New York, 1986, pp. 199-200

(66) Vid. M. VOSS, «Über das keineswegs zufällige Zusammentreffen von Gefängnisausbau und der Einrichtung ambulanter Alternativen», en *Diversion statt Strafe?* edit. por H. J. KERNER, Heidelberg, 1983, pp. 110-112; BLAU, *ob. cit.*, p. 199.

o, incluso, si se quiere, simbólicamente contrapesada en el orden penal por una recolocación especial, temporal y no onerosa del multado insolvente.

Junto a esta razón más oportunista se arguye también que con la prestación laboral se favorece que el condenado pueda cumplir con su víctima. Pues al no quedar sujeto a un castigo prisional dispondrá de mayores posibilidades de ganarse el dinero con el que reparar los males causados con el delito (67).

La prestación de un trabajo de utilidad pública se desenvuelve en el ámbito de la administración. Se citan como actividades más indicadas para el desarrollo de la medida, los trabajos forestales, en la prevención de incendios, en asilos para ancianos e impedidos, en establecimientos para jóvenes, en museos... (68). Sin que de momento se haya practicado en el marco de la empresa privada.

Aun así, en la medida pervive, como cuestión capital, el viejo conflicto entre su incidencia social y su plausibilidad como recurso penal. Finalmente, se trata de cubrir con multados insolventes, y de manera gratuita, una serie de puestos que, en otro caso, encajarían en la estructura de las relaciones laborales. Piénsese sólo en los trabajos en prácticas y para la formación (artículo 11 ET y Real Decreto 1992/1984, de 31 de octubre) o los trabajos ejercidos en régimen de contratación temporal como medida para el fomento del empleo (artículo 17.3 ET y Real Decreto 1989/1984, de 17 de octubre). Desde este punto de vista, en la prestación de un trabajo público como medida penal se trasluce un matiz negativo. Negatividad, lógicamente, que estará en función del volumen que pueda alcanzar la medida.

Pero es lo cierto, pese a ello, que para el orden penal viene a resolver un grave escollo. Así se explica que también en la doctrina penalística más reciente siga siendo un recurso acogido con beneplácito (69). Las ventajas para «los protagonistas del caso» (Hassemer) parecen claras. Para el *autor* que ve que la respuesta penal a su insolvencia no lo lleva hasta ese centro estigmatizador personificado en el encierro carcelario (70). Para la *víctima*, cuyo especial interés se centra en ser indemnizada en los perjuicios causados por el delito, siendo así que si su antagonista permanece en libertad se le brinda una adicional oportunidad de conseguir los medios para compensar el mal.

(67) BLAU, *ob. cit.*, pp. 193-194.

(68) BLAU, *ob. cit.*, pp. 193-194

(69) En la doctrina española más reciente, de acuerdo, BERISTÁIN, «La multa», p. 362; BOIX, *ob. cit.*, p. 41; QUINTERO, *ob. cit.*, p. 140.

(70) Según DOLCINI, *ob. cit.*, pp. 454-455, desde el punto de vista del autor, constituye un «típico ejemplo de remoción de los obstáculos que se oponen de hecho a la igualdad de los ciudadanos», con lo que se virtualizaría lo prevenido en el artículo 3.2 de la Constitución italiana, precepto que, por lo demás, es afín al artículo 9.2 CE.

En el Derecho español, dos son los problemas específicos que presenta el trabajo de utilidad pública. Desde luego, el de su eventual eficacia, pero asimismo el más estrictamente técnico-jurídico de si puede llenar ya hoy, de *lege data*, el contenido de la responsabilidad subsidiaria del artículo 91 CP.

Invirtiendo el orden de cita de dichos problemas, se hace preciso de nuevo recordar, respecto al segundo de ellos, la flexibilidad que caracterizó, en su origen, la fórmula del artículo 91 CP. Y precisamente, en los precedentes legales y doctrinales del CP 1932, había sido la prestación laboral la medida que con más énfasis se había propugnado. Más que el arresto domiciliario y más que cualquier otro instituto subsidiario. No creo, por ello, que fuera ajena al legislador del 32 la posibilidad de que el órgano judicial cumplimentara de esta manera la responsabilidad sustitutoria. Esta posibilidad, además, no desmerece a la interpretación aperturista brindada por la STC 18 de febrero de 1988, pese a no ser citada expresamente la prestación laboral (71). Lo único que hace falta es que la administración, mediante un acuerdo marco con el poder judicial, establezca las indicaciones oportunas sobre los trabajos afectos, el régimen de cumplimiento y su inevitable supervisión.

Y previo a dicho complemento normativo debe ser la elemental prueba sobre la eficacia de la medida. Para ello habrá que seguir de cerca algunas experiencias paralelas. De todas ellas, veo yo como la más ejemplificadora la fórmula prevista en la Ley 48/84, de 24 de diciembre, de objeción de conciencia y de prestación social sustitutoria al servicio militar. Recientemente ha informado la prensa de la incorporación de los 49 primeros objetores a prestar el servicio civil sustitutorio, calculándose en 500 el número de los mismos que lo harán durante el presente año de 1989. Los destinos fijados han sido Protección Civil, la Generalitat Valenciana, el Centro de recogida de animales de Alcalá de Henares, una asociación de integración gitana y los Ayuntamientos de Leganés, Picassent, Campello y Barcelona, entre otros (72). Habrá que visar, pues, estas iniciativas, ya que las mismas podrían ser trasvasadas al orden penal. Y dicho trasvase, una vez constatados los resultados, no debiera demorarse. Sin duda, en este ámbito cumpliría una función más loable que como subrogado de un servicio militar, que debiera dejar de tener al fin ese marchamo constrictor y punitivo contra la juventud del sexo masculino. El maquinismo debiera tener aquí efectos liberadores de la mano de obra militar.

(71) En contra, sin embargo, BUENO ARÚS, *ob. cit.*, p. 71.

(72) Cfr. *El País* de 4 de abril de 1989.

IV. CONCLUSIONES.

Las precedentes líneas podrían sintetizarse de la siguiente manera:

1. Los principios de igualdad y libertad no quedan indemnes con la responsabilidad subsidiaria. Especialmente, cuando ésta reviste la forma (constante, por otra parte, en la jurisprudencia española) de un arresto carcelario.

2. Pese a las mitigaciones legales al arresto sustitutorio, éste sigue presentando en la práctica un porcentaje lo suficientemente alto como para merecer un enérgico reproche.

3. La flexibilidad del término *responsabilidad subsidiaria* permite la actuación, ya de *lege data*, de otras posibles medidas sustitutivas distintas al arresto. Entre esas medidas, singular importancia deben desempeñar en la jurisprudencia futura, junto a la ya existente de la suspensión condicional de la pena, el arresto domiciliario y la prestación de un trabajo de utilidad común.

4. Dichas medidas hacen más tolerable el instituto de la conversión de la multa en responsabilidad subsidiaria.

5. Las medidas sustitutorias debieran llevar consigo la obligatoriedad para el condenado de reparar los perjuicios causados a la víctima del delito; en particular, en la suspensión condicional de la pena.

6. El arresto domiciliario debe tener su campo principal de actuación cuando sustituya a una multa impuesta por desgravación conforme al artículo 74 CP.

7. Por el contrario, la prestación de un trabajo de utilidad pública debe operar, particularmente, en relación a la multa fijada en el tipo legal o impuesta en la sentencia judicial como pena única, dentro, en este segundo caso, del régimen de alternatividad. Una simplificación del sistema de penas debe hacer poco precisa la figura de la multa conjunta.

8. Sólo en el caso de no cumplimiento de alguna de estas medidas, debe procederse, por analogía a lo dispuesto en el artículo 237 CP (delito de resistencia a la autoridad) o en el artículo 334 CP (delito de quebrantamiento de condena), a la pena de arresto. Pero esos hechos, lógicamente, deben dar lugar a la instrucción de una nueva causa penal.