

1.º Declarar la nulidad del Auto del Tribunal Central de Trabajo de 9 de septiembre de 1986, dictado en el recurso 1919/1983, que tuvo por desistido al demandante de amparo del recurso de suplicación interpuesto contra la Sentencia de la Magistratura de Trabajo núm. 16 de Madrid de 4 de marzo de 1983.

2.º Reconocer a dicho demandante el derecho a la tutela judicial efectiva.

3.º Restablecer a éste en el indicado derecho, declarando la procedencia de que el Tribunal Central de Trabajo le conceda un plazo para subsanar el defecto relativo a la consignación del depósito de 2.500 pesetas previsto en el art. 181 de la Ley de

Procedimiento Laboral, continuando la tramitación del recurso de suplicación en la forma que sea conforme a Derecho.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid a dieciséis de febrero de mil novecientos ochenta y ocho.—Firmado.—Francisco Tomás y Valiente.—Gloria Begué Cantón.—Ángel Latorre Segura.—Francisco Rubio Llorente.—Luis Díez Picazo y Ponce de León.—Antonio Truyol Serra.—Fernando García-Mon González Regueral.—Carlos de la Vega Benayas.—Eugenio Díaz Eimil.—Miguel Rodríguez-Piñero Bravo Ferrer.—Jesús Leguina Villa.—Luis López Guerra.—Rubricados.

**5133** *Pleno. Cuestión de inconstitucionalidad número 593/1987. Sentencia número 19/1988, de 16 de febrero.*

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Tomás y Valiente, Presidente; doña Gloria Begué Cantón, don Ángel Latorre Segura, don Francisco Rubio Llorente, don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, don Antonio Truyol Serra, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Eugenio Díaz Eimil, don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, don Jesús Leguina Villa y don Luis López Guerra, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 593/1987, promovida por el Juzgado de Instrucción núm. 9 de Madrid, por supuesta inconstitucionalidad del art. 91 del Código Penal. Han sido parte el Fiscal general del Estado y el Letrado del Estado, este último en representación del Gobierno, y Ponente el Magistrado don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. Ante el Juzgado de Instrucción núm. 9 de Madrid se siguieron diligencias de procedimiento oral por supuesto delito de robo, contra José Merchán Recio y Antonio Hernández Durán, interesándose por el Ministerio Fiscal, en trámite de conclusiones definitivas, la condena de los acusados, como autores responsables de un delito de robo, en grado de tentativa (arts. 500, 504.2, 505.1, 3 y 55 del Código Penal), a sendas penas de multa de 50.000 y 30.000 pesetas, respectivamente, con arresto sustitutorio de veinticinco y dieciséis días, apreciándose, asimismo, respecto de José Merchán Recio, la agravante de reincidencia (art. 10.15.º del mismo texto legal). Por parte de la defensa se pidió la libre absolución de los acusados y, subsidiariamente, que, para el caso de ser éstos condenados, no se impusiera arresto sustitutorio en caso de impago de multa, por estimarlo contrario al principio constitucional de igualdad, invocándose, al respecto, la oportunidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 91 del Código Penal.

Concluido el juicio, y dentro del plazo para dictar Sentencia, se acordó por el órgano judicial, mediante Auto de fecha 4 de abril de 1987, oír al Ministerio Fiscal y a la defensa para que, por plazo común de diez días, pudieran alegar lo que desearan sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 91 del Código Penal. En este trámite observó el Ministerio Fiscal que, so pena de plantear de forma meramente abstracta la cuestión de inconstitucionalidad, habría que aguardar para suscitársela al momento en que se hubiese de acordar de modo efectivo el arresto sustitutorio, una vez acreditada la insolvencia del condenado. Por su parte, la defensa interesó el planteamiento de la cuestión, por estimar que el precepto penal citado vulnera las exigencias del principio constitucional de igualdad.

2. Con fecha 22 de abril, se dictó Auto por el Juzgado de Instrucción núm. 9, planteando cuestión de inconstitucionalidad ante este Tribunal sobre el art. 91 del Código Penal, por su posible contradicción con los arts. 1.1, 9.2, 14 y 17 de la Constitución. El citado precepto del Código Penal prescribe lo siguiente: «Si el condenado, una vez hecha excusión de sus bienes, no satisficiera la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal y subsidiaria que el Tribunal establecerá según su prudente arbitrio, sin que en ningún caso pueda exceder de seis meses, cuando se hubiese procedido por razón de delito, ni de quince días, cuando hubiese sido por falta. El cumplimiento de dicha responsabilidad

subsidiaria extingue la obligación de pago de la multa, aunque el reo mejore de fortuna. Esta responsabilidad subsidiaria no se impondrá al condenado a pena privativa de libertad por más de seis años».

a) En la resolución mediante la cual la cuestión se suscita comienza el órgano judicial señalando que se han cumplido, para su promoción, los presupuestos y requisitos legalmente establecidos (art. 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). Se señala, en particular, que la validez del precepto cuestionado condiciona el fallo que, concluido el juicio, haya de emitirse, sin que, de otra parte, se cuestione la constitucionalidad del art. 91 del Código Penal en términos generales, sino en cuanto afecta a un determinado juicio penal y condiciona la validez del fallo perfectamente individualizado que, de ser condenatorio, habría de contener, junto a la pena pecuniaria principal, la concreción de la responsabilidad penal subsidiaria para el caso de insolvencia. Cuestión distinta, se añade, es la de si semejante pronunciamiento condicional ha de integrar la Sentencia o reservarse, en otro caso, a la fase de ejecución. Se observa al respecto que, sin desconocer la existencia de otras interpretaciones alternativas, es opinión generalizada que, aunque la realización del arresto depende del impago de la multa, el Tribunal viene obligado a fijar la duración de aquél en la misma Sentencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1952, 4 de octubre de 1965, 28 de mayo de 1983 y 25 de mayo de 1985), siendo suficiente tal doctrina jurisprudencial para justificar la oportunidad procesal del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, cuestión mediante la cual, de otra parte, no se predetermina el fallo que haya de recaer en su día, tratándose sólo, a través de su planteamiento, de dejar en claro la constitucionalidad o inconstitucionalidad de uno de los términos de la alternativa que se ofrecen al juzgador.

b) En cuanto a la fundamentación material de la duda de constitucionalidad, se comienza por indicar que el art. 91 del Código Penal parece contradecir el principio de igualdad consagrado por el art. 14 de la Constitución, al establecer un tratamiento punitivo específico para los condenados insolventes basado exclusivamente en esa condición económica y al margen del fundamental principio de culpabilidad, sin ninguna posibilidad de corrección dentro del ámbito jurisdiccional.

Tras citar el juzgador la doctrina sobre el principio de igualdad establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por este Tribunal Constitucional, reseña los antecedentes históricos del actual art. 91 del Código Penal, observando la confusión dominante, en los Códigos que se suceden desde 1822 a 1870, entre el arresto sustitutorio de la multa y el de la responsabilidad civil extracontractual, que los mejores especialistas repudiaran como residuo de la «prisión por deudas», siendo también de observar la filosofía crudamente retribucionista que inspiró aquella regulación penal. La «mala conciencia» que habría provocado tal planteamiento explica las sucesivas reformas legislativas que se llevaron a cabo en España hasta desembocar en el texto vigente, debiéndose destacar los esfuerzos que plasmaron en el art. 179 del Código Penal de 1928 en orden a acumular fórmulas que evitasen que el insolvente pudiera, sin más, ser privado de libertad, siendo también reseñables los intentos de acomodar la pena de multa a la situación económica del condenado (art. 63 del Código Penal), incluso bajo la fórmula de los días/multa (arts. 45 a 47 de la «Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal» de 1984), así como la introducción de la fórmula de pago aplazado o fraccionado (art. 90 del Código Penal). En todo caso, los nuevos derroteros en la legislación penal sobre este punto se orientarían hacia modalidades sustitutivas de otro signo (trabajos de utilidad colectiva o libertad vigilada) o bien a la pura y simple remisión de la pena. Se citan, al respecto, los arts. 43.10 del Código Penal francés, 19.3 del Código Penal austriaco, 43 del Código alemán y 49.3 del suizo, reseñándose, de modo especial, lo dispuesto en el Código Penal italiano, luego de que la Sentencia de la Corte Constitucional de dicho país, de 21 de noviembre de 1979, declararse inconstitucional el art. 136 del Código Penal en el que se establecía la sustitución

de la ejecución de la pena pecuniaria por un período de privación de libertad.

Ciertamente, y por lo que a esta última consideración del derecho italiano se refiere, el actual art. 91 del Código Penal es notablemente más flexible que el art. 136 que fuera entonces declarado inconstitucional por la Corte Constitucional de aquel país, pues, según se ha observado por la doctrina, la norma española permite, sin límite, el fraccionamiento del pago en atención a la situación económica del reo y no establece, de otro lado, equivalencia obligatoria de ningún tipo entre el montante de la multa y la privación de libertad. Pese a ello, el problema de fondo permanece, sin perjuicio de que alguno de estos instrumentos correctores (pago fraccionado o remisión condicional) quedan sujetos al arbitrio judicial, con escasas posibilidades, por tanto, de ser sometidos a control por la vía de amparo constitucional (Sentencia 54/1986, de 7 de mayo, del Tribunal Constitucional). A la postre, la falta de recursos económicos suficientes para afrontar el pago de la multa, aun cuando el condenado no sea culpable de ella, e incluso si se encuentra en tal situación muy a su pesar, conduce inexorablemente a la imposición de una privación de libertad equivalente, según su duración, a los arrestos mayor o menor. En cuanto a este último punto, se observa que para la doctrina jurisprudencial, como no podía ser de otro modo, la responsabilidad personal subsidiaria por insolvencia equivale, en sus efectos, a una pena privativa de libertad.

c) La regulación de la pena de multa en el Derecho vigente no es insensible al tratamiento diferencial según la capacidad económica del penado, y se rodea de múltiples mecanismos que tienden a reducir al mínimo —aunque no lleguen a evitarla, en último extremo— la posibilidad de conversión en privación de libertad. En primer lugar, los Tribunales, en la aplicación de las multas, pueden recorrer toda la extensión en que la Ley permite imponerlas, teniendo en cuenta no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente el caudal y facultades del culpable (art. 63 del Código Penal). En segundo lugar, se deja a la discreción del juzgador la fijación del momento en que ha de hacerse el pago de la multa, inmediatamente o dentro de los quince días de impuesta la condena (art. 90 del mismo Código). De otra parte, en el segundo párrafo del precepto últimamente citado se faculta al juzgador para autorizar al multado, cuando carezca de recursos, la satisfacción en plazos de la suma impuesta, cuyo importe y fecha serán fijados teniendo en cuenta la situación del reo. En la medida en que no acceder al pago fraccionado supondría la aplicación de la responsabilidad personal subsidiaria, el juicio de constitucionalidad de este párrafo está indisolublemente ligado al que merece el art. 91. Así, de reputarse éste constitucional, cabría plantear si, a la luz de la «cláusula de progreso» contenida en el art. 92 de la Constitución, lo previsto como dejado al arbitrio judicial (el fraccionamiento en el pago) se ha de entender preceptivo cuando el reo carezca de recursos suficientes para afrontar en un solo acto el abono de la multa impuesta. Junto a todo ello, se ha de destacar también que el art. 91 del Código Penal, en la redacción dada al mismo por la reforma del año 1983, parece prever el arresto subsidiario para el caso de que el penado no satisfaga el importe de la multa y se haya acreditado su insolvencia, negándose, de este modo, la posibilidad de que sea el reo quien decida la pena. Con todo, al depender muchos de estos mecanismos del arbitrio judicial, se introduce un indeseable margen de inseguridad jurídica (vedado por el art. 9.3 de la Constitución) en materia tan delicada como es la efectividad de la libertad personal, perviviendo también las dificultades derivadas del tratamiento del impago parcial de la multa, abono del tiempo de privación cautelar de libertad, límite mínimo temporal del arresto subsidiario de multa impuesto por razón del delito y viabilidad de su cumplimiento en la modalidad domiciliaria, cuando no exceda de treinta días. Seguramente —se concluye en cuanto a este punto— nada se opone a una interpretación progresista conforme al espíritu de la Constitución, capaz de abrir paso a las soluciones más adecuadas para que la ejecución de la responsabilidad personal subsidiaria quede realmente reducida al último recurso, en la forma menos desocializadora posible, por más que resultaría deseable que, por vía de reforma legislativa, se clarificaran todos los puntos controvertidos enumerados, para evitar que su correcta solución esté siempre condicionada por el sesgo de su aplicación judicial en cada caso concreto. Por último, se debe indicar que el art. 93 del Código Penal permite aplicar el beneficio de la remisión condicional de la pena de privación de libertad impuesta como subsidiaria por impago de multa.

d) Pese a todo lo expuesto, resta siempre la posibilidad de tener que hacer efectiva la privación de libertad. Se plantea entonces, y en toda su crudeza, cuál sea su sentido profundo y si resulta conforme con los principios proclamados por la Constitución.

El arresto sustitutorio previsto por el art. 91 del Código Penal está en desarmonía con los principios de política criminal inspira-

dores de los grandes movimientos contemporáneos de reforma en Derecho comparado, empeñados en reducir o en suprimir las penas cortas de privación de libertad, incapaces de servir de vehículo de tratamiento resocializador y lastradas por el inevitable efecto desocializador que comporta el ingreso en prisión. Supone, de otra parte, una conclusión precipitada presentar este arresto sustitutorio, según a veces se ha hecho, como «elemento coercitivo necesario para que la pena de multa sea eficaz», pues, sobre la base de la previa excusión de los bienes del penado, es cuestionable que la medida privativa de libertad guarde proporción con la finalidad de revelar en qué casos la insolvencia es ficticia, arriesgándose con ello a gravar injustamente (con quiebra del valor fundamental «justicia» proclamado en el art. 1.1 de la Constitución) a las personas en las que la insolvencia sea auténtica. En segundo lugar, se haga de convenir en que estamos, no ante un medio coercitivo, sino ante una verdadera pena que sustituye a la asignada inicialmente como propia y adecuada al delito o falta cometidos. Una pena como ésta sólo puede desempeñar una función expiativa, pues, por su duración, es inidónea para cumplir los fines de reeducación y reinserción social que señala a las privativas de libertad el art. 25.2 de la Constitución. En estas condiciones, el arresto sustitutorio viene a ser una privación de un bien jurídico fundamental (la libertad) que carece de finalidad legitimada constitucionalmente.

El valor fundamental de la justicia, indisolublemente ligado al principio de culpabilidad, también padece con la regulación establecida en el art. 91 del Código Penal. La pena de multa es la que el legislador ha reputado adecuada a la antijuridicidad del hecho y a la culpabilidad de su autor, de modo que su sustitución por una medida de mayor contenido aflictivo (la privación de libertad) no tiene su razón de ser ni en la antijuridicidad ni en la culpabilidad, sino en una «condición o circunstancia personal» del penado (su insolvencia, querida o no por él), lo que lleva también a apreciar el quebrantamiento del principio de no discriminación (art. 14 de la Constitución). Al final, la privación de libertad recaerá sobre los sectores más marginados, con absoluta indiferencia respecto de la causa de su indigencia total.

Se llega así a otro enfoque, que anuda con los compromisos que fundamenta el art. 9.2 de la Constitución. Imponer el arresto sustitutorio de la multa a quien —a no dudar, muy en contra de su voluntad— nada tiene, significa profundizar en las desigualdades económicas existentes, quebrantando el emplazamiento que el artículo 9.2 de la Constitución hace a los poderes públicos «para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud». Resultan, en fin, perfectamente trasladables a nuestro Derecho las consideraciones de la Sentencia 131/1979, del Tribunal Constitucional italiano sobre la perversión de valores, consagrados en nuestra Constitución, que lleva consigo la fungibilidad biunívoca entre libertad y propiedad, implícita en la conversión de la multa incumplida en privación de libertad.

e) En síntesis, la constitucionalidad del art. 91 del Código Penal se cuestiona por los siguientes motivos: 1) porque parece contradecir, dada la generalidad de su tenor literal, el principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la Constitución, ya que la privación subsidiaria de libertad por impago de multa tiene lugar incluso si la insolvencia no proviene de causa imputable al reo, por lo que el arresto es consecuencia inmediata de la condición económica del penado; 2) porque podría contrariar, por las mismas razones, los principios de culpabilidad y proporcionalidad de la pena implícitos en las exigencias de la justicia como valor fundamental (art. 1.1 de la Constitución); 3) porque al parigular, como fungibles, libertad y patrimonio parece subvertir la escala de valores resultante de las posiciones de los arts. 17 y 33 de la misma Constitución, y 4) porque, al hacer recaer los efectos desocializadores de la privación de libertad sobre los estratos más desfavorecidos de la sociedad, podría contravenir los principios de organización social contenidos en el art. 9.2 de la Constitución.

3. Por providencia de 13 de mayo la Sección Primera del Pleno acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad y dar traslado de las actuaciones recibidas, según previene el art. 37.2 de la LOTC, al Congreso de los Diputados, al Senado, al Gobierno y al Fiscal General del Estado al objeto de que, en el improrrogable plazo de quince días, puedan personarse en el procedimiento y formular las alegaciones que estimaren convenientes. Se acordó, asimismo, publicar la incoación de la cuestión en el «Boletín Oficial del Estado» para general conocimiento.

4. Mediante escrito que tuvo entrada en este Tribunal el día 26 de mayo, presentó sus alegaciones el Fiscal General del Estado en los términos que, resumidamente, siguen:

a) Como primera consideración, cabría sugerir, según el propio Ministerio Fiscal hizo en el proceso *a quo*, que las dudas de constitucionalidad del juzgador debieron diferirse a la fase de ejecución de Sentencia, al modo como se hizo; en la cuestión de

inconstitucionalidad 602/86, pendiente de resolución ante este Tribunal Constitucional. Ahora bien, aunque no existe duda acerca de que una cuestión de inconstitucionalidad se pueda plantear en fase de ejecución de Sentencia, y siendo también cierto que resulta discutible que en la Sentencia misma se haya de recoger lo referente al arresto sustitutorio, lo que ahora importa —una vez planteada la cuestión— es que diferir el juicio de constitucionalidad atentaría contra un principio de economía, toda vez que la continuación del proceso no aportaría ningún elemento de juicio sobre la aplicabilidad de la norma cuestionada al proceso de origen ni sobre su legitimidad constitucional (STC 18/1982, de 4 de marzo), razón por la que, en definitiva, no se formula objeción procesal en este trámite del art. 37.2 de la LOTC, aunque en el del art. 35.2 el Ministerio Fiscal lo sugiriera. Lo que interesa, en suma, es superar definitivamente las dudas que abriga, legítima y fundadamente, el Juzgado y que son más que suficientes para plantear la cuestión; dudas que tenía ya el Ministerio Fiscal, según se acredita en su escrito de alegaciones en la cuestión de inconstitucionalidad 1.232/86. En definitiva, una vez admitida a trámite la cuestión, y sin que a ello haya nada que objetar, se ha de ver si el art. 91 del Código Penal, como norma con rango de ley de cuya validez depende el fallo, es incompatible con la Constitución o si, por el contrario, la antinomia se reduce a un problema de interpretación que puede ser resuelto en el mismo proceso judicial (art. 5.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

b) Alude el Fiscal General del Estado a la moción elevada al Gobierno por esa Fiscalía con ocasión del debate en la Junta de Fiscales de Sala del Tribunal Supremo sobre la procedencia de incluir o no el arresto sustitutorio en las tres cuartas partes de la condena a efectos del beneficio de la libertad condicional, acordándose entonces se elevara aquella moción, haciendo referencia en la misma «a su inconstitucionalidad (la del art. 91) como contrario al principio de igualdad y también a su posible sustitución por alguna otra medida, como podía ser el arresto domiciliario o el trabajo a favor de la comunidad», proponiéndose en dicha moción «la desaparición de la privación de libertad derivada del impago de las multas penales, con lo que se equipararían las consecuencias pecuniarias administrativas y penales». Se observa ahora por el Ministerio Fiscal que el fundamento de la moción partía de que el arresto sustitutorio venía a invertir la tendencia actual de suprimir las penas cortas de privación de libertad en los programas político-criminales de esta hora, y podía ser incompatible con el principio de igualdad, tanto si se ponderaba la insolvenza, como si se valoraba la solvencia de los condenados a penas pecuniarias, lo mismo en el caso de que los condenados carecieran de antecedentes penales, como en el de que los tuvieran. Se recordaba también entonces la acerba crítica del arresto sustitutorio por un importante sector doctrinal, crítica basada en la consideración de que dinero y libertad son bienes desiguales, de tal suerte que penas pecuniarias y penas privativas de libertad son cantidades heterogéneas, no comparables, siendo las últimas de naturaleza bastante más grave y deshonrosa, con la consecuencia de que, si la multa deviene en privación de libertad, el condenado insolvente sufrirá un mal más grave que el que ha merecido en la Sentencia condenatoria, convirtiéndose el arresto personal subsidiario en «pena de pobreza», caprichosa y arbitraria. Tras haberse abolido la prisión por deudas, mantener la prisión por insolvenza es un contrasentido y un intolerable privilegio en favor del Estado. En virtud de estas consideraciones (y de otras relativas a la Sentencia de la Corte Constitucional italiana de 16 de noviembre de 1979 y al régimen constitucional establecido en el art. 25.3 para las multas impuestas por la Administración), se postulaba en aquella moción que, caso de mantenerse el arresto sustitutorio, ello se produjera solamente cuando fuera consecuencia de multas directas previstas en los tipos penales de injusto, pero que se aboliera para las multas penales sustitutivas. Por último, para superar el dilema arresto sustitutorio o impunidad, se citaban en la moción otras soluciones, como la renuncia a la ejecución de la multa, la cláusula de especial dureza del Derecho alemán, el arresto coercitivo del Derecho francés, la sustitución del pago de la multa por el trabajo o la sustitución del arresto carcelario por el domiciliario.

c) No existe acuerdo en la doctrina sobre la naturaleza jurídica del arresto sustitutorio, pues para unos no tiene el carácter de pena en sentido técnico (al no estar catalogada como tal en el Código Penal), en tanto que para otro sector doctrinal, mayoritario, sí tendría tal condición por el contenido material de la medida. Tampoco en la jurisprudencia del Tribunal Supremo es reconocible un criterio unívoco sobre tal extremo, existiendo resoluciones que niegan al arresto sustitutorio el carácter de verdadera pena junto con otras que lo consideran equivalente a una pena de privación de libertad.

En todo caso, el sistema de nuestro Código Penal no es tan rígido como el antiguo italiano, que mereció ser declarado inconstitucional por la Sentencia de la Corte Constitucional, ya citada, de 21 de noviembre de 1979. El art. 91, que se cuestiona, debe ser elacionado con los arts. 63, 85, 90 y 93, también del Código Penal,

preceptos todos ellos que constituyen el bloque normativo sobre la materia y que han merecido el elogio de la doctrina por flexibilizar la medida cuestionada, estableciendo límites objetivos para paliar las rígidas consecuencias de la aplicación de aquella. Se permite así el aplazamiento y el fraccionamiento del pago de la multa, teniendo en cuenta «la situación del reo» (art. 90), se impone la previa excusión de los bienes del condenado y se establecen límites máximos de duración, excluyéndose de la aplicación de la medida a los condenados a pena superior a seis años (art. 91) y, en fin, el multado insolvente que al final se ve abocado, pese a todo, al arresto sustitutorio cuenta con la posibilidad no desdeñable de que le sea concedida la remisión condicional. Todas estas atenuaciones, positivas y estimables, a la rigidez normativa no resuelven el problema en su totalidad y adolecen, en todo caso, de la excesiva amplitud del arbitrio judicial en su aplicación, no existiendo tampoco una satisfactoria individualización del arresto sustitutorio, a diferencia de la que sí se da respecto de la multa *stricto sensu* (art. 63 del Código Penal).

d) Ya en cuanto al examen sobre la acomodación a la Constitución del precepto cuestionado, se comienza por aludir al cuerpo de doctrina constitucional existente sobre el derecho fundamental a la libertad personal, reconocido en el art. 17.1 de la Constitución. Del examen de esta doctrina constitucional se deduce para el presente caso que el arresto sustitutorio constituye, desde una perspectiva constitucional, y cualquiera que sea su discutida naturaleza en el orden penal sustitutivo, una efectiva y real privación de libertad. Su previsión en el art. 91 del Código Penal no infringe el principio de legalidad ni, desde este punto de vista, el de libertad, aunque sí afecta al derecho de libertad y lo desarrolla en cuanto establece una responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa. El derecho a la libertad, reconocido en el artículo 17.1 de la Constitución, no es absoluto, pero sus límites deben ser razonables y guardar proporcionalidad entre el derecho y la restricción, debiendo concluirse en que el arresto sustitutorio por impago de la multa impuesto por la única y exclusiva razón de la insolvenza del condenado no guarda la proporcionalidad constitucionalmente exigible entre el derecho a la libertad y su restricción, siendo así incompatible con el art. 17.1 de la Constitución.

Respecto del principio de igualdad, y tras recordar la jurisprudencia constitucional al respecto, cabe concluir, asimismo, que el art. 91 cuestionado, en cuanto establece una responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa, es incompatible con el art. 14 de la Constitución y también con el art. 14 del Convenio de Roma.

e) Se indica también por el órgano judicial que promueve la cuestión que el art. 91 del Código Penal pudiera ser contrario al valor Justicia, proclamado en el art. 1.1 de la Constitución, así como a lo prevenido en el art. 9.2 de la misma norma fundamental. En cuanto a lo primero, tal duda de inconstitucionalidad parece reiterativa en el concreto marco de la cuestión planteada y trasladaría el debate, en más de un aspecto, a la estéril discusión, desde un punto de vista constitucional, de la naturaleza jurídica del arresto sustitutorio, para determinar si es o no una verdadera pena. En definitiva, si la norma penal vulnera la igualdad y la libertad, parece tautológico añadir que también vulnera la justicia, porque es claro que una privación de libertad discriminatoria es de suyo injusta. En cuanto a lo establecido en el art. 9.2 de la Constitución, cabe señalar que dicho precepto obliga a todos los poderes públicos a procurar la igualdad de los ciudadanos como finalidad propia de un Estado social y democrático de Derecho. El mandato constitucional obliga a todos los poderes públicos, incluido el legislativo, a remover los obstáculos que el art. 91 representa para que la libertad y la igualdad sean más efectivas, lo que ciertamente refuerza la tesis de su inconstitucionalidad, no tanto por su incompatibilidad directa con el art. 9.2, sino por su oposición a los arts. 14 y 17.1, todos de la Constitución.

En mérito a todo lo expuesto —y con las salvedades expresadas, especialmente respecto del momento procesal oportuno para plantear la cuestión de inconstitucionalidad—, se concluyó por el Ministerio Fiscal, interesando del Tribunal Constitucional se dictara Sentencia por la que se estimase la cuestión de inconstitucionalidad y se declarase la inconstitucionalidad del art. 91 del Código Penal, en relación con los arts. 14 y 17.1 de la Constitución.

5. Por escrito que tuvo entrada en este Tribunal el día 5 de junio, presentó sus alegaciones el letrado del Estado. Estos alegatos fueron, resumidamente, los siguientes:

a) En primer lugar, la cuestión de inconstitucionalidad resulta inadmisibles, siendo de acoger las muy fundadas razones que al respecto expuso el Ministerio Fiscal en el procedimiento que antecede. El Juez, *a quo*, considera que se cumple aquí el requisito de relevancia establecido por el art. 163 de la Constitución (que el fallo dependa de la validez del art. 91 del Código Penal), aun cuando la aplicación de este precepto penal tenga un evidente carácter hipotético, condicional o preventivo, pues, en efecto, la Sentencia por dictar jamás habría impuesto una privación actual de

libertad, sino que habría debido limitarse a determinar la duración del arresto que tendrían que cumplir los multados para el caso de que no fueren satisfechas las multas «una vez hecha excusión de sus bienes» y siempre que no pudieran disfrutar de remisión condicional.

Ciertamente, no es contrario a Derecho la llamada «aplicación preventiva» del art. 91 del Código Penal, es decir, que la parte dispositiva de una Sentencia penal que imponga una multa determine la duración del arresto subsidiario para el caso de que la multa no se satisficiera. Pero tampoco cabe reprochar ninguna ilegalidad a la Sentencia que se abstenga de determinar «preventivamente» la duración del arresto, difiriéndola a la fase de ejecución una vez quedara firme. En este caso, se procedería primero a requerir el pago de la multa con arreglo al art. 90 del Código y, en su caso, a autorizar el pago «en plazos»; si la multa no se pagara, se apremiaría su importe sobre el patrimonio, y si no hubiere bienes realizables suficientes, determinaría entonces el órgano de ejecución, mediante Auto, tras audiencia del multado, su arresto o responsabilidad personal subsidiaria. Siendo esto así, la llamada «aplicación preventiva» del art. 91 del Código no sólo tendría carácter hipotético o condicional (si la multa no fuera satisfecha), sino, asimismo, contingente y discrecional, porque el órgano jurisdiccional penal podría elegir entre aplicar preventivamente (condicionalmente) el art. 91 citado o diferir su aplicación a la fase de ejecución de la Sentencia.

Aunque existe una amplia gama de sentidos lícitamente atribuibles a los conceptos «dependencia», «aunicaplicación» y «aplicabilidad», cabe dudar que la llamada aplicación «preventiva» (hipotética y demás contingente) sea verdadera aplicación. No menos controvertible es la opinión de que el fallo de un proceso «depende» de la validez de una norma que podría perfectamente dejarse sin aplicar y que, si se aplica, ha de hacerse condicionalmente. Aunque la decisión sobre esto corresponde al Tribunal, para el criterio de esta Abogacía estaría mejor fundada la inadmisibilidad de la cuestión que lo contrario. En primer término, el fallo que hubiera podido dictarse se habría sustanciado en la condena a unas penas de multa, ya que el arresto es una consecuencia anudada por la Ley no a una conducta delictiva, sino, justamente, al incumplimiento de la única pena a la que se condena, la pecuniaria. Por ello, la validez del art. 91 cuestionado no afecta en nada al verdadero y propio contenido dispositivo de la Sentencia, ni puede sostenerse que el fallo del proceso *a quo* dependa de la validez de dicho precepto legal, pues, por muy inconstitucional que éste fuera, seguirían siendo válidas las penas de multa impuestas, en tanto que la inconstitucionalidad del art. 91 no tendría más consecuencia que la inutilidad de la determinación preventiva de la duración de los arrestos. En segundo lugar, es evidente que la aplicación preventiva del repetido art. 91 en el fallo no actualiza la supuesta infracción de los arts. 14 y 17.1 de la Constitución, pues sólo la efectiva privación de libertad del multado insolvente consumaría la discriminación que se alega. Pudiera suceder que la multa se pagara voluntariamente o que los multados contasen con bienes suficientes ejecutables; pero, además, la efectividad del arresto está en manos del órgano judicial, que puede suspender su ejecución (art. 93.2 del Código) y que, sea o no aplicable la remisión condicional, cuenta siempre con la potestad que le confiere el párrafo segundo del art. 90 del mismo texto legal para «cuando el multado carezca de recursos».

La cuestión de inconstitucionalidad es un medio de control concreto de la constitucionalidad de las leyes al que sólo cabe acudir «cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional» (art. 5.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). En nuestro caso, basta interpretar el art. 91 en relación con los arts. 90 y 92 y siguientes para evitar el resultado que el Auto de planteamiento califica de inconstitucional. No se ha cumplido rectamente el mandato del citado art. 5.3, y esta falta, cuando es inequívoca, debe considerarse que determina la inadmisibilidad de la cuestión.

b) Entra a continuación el Letrado del Estado en el examen, en cuanto al fondo, de la cuestión de inconstitucionalidad suscitada, no sin antes formular lo que llama unas «aclaraciones previas» sobre la misma. Es la primera la de que el Juez *a quo* duda de la constitucionalidad de una disposición de ley fruto de la modificación del Código Penal por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, esto es, de un texto normativo no preconstitucional, sino adoptado por el legislador democrático. En segundo lugar, se observa que el planteamiento que se hace al promover la cuestión es en exceso unilateral: ni el art. 91 del Código Penal representa una repelente punición de la pobreza como tal, ni es el último vestigio de la prisión por deudas, pues no es la pena pecuniaria un simple derecho de crédito del Estado. El precepto penal no se aplica a cualesquiera deudores, sino a delincuentes, y, siendo esto así, el problema jurídico-constitucional no puede aislarse del perfil constitucional del fundamento y fines de la pena o de la eficacia o inderogabilidad de la misma, debiendo observarse que la duda del juzgador podría fácilmente invertirse. ¿Debe ser la insolvencia, real

o aparente, razón de impunidad de una conducta delictiva? Se observa, como tercera consideración, que lo que a continuación se expone por el Letrado del Estado se hace bajo el supuesto de que en este procedimiento se debate una cuestión jurídico-constitucional positiva (si el art. 91 del Código Penal es compatible con la Constitución), no debiéndose interpretar la argumentación que se expone en sentido político ni deducir, por lo tanto, que se quiera defender que el texto actual del precepto cuestionado represente la mejor solución posible de política criminal. Tampoco sería legítimo presumir que se propugne la «perversión de los valores» constitucionales, consistiendo, más bien, su principal perversión en suponer que la propia opinión es la única acorde con la Constitución. Por último, se ha de tener en cuenta que la desnuda declaración de inconstitucionalidad del precepto que se cuestiona sería un poderoso estímulo para la creación de situaciones de insolvencia mediante todo género de artificios, siendo probable que la supresión del supuesto trato discriminatorio para los delincuentes insolventes abocara, en los hechos, a que hubiera que agrupar a los delincuentes de este modo: Por un lado, los que, en el tiempo que media entre el comienzo de las diligencias penales y la firmeza de la Sentencia condenatoria, alcanzaran a convertirse en insolventes; por el otro, aquellos que fueran incapaces de lograrlo.

Antes, todavía, de analizar las consideraciones expuestas en el Auto mediante el que la cuestión se plantea, se examinan, por parte del Letrado del Estado, tanto la jurisprudencia constitucional relativa a la responsabilidad personal subsidiaria como el posible alcance, en este caso, de la Sentencia de la Corte Constitucional italiana de 16 de noviembre de 1979, invocada en aquel Auto. En cuanto a lo primero, se debe tener en cuenta tanto el Auto 57/1980, de 22 de octubre (en el que se advierte la íntima conexión entre los arts. 90 y 91 del Código Penal), como la jurisprudencia del Tribunal interpretativa del art. 25.3 de la Constitución, precepto en el que se prohíbe a la Administración Civil la imposición de sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad. Si este precepto se interpreta *a contrario*, parece claro que el constituyente no ha prohibido ni las penas de privación de libertad (o la privación de libertad subsidiaria a otras penas), ni las sanciones administrativas militares que impliquen, directa o subsidiariamente, privación de libertad (se citan, al respecto, las Sentencias de este Tribunal 18/1981, 77/1983, 21/1981, 44/1983, 32/1984, 140/1986 y 17/1987). De esta doctrina constitucional no cabe deducir —se observa— sombra alguna de inconstitucionalidad sobre el art. 91 del Código Penal, sino, si acaso, todo lo contrario.

Por lo que se refiere, en segundo lugar, a la Sentencia de la Corte Constitucional italiana de 16 de noviembre de 1979, núm. 131, se ha de decir, en primer lugar, que el art. 136 del Código Penal de aquel país, entonces declarado inconstitucional, era distinto al art. 91 de nuestro Código Penal, tanto porque en aquel precepto el límite máximo de la privación de libertad se cifraba en cuatro años (no en seis meses, como en el texto español) como porque, sobre todo, la regulación en el Derecho italiano del fraccionamiento de la pena pecuniaria (Real Decreto de 23 de diciembre de 1865) llevó entonces a la Corte Constitucional a apreciar la ilegitimidad del sistema vigente; sistema en el que, a diferencia del español, el aplazamiento en el pago de la multa no servía al fin de la individualización de la pena, no pretendía adecuarse a la situación del multado insolvente, se decidía por la autoridad de la Hacienda y se condicionaba a la demostración de solvencia (mediante la propiedad inmueble) o a la prestación de fiador. El párrafo segundo del art. 90 del Código Penal viene a ser todo lo contrario: Se adapta a las condiciones económicas concretas del multado, apreciadas por la autoridad judicial, y no requiere que el fraccionamiento de la multa se condicione a prestación de garantía alguna, no existiendo tampoco límite legal alguno en cuanto a la determinación de fechas e importe de los plazos, todo lo cual hace imposible referir a este art. 91 las críticas de las que se hizo merecedor el texto entonces vigente en el ordenamiento italiano.

c) En su art. 10.1, la Constitución sitúa como fundamento del orden político y de la paz social el respeto a la Ley y a los derechos de los demás. El Derecho Penal representa, precisamente, la estructura jurídica fundamental para asegurar tal respeto, debiendo tenerse en cuenta que, dentro del respeto al orden constitucional, la eficacia global del sistema jurídico-penal constituye un bien constitucionalmente protegido. La pieza más importante para esta eficacia es la igualdad ante las penas, entendida como inderogabilidad singular: Todos los delincuentes e infractores deben poder recibir la misma pena cuando cometan un mismo injusto, igualdad que sería contradicha si se declarase inconstitucional el art. 91 del Código Penal, pues en tal caso quien cometiere un delito o falta castigado con pena pecuniaria y fuese insolvente quedaría prácticamente impune. La inconstitucionalidad de este precepto suprimiría la conversión de la pena pecuniaria en otra pena, y, en tanto el legislador no lo remediara, dejaría impunes, en la práctica, los delitos y faltas que fueran castigados con penas pecuniarias, lo que conduciría a la impunidad práctica de ciertos delitos y perturbaría

gravísimamente la eficacia del sistema jurídico-penal y la igualdad ante las penas.

Por lo demás, no ya sólo se lesinaría la igualdad por la impunidad del delincuente insolvente, sino que se vendría a consagrar, caso de declararse la inconstitucionalidad de la norma, una discriminación injustificada por razón de la condición económica personal, en contra de quienes tuvieran, o les fueren hallados, bienes suficientes para pagar la multa. No está de más recordar que titulares de un patrimonio son todas las personas, con independencia de que en el patrimonio exista mucho, poco o ningún elemento activo. Puede imponerse una pena pecuniaria a quien «nada tenga» actualmente, porque puede ser que lo tengan en el futuro. Y el párrafo segundo del art. 90 permite y obliga, precisamente, a tener en cuenta la situación patrimonial, real y actual. Por todas estas razones, el Legislador de 1983 ha mantenido el art. 91, ya que en los arts. 90 y 92 del mismo Código se ofrece un instrumento adecuado para tener en cuenta la situación patrimonial individual del delincuente carente de recursos, en términos lo suficientemente amplios para evitar iniquidades. Este objetivo sólo es alcanzable mediante un ancho margen de arbitrio judicial (art. 90, párrafo, segundo); arbitrio que, aunque ejercido mediante un poder de apreciación judicial, no resulta incontrolable en el Estado de Derecho.

d) Tras lo expuesto, procede el Letrado del Estado a examinar las argumentaciones expuestas en el Auto mediante el que la cuestión fue planteada.

Observa, en primer lugar, que, frente a lo que allí se dice en el art. 91 cuestionado no se establece «un tratamiento punitivo específico para los condenados insolventes». No cabe atisbar en el precepto propósito alguno de sancionar la pobreza como tal, siendo de observar que lo que denomina el Juez *a quo* «la carga ideológica» de dicho precepto penal resulta expresivo de la ideología personal del juzgador, pero carece de toda consistencia jurídica objetiva. En cuanto a los resultados reales del precepto, se ha de señalar que en este enjuiciamiento constitucional procede sólo examinar si un texto legal se ajusta o no a la Constitución, sin que sea posible formular juicios globales sobre el modo en que el texto viene siendo aplicado, sin perjuicio de que los supuestos resultados discriminatorios habrían de ser probados y de que, por lo que al precepto legal se refiere, el examen conjunto del sistema en el que se integra el art. 91, muestra que el legislador se ha esforzado, precisamente, en evitar que la aplicación de la «responsabilidad personal subsidiaria» lleve a resultados discriminatorios por razón de la situación patrimonial personal.

En segundo lugar, el Auto censura el art. 91 porque «constituye un elemento de desarmonía con los principios de política criminal inspiradores de los grandes movimientos contemporáneos de reforma». Semejante desarmonía, de existir no sería razón de inconstitucionalidad pues tales «principios de política criminal» carecen de fuerza y valor jurídico-constitucionales, correspondiendo al legislador democrático, y sólo a él, aceptar o rechazar esos principios y, en todo caso, modularlos legislativamente.

Se reprocha también al precepto cuestionado su violación de los principios de culpabilidad y proporcionalidad de la pena implícitos en las exigencias de la justicia como valor fundamental (art. 1.1 de la Constitución). Ahora bien, la justicia que proclama la norma constitucional ni es una noción metapositiva, ajena o contraria al ordenamiento positivo (STC 20/1987), ni puede ser invocada para deducir de ella ciertos principios más «determinados», imitando la técnica de derivación del iusnaturalismo tomista, lo que lleva a dudar que una supuesta infracción por el legislador de ciertos principios penales no constitucionalizados (culpabilidad o proporcionalidad) pueda transformarse en violación del citado art. 1.1 de la Constitución. Por lo demás, el principio de culpabilidad no ha sido violado (pues la conversión de la pena de multa busca evitar la impunidad de quien ha sido condenado), ni cabe decir que haya exceso irrazonable entre el delito y castigo, debiendo tenerse en cuenta, al respecto, lo ya indicado sobre el sistema legal aplicable (arts. 90, párrafo segundo; 91 y 93.2), así como el propósito del legislador de impedir que las penas pecuniarias pierdan toda eficacia preventiva.

Tampoco es admisible la crítica al precepto cuestionado por «subvertir la escala de valores resultante de las posiciones de los arts. 17 y 33 de la Constitución» o por «parigular, como fungibles, libertad y patrimonio». Sin perjuicio de que la consagración de la propiedad como derecho fundamental (art. 33.1 de la Constitución) impide suponer que el constituyente la haya valorado como fuente última de alienación o expresión ideológica de las relaciones de producción en una sociedad clasista, no cabe desconocer que el artículo 91 cumple cuantas exigencias impone el art. 17.1 de la Constitución, incluyendo el «carácter orgánico». De ser exacta la tesis de la «parigulación», resultarían también inconstitucionales aquellos preceptos que combinan, alternativamente, penas pecuniarias y privativas de libertad, y si libertad y patrimonio no deben ser fungibles, ¿por qué indemnizar a quienes sufran indebidamente

prisión preventiva (art. 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial)? En todo caso, la supuesta prohibición de «parigular, como fungibles, libertad y patrimonio» carece de toda base constitucional, porque la idea de la «escala de valores» tampoco tiene solidez y porque, de otro lado, no es fácil deducir la inconstitucionalidad de una ley de «las posiciones» (y no del texto) de dos artículos constitucionales.

Tampoco, por último, es atendible la censura al art. 91 por hacer «recaer los efectos desocializadores de la privación de libertad sobre los estratos más desfavorecidos de la sociedad», contrariándose así «los principios de organización social» contenidos en el art. 9.2 de la Constitución. De una parte, es arbitrario suponer que el art. 9.2 contenga tales «principios de organización social»; de otro lado, el argumento de los efectos «desocializadores» requeriría de la comprobación empírica de que todos los insolventes (en el sentido del art. 91 del Código Penal) pertenecen a los estratos más desfavorecidos de la sociedad, y a los menos desfavorecidos los solventes, debiéndose también acreditar que las privaciones de libertad en su virtud recaídas han tenido efectivamente resultados «desocializadores», de los que carecería la impunidad. Evitar la impunidad y asegurar el eficaz funcionamiento del sistema jurídico-penal, como se hace en el art. 91 del Código Penal, es también un modo de dotar de efectividad a la libertad real de individuos y grupos (art. 9.2 de la Constitución), garantizando efectiva y eficazmente los derechos de los demás y el respeto a la Ley.

Por todo lo expuesto, se pidió del Tribunal dictara Sentencia declarando inadmisibile la cuestión planteada o, subsidiariamente, desestimándola.

6. Por providencia de 2 de febrero actual se señala el día 16 del mismo mes para deliberación y votación de la sentencia, fecha en que tuvo lugar.

## II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. No es posible entrar a examinar la cuestión de constitucionalidad que suscita el Juez de Instrucción núm. 9 de Madrid sin considerar antes lo que frente a su admisibilidad arguye el Letrado del Estado, para quien, en este caso, no concurren dos de los requisitos de procedibilidad establecidos por los arts. 163 de la Constitución y 35.1 de la Ley Orgánica de este Tribunal, a saber, que la norma con rango de ley cuestionada (art. 91 del Código Penal) sea efectivamente aplicable en el proceso penal que ha de sentenciarse y que el fallo que haya de dictarse dependa de la validez de dicha disposición legal.

Se fundamenta la objeción planteada, en primer lugar, en la consideración de que el establecimiento en la Sentencia de condena de la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el precepto cuestionado resulta «contingente» o «discrecional», pues el órgano judicial puede omitir en el fallo todo pronunciamiento al respecto, difiriendo hasta la fase de ejecución la adopción de la medida que, para el supuesto de impago de la multa, sea menester adoptar. En segundo lugar —se observa—, la mención en la Sentencia de la responsabilidad personal subsidiaria y de su alcance tiene un carácter «hipotético», «condicional» o «preventivo», toda vez que la Sentencia por dictar no impondría una privación de libertad, tan sólo procedente si se produjera el impago de la multa y si, aún en tal caso, no acordara el Juzgado la suspensión de la condena o el fraccionamiento de la cuantía de la multa para su satisfacción en plazos (arts. 93 y 90, párrafo 2.º, del Código Penal). Unida esta última consideración a la advertencia de que la aplicación «preventiva» del precepto cuestionado no actualiza la supuesta infracción constitucional que da fundamento a la cuestión, ha de concluirse, en suma, según el Letrado del Estado, en que, al promoverla, se ha desconocido lo dispuesto en el art. 5.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, precepto en el cual se condiciona el recurso a este cauce al caso en el que «por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional».

Estas objeciones no pueden ser compartidas, ni cabe, en consecuencia, llegar ahora al rechazo de la cuestión por no concurrir en ellas las condiciones exigidas en los arts. 163 de la Constitución y 35.1 de la LOTC.

El art. 91 del Código Penal es, en primer lugar, norma aplicable al caso, en el sentido que dicen los preceptos citados, porque el juzgador considera, con motivación que ha de juzgarse suficiente, que de conformidad con la doctrina jurisprudencial que cita, la Sentencia condenatoria a pena de multa debe contener la prevención de que, caso de su impago, recaerá sobre el reo la responsabilidad personal subsidiaria establecida en la disposición cuestionada. La aplicabilidad del art. 91 del Código Penal queda, así, suficientemente razonada, siendo aquí de pertinente recordatorio la doctrina de este Tribunal según la cual el órgano jurisdiccional que plantea la cuestión es, en principio, el competente para determinar cuáles son, efectivamente, las normas aplicables al caso que ha de

resolver, por lo que el control que realice el Tribunal Constitucional sobre dicho requisito no puede sustituir a aquella competencia, y sólo cuando de manera evidente, sin necesidad de un análisis de fondo, la norma cuestionada sea, según principios jurídicos básicos, inaplicable al caso, cabrá reconocer que no se cumple el requisito procesal que se considera (STC 83/1984, de 24 de julio, fundamento jurídico 1.º).

Tampoco la duda de constitucionalidad es irrelevante para la adopción del fallo. No lo es, en primer lugar, por la circunstancia de que la aplicación del precepto cuestionado dependa de la previa convicción a la que haya de llegar el juzgador sobre la responsabilidad penal de los acusados, pues, siendo el art. 91 del Código Penal, según el órgano judicial lo entiende, una disposición reguladora del contenido del fallo, y no calificadora de los supuestos enjuiciados en un proceso, no cabe requerir del Juez que, prejuzgando o anticipando su fallo, exponga en el Auto mediante el que eleva la cuestión su final convicción sobre la responsabilidad de los acusados en el procedimiento criminal. Para apreciar ahora la relevancia de la cuestión basta, en cuanto a este extremo, con que la duda de constitucionalidad afecte, como efectivamente así es, a uno de los pronunciamientos —absolutorio o de condena— que deberán aquí dictarse, interesando el órgano judicial el enjuiciamiento constitucional de una regla legal a la que se habría de sujetar su fallo, si fuera éste de condena.

Es cierto, por último, lo que observa el Letrado del Estado acerca de la no inmediata efectividad de la responsabilidad personal subsidiaria en el caso de que ésta se determine en la Sentencia, pero no cabe derivar de ello la consecuencia de que, en el estadio en el que el procedimiento penal se halla, la norma penal no sea, en rigor, aún «aplicable» o la de que la duda sobre su constitucionalidad no afecte decisivamente al fallo. Se produce la aplicación de la norma desde el momento mismo en que el juzgador la lleva a su resolución, por más que la Sentencia pueda resultar, en alguna de sus determinaciones, no inmediatamente ejecutable, por depender algún punto del fallo de la verificación de una determinada condición. Por lo demás, el que sólo cuando tal condición se realice —el impago de la multa— se pueda llegar a producir ya la responsabilidad personal subsidiaria que contempla el art. 91 del Código Penal, no es circunstancia que prive de relevancia a la duda de constitucionalidad planteada, pues este proceso constitucional se ordena a la depuración objetiva del ordenamiento y no, de modo directo, a la preservación de los derechos o de las garantías individuales que la Constitución establece (STC 25/1984, de 23 de febrero, fundamento jurídico 2.º), de tal forma que la viabilidad de la cuestión no puede hacerse depender de que el derecho o la garantía constitucional que se dicen afectados por la norma cuestionada resulten efectivamente constrictos o limitados por la resolución judicial que se hubiera de dictar.

2. Como en los antecedentes de esta Sentencia se ha expuesto, la cuestión de inconstitucionalidad que se decide gira en torno al art. 91 del Código Penal, tras la redacción que ha recibido en la Ley Orgánica 8/1983, por lo cual no es impertinente realizar aquí algún análisis interpretativo del mencionado precepto legal. El párrafo 1.º del art. 91 del Código Penal dispone que «si el condenado, una vez hecha excusión de sus bienes, no satisficiera la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal y subsidiaria, que el tribunal establecerá según su prudente arbitrio, sin que en ningún caso pueda exceder de seis meses cuando se hubiese procedido por razón de delito, ni de quince días cuando hubiese sido por falta». La interpretación de esta norma, además de tratar de situar el precepto en su contexto, debe tratar de dilucidar algunos de los elementos que componen la norma.

a) Nada dice el precepto controvertido en orden a la identificación de la «responsabilidad personal y subsidiaria», cuya adopción encomienda al prudente arbitrio del tribunal para el caso de que no se satisficiera la multa. La mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia y una práctica consuetudinaria de juzgados y tribunales han propendido a entender que se trata de un arresto, que debe ser cumplido en el correspondiente establecimiento penitenciario. Sin embargo, la amplitud y la extensión de esa doctrina y jurisprudencia, adoptadas o establecidas en momentos anteriores a la vigencia de la Constitución, no pueden significar que sea la que hoy deba aceptarse como la más conforme con nuestra Norma suprema. Ante todo, ha de señalarse que la idea de una «responsabilidad personal y subsidiaria» fue introducida en el Código Penal de 1932 con el fin de sustituir, e indudablemente suavizar, la norma del art. 50 del Código Penal de 1870, cuya referencia a la prisión era inequívoca. Ha de señalarse también que después del Código de 1932 y del de 1944, que mantuvo ya idéntica redacción, no faltaron voces autorizadas, aunque minoritarias, que entendieron que la configuración de la modalidad de esta responsabilidad debe fijarla el tribunal, tal como el artículo establece, lo que significa, obviamente, la posibilidad de elegir fórmulas de restricción de la libertad, que encajen mejor con el sentido general del

precepto y con una interpretación del mismo favorecedora de las menores restricciones de la libertad individual, lo que sucede, muy en particular, con el arresto domiciliario.

No constituye obstáculo para esta conclusión la disposición que contiene el art. 93 del mismo Código Penal, pues, si bien a primera vista, al señalar las condiciones para la suspensión del cumplimiento de la pena, parece asimilar la responsabilidad personal y subsidiaria por falta de pago en caso de multa a una privación de libertad, lo cierto es que tal conclusión no es en modo alguno necesaria, porque el precepto está referido únicamente a aquellos casos en que, por decisión del tribunal, la responsabilidad subsidiaria se haya configurado como efectiva privación de libertad.

b) La segunda característica que es menester destacar de la regulación legal de la responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago de la multa en el ordenamiento penal vigente es el número de paliativos y de suavizaciones de que aparece rodeada. Así, el art. 91 le señala un plazo máximo de duración: seis meses cuando se hubiese procedido por razón de delito y quince días cuando hubiese sido por falta. Además, se permite, según el art. 93 antes citado, la suspensión condicional de la condena. Por último, el párrafo segundo del art. 90 autoriza que el tribunal disponga el pago de la suma en plazos, dejándole en completa libertad respecto del número de plazos, el tiempo de duración y el importe de cada uno de ellos, de forma que, en todo caso, pueda realizarse del modo que se acomode mejor a las posibilidades reales del condenado a la pena de multa cualesquiera que aquéllas fuesen.

Es verdad que todos estos paliativos o suavizaciones, según la letra del Código Penal, se dejan al prudente arbitrio del Tribunal, pero es igualmente cierto, como también hemos dejado dicho, que nada obliga a entender que tal facultad sea enteramente discrecional. Antes bien, la decisión del tribunal ha de adoptarse conforme a la interpretación del sentido global del ordenamiento jurídico y de acuerdo con una interpretación conforme a la Constitución, dentro de la cual, como también hemos recordado, rige un principio de favor de la libertad individual y de la menor restricción de ella.

c) No puede omitirse alguna referencia a la notoria polémica suscitada entre los penalistas sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad personal subsidiaria de que habla el art. 91 del Código Penal. Un importante sector doctrinal la considera como pena, y como pena de arresto, de suerte que la norma del citado precepto vendría a producir, o a permitir, una transformación o conversión de una pena inicial en otra de contornos y características similares. Sin embargo, seguramente con mejores argumentos, se ha sostenido que la previsión del art. 91 del Código Penal no es propiamente una pena por no hallarse incluida en la escala del art. 27 del Código y que, en consecuencia, no puede participar de la naturaleza jurídica de la pena y de los fines de corrección y readaptación por ésta perseguidos, recordándose alguna línea jurisprudencial del Tribunal Supremo (p. ej., Sentencia de 21 de junio de 1955) que determina que se trata de una modalidad elegida por la ley para que en casos de inexecución la pena efectivamente impuesta se cumpla.

d) Ha de señalarse, por último, que la idea de la excusión de bienes en el art. 91 del Código Penal («una vez hecha excusión de sus bienes»), que a primera vista puede considerarse introductoria de un factor de diferenciación, aparece por primera vez, en la Ley Orgánica 8/1983, con el fin de impedir la opción o alternativa de pagar la multa o sufrir el arresto, como algo dejado a la libertad del condenado, que la doctrina admitía en las redacciones anteriores del Código Penal. La exigencia de una excusión de los bienes trata, según los comentaristas más autorizados, de poner fin al carácter opcional y obligar, dentro de lo posible, a que la pena se cumpla según su propio tenor. Y, efectivamente, cualquiera que sea el rigor técnico del concepto utilizado, que no tiene por qué ser examinado aquí, a la idea de excusión de los bienes no puede atribuírsele otro sentido, siendo hoy en día muy escasas las opiniones doctrinales que sostienen que, pese a la reforma, continúa existiendo en favor del penado la citada alternativa u opción.

Desbrozado del modo que indicado queda el camino para una mejor inteligencia del precepto contenido en el art. 91 del Código Penal, puede examinarse ya, pormenorizadamente, las razones que respecto de su inconstitucionalidad se ofrecen en la cuestión que propone el Juzgado de Instrucción núm. 9 de esta capital.

3. La constitucionalidad del art. 91 del Código Penal ha sido cuestionada por el Juzgado de Instrucción núm. 9 de Madrid en razón de la posible contradicción de dicha disposición legal con el principio constitucional de igualdad (art. 14) y con los principios de culpabilidad y de proporcionalidad de la pena, implícitos —se dice en el Auto de remisión— en las exigencias de la justicia como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 de la Constitución), afirmando también el órgano judicial que el precepto cuestionado «parece subvertir» —al «pariguar» como fungibles libertad y patrimonio— la «escala de valores» resultante de las diversas posiciones de los arts. 17 y 33 de la Constitución y que, en fin, la disposición penal

cuestionada contraviene lo establecido en el art. 9.2 de la Norma fundamental «al hacer recaer los efectos desocializadores de la privación de libertad sobre los estratos más desfavorecidos de la sociedad». Para el Ministerio Fiscal, según también se indicó, esta duda de constitucionalidad está sólidamente fundada en lo que se refiere a la contracción del art. 91 del Código Penal con los arts. 14 y 17.1 de la Constitución, interesándose, por ello, la estimación de la cuestión. Por último —y mediante los alegatos que han sido, asimismo, resumidos antes—, el Letrado del Estado solicita la desestimación de la cuestión, por no considerar contrarias a los preceptos constitucionales que en ellas se dicen infringidos las normas contenidas en la disposición legal cuestionada. Queda así definido, a partir de la cuestión promovida y de la contradicción por ella suscitada, el objeto de este proceso constitucional.

Procederemos para ello, de modo sucesivo, al contraste entre el art. 91 del Código Penal y las disposiciones constitucionales que dan fundamento principal al Auto en el que la cuestión se suscita (arts. 17.1, 14 y 9.2) y examinaremos también, al hilo de la consideración de estas posibles causas de inconstitucionalidad, la supuesta contradicción por la disposición de Ley a enjuiciar de los principios de culpabilidad y de proporcionalidad en la fijación legal de las penas, principios asimismo establecidos o garantizados —se dice en el Auto de remisión— por la Norma fundamental.

4. La responsabilidad personal subsidiaria que se prevé en el art. 91 del Código Penal ha sido ordenada por el legislador, mediante la ya citada Ley Orgánica 8/1983, para su aplicación, cuando se den las circunstancias de impago de la multa a que el mismo precepto se refiere, a quien haya sido condenado por la comisión de un ilícito penal (delito o falta) que tenga legalmente atribuida aquella pena de carácter patrimonial. Por las garantías que rodean la aplicación de la medida en cuestión —su previsión en Ley Orgánica y su adopción sólo al término del debido proceso judicial, llamado en este caso a la depuración de una responsabilidad criminal—, no puede decirse que el precepto examinado conculque la norma constitucional que declara el derecho de todos a la libertad, pues en su art. 17.1 la Constitución ha concretado tal garantía, en lo que ahora importa, imponiendo que la privación o restricción de la libertad no se lleva a cabo sino «en los casos y en la forma previstos en la Ley»; y entre las hipótesis que justifican constitucionalmente la privación o restricción *pro tempore* de la libertad se halla la de haber sido el individuo «penado legalmente en virtud de Sentencia dictada por un Tribunal competente» [apartado 1. a) del art. 5.º del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950]. No otra cosa ha venido recordando este Tribunal al interpretar, en procesos anteriores, las garantías del derecho a la libertad personal (por todas las resoluciones en este sentido, y con expresa referencia al carácter de ley orgánica con el que ha de ser adoptada la disposición que así prevea una supresión del derecho. STC 140/1986, de 11 de noviembre, fundamentos jurídicos 4.º y 6.º).

Las consideraciones anteriores no llevan sólo a descartar que la disposición cuestionada contrarie, de modo directo, lo dispuesto en el art. 17 de la Constitución. Conducen también a excluir, con igual claridad, otro hipotético vicio de inconstitucionalidad asimismo apuntado por el órgano judicial proponente de la cuestión y cifrado por él en la supuesta contradicción entre el enunciado del art. 91 y el principio de «culpabilidad», que se dice implícitamente consagrado por la Constitución al elevarse en ella la justicia a la condición de valor superior del ordenamiento (art. 1.1). No es necesario ahora entrar a determinar en qué medida el principio *nullum crimen sine culpa* puede ser deducido de los dictados constitucionales, ni cuál fuera, en tal caso, su basamento normativo propio (al respecto, STC 65/1986, de 22 de mayo, fundamento jurídico 3.º), pues basta con apreciar, para resolver sobre este fundamento de la cuestión, que la privación subsidiaria de libertad contemplada en el art. 91 del Código Penal no está llamada a recaer sobre una persona al margen y con independencia de toda estimación sobre su culpabilidad, sino, según antes advertimos, en tanto que medida sustitutoria de una pena —inejecutable— asignada, al término del debido proceso judicial, a quien ha sido precisamente considerado culpable por la realización de la acción típica y antijurídica sancionada por la Ley penal. La insolvencia determinante de la inexecutabilidad de la pena patrimonial no es el fundamento de la posible aplicación de la medida subsidiaria que se considera. La finalidad de la sustitución es la de procurar que no quede sin sanción, en esta hipótesis, una determinada transgresión del ordenamiento penal. Como observa el Letrado del Estado, aquel fundamento para la aplicación de la medida no se puede considerar distinto del que llevó a la condena misma del acusado en el procedimiento criminal, de tal forma que el dolo o la culpa que en ese proceso fueron apreciados por el juzgador no son en modo alguno disociables de las consecuencias sancionadoras ligadas por la Ley, principal o subsidiariamente, a la condena en tal culpabilidad motivada.

5. En el Auto mediante el que la cuestión se promueve, se indica, de otra parte, que el precepto de Ley que examinamos podría haber incurrido en inconstitucionalidad «al parigular, como fungibles, libertad y patrimonio», lo que —se añade— «parece subvertir la escala de valores resultantes de las posiciones de los arts. 17 y 33 de la Constitución». Tampoco este argumento, compartido en lo sustancial por el Ministerio Fiscal, puede ser aquí aceptado con las consecuencias que a él se quieren ligar, esto es, para concluir en la ilegitimidad constitucional del precepto de Ley cuestionado.

No es discutible que en nuestra Constitución la libertad se encuentra erigida, en el art. 1, como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, entendida no sólo en su dimensión política, sino en su más amplia y comprensiva dimensión de libertad personal. Precisamente por ello, en el fundamento jurídico segundo de esta Sentencia hemos insistido en la necesidad de llevar a cabo una interpretación de las normas legales favorecedora de tal valor superior. Es cierto, asimismo, que la propiedad y, en general, el patrimonio, contemplados por el art. 33 de la Constitución, se encuentran en un plano distinto. Sin embargo del reconocimiento de tales datos constitucionales no se sigue inequívocamente, en modo alguno, la pretendida inconstitucionalidad del art. 91 del Código Penal.

En su art. 91 no ha buscado el Código Penal establecer una equivalencia entre patrimonio y libertad, sino, según, venimos indicando, hacer frente a un supuesto de inexecutabilidad de la pena principal atribuida por la Ley al responsable de un determinado ilícito. La responsabilidad personal a la que subsidiariamente quepa en su virtud llegar podrá considerarse de gravedad desproporcionada, atendido el bien jurídico ofendido por el ilícito. Tal posible conclusión podrá fundamentar el consiguiente reproche, a través de las vías de recurso, frente a la resolución judicial que haya dispuesto la conversión de la pena de multa, pero no puede articularse como tacha de inconstitucionalidad, frente al precepto que establece la sustitución misma y que deja a la decisión judicial, con los límites señalados, la determinación concreta de la medida así genéricamente prevista. La sola previsión en la ley penal de una responsabilidad personal como subsidiaria de la pena de multa inexecutable no entraña, en suma, conculcación del derecho fundamental de libertad personal, ni, en contra de lo que en la cuestión se viene a dar a entender, menosprecio de tal derecho, al hacerle objeto de la sanción que no pudo alcanzar al patrimonio del condenado. Como en los supuestos en los que la misma ley penal establece alternativamente, para un mismo ilícito, penas patrimoniales o de privación de libertad (arts. 279 bis, 320, 333 bis o 349 bis.b, entre otros), la norma no pretende establecer equivalencias abstractas entre los bienes objeto de la condena, sino atender a exigencias de política criminal, inobjetable en sí mismas, consistentes ya en la más correcta individualización judicial de la pena, ya, como en el presente caso, en la predisposición de una sanción sustitutiva de la que, impuesta con carácter principal, resultó de ejecución imposible.

A la misma conclusión negadora de la inconstitucionalidad *ab initio* de la medida enjuiciada se ha de llegar si se considera lo dispuesto por la propia Constitución en su art. 25.3, precepto en el que se previene que «la Administración Civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad». Es cierto que el argumento a contrario que de lo dispuesto en el art. 25.3 se puede hacer derivar, no ha de resultar en este proceso concluyente, pues en dicha disposición no se ha pronunciado tanto la Constitución, de modo implícito, sobre el concreto expediente que es, en los procedimientos sancionadores, la conversión en privación de libertad de la multa impagada cuanto sobre la privación misma de libertad por la Administración Civil, medida que, en cualquiera de sus formas concebibles, se ha querido excluir por la Norma fundamental. No cabe desconocer, sin embargo, que lo que el precepto citado hace evidente es que el constituyente consideró el llamado por la doctrina «arresto sustitutorio», existente en el ordenamiento preconstitucional, y que sólo decidió excluirlo en el caso contemplado en esa disposición, para reforzar así la prohibición —sin más excepción que la implícitamente alusiva a la Administración Militar— de que la libertad pudiera resultar afectada por una sanción dictada al margen del procedimiento judicial y sin la plenitud de garantías, por lo tanto, que impone el art. 24 de la misma Constitución. Por ello, aunque lo dispuesto en el art. 25.3 no permita resolver, sin ulteriores contrastes con otras normas constitucionales, la duda planteada por el juzgado «a quo», se debe ahora destacar que la conversión en privación de libertad de la pena de multa, contemplada y prohibida para un supuesto concreto por la Constitución, no ha sido excluida como tal, de modo genérico, por las normas constitucionales que ordenan, en este art. 25, los límites del Derecho sancionador.

6. En criterio del órgano judicial que suscita la cuestión el artículo 91 del Código Penal contradice lo dispuesto en el art. 14 de la Constitución, deparando la discriminación allí proscrita, porque en el precepto cuestionado se establece «un tratamiento punitivo

específico para los condenados insolventes, basado exclusivamente en esta condición económica», de tal modo que la disposición de Ley «dada la generalidad de su tenor literal», se dice— permite hacer recaer la privación subsidiaria de libertad que prevé «incluso si la insolvencia proviene de causa no imputable al reo». Se liga a este reproche—como también se observó en los Antecedentes— el de que la misma regla legal cuestionada se habría adoptado ignorando el principio de proporcionalidad en el establecimiento de las penas.

La norma que en el art. 14 de la Constitución establece la igualdad de todos los españoles ante la ley, además de impedir las discriminaciones típicas allí previstas, pesa también, como tantas veces hemos dicho, sobre el legislador, pues éste, en virtud de tal principio constitucional, no puede introducir entre los ciudadanos diferenciaciones carentes de todo fundamento razonable, esto es, no orientadas a la obtención de un fin constitucionalmente lícito o no articuladas, en tanto que reglas diferenciadoras, en torno a rasgos o elementos que resulten pertinentes, como tales criterios para la diferenciación normativa, en atención al fin así reconocible en la Ley. La consideración de esta tan reiterada doctrina para la resolución de la actual duda de constitucionalidad lleva, sin embargo, a una primera advertencia, que impone la rectificación del planteamiento que sobre este extremo en la cuestión se hace: la previsión en el art. 91 del Código Penal de una medida específica afectante al condenado que careciera de bienes para pagar la multa no entraña, en el sentido del art. 14 de la Constitución, «diferenciación» normativa alguna entre tal condenado insolvente y aquel otro que, por no serlo, se situaría ya, satisfaciendo la multa, al margen del ámbito de aplicación de la norma cuestionada.

Esta disposición legal, en efecto, no puede ser entendida sino como una regla adicional o complementaria respecto de todas y cada una de las que, a lo largo del articulado del Código sancionador, prevén una penalidad de multa para el supuesto de la comisión de determinado ilícito y su sentido no es otro que el de ordenar una previsión específica—no «diferenciadora»— para la hipótesis en la cual la regla general (impositiva de la pena de multa) se resintiese de una aplicación inevitablemente diversa al proyectarse el mandato abstracto de la norma sancionadora sobre realidades fácticas distintas. Ninguna diferenciación es, pues, imputable a la acción del legislador que adoptó este precepto, pues, sea cual sea el criterio que se sostenga sobre el tipo de respuesta normativa dada a la hipótesis del impago de la multa, la previsión específica de tal eventualidad y de los efectos que habrían de reconocerse a la inejecutabilidad de la pena patrimonial era, sin duda, obligada. Diferentes, así, los igualmente sujetos a la pena de multa en razón de su diversa capacidad para sufrirla efectivamente, no es posible establecer el parangón que da lugar al juicio de igualdad entre unos y otros—entre los solventes y quienes no lo sean—, ni considerar a la luz de lo dispuesto en el art. 14 de la Constitución, por lo mismo, la validez de una norma legal que, en lo que ahora importa, se ha limitado a disponer una previsión específica para hacer frente a un supuesto en el que habría de quebrar, por causa de las diferencias patrimoniales entre los igualmente sujetos a la ley penal, la generalidad del mandato sancionador.

Tampoco cabe reprochar discriminación alguna al precepto cuestionado por el hecho de que en el mismo se prevea indiferenciadamente una responsabilidad personal subsidiaria para todos los condenados insolventes, tratando por igual—en esto parece consistir la tacha que a la Ley se opone— tanto a quien se colocó voluntaria o maliciosamente en situación de insolvencia como a aquel a quien no le sería imputable la incapacidad patrimonial para satisfacer la multa. Cabe recordar al respecto, como primera consideración, que la regla constitucional que establece la igualdad de todos los españoles ante la ley no puede ser invocada como fundamento de un reproche que así habría que llamar de «discriminación por indiferenciación» (STC 86/1985, de 10 de julio, fundamento jurídico 3), pues semejante planteamiento resulta en principio ajeno al ámbito de la regla enunciada en el art. 14 de la Constitución. Ciertamente es que cuando la norma controvertida sea, como en el presente caso, una regla especial que excepcione el ámbito de aplicación de otra disposición de más general alcance podría aducirse que la especialidad normativa misma se ha proyectado indebidamente en la ley sobre una categoría personal que, atendido el fin de la norma introductora del trato peculiar, no sería merecedora de semejante especialidad, hipótesis ésta en la que la disposición enjuiciada podría ser considerada contraria al principio de igualdad por sustraer a algunos, sin razón suficiente, del ámbito de aplicación de una regla más general. Bien se ve, sin embargo, que no es éste el caso. En primer lugar porque, como es obvio, el insolvente a su pesar nunca podría quedar sujeto a la norma aquí más general—la impositiva de la condena pecuniaria—en la hipótesis de que la previsión del art. 91 se ciñera a quienes han provocado su insolvencia para eludir la satisfacción de la multa. Pero además, y sobre todo, porque no es la finalidad perseguida por la disposición cuestionada la de «sancionar» una conducta intencionadamente elusiva de la condena penal que sería

un ilícito de naturaleza distinta, sino, como antes dijimos, la de regular un supuesto de inejecutabilidad de la pena de multa, imponiendo la Ley la previa exclusión de los bienes del condenado, para evitar así el recurso no justificado a la responsabilidad personal subsidiaria, y previendo la posibilidad de la remisión condicional de esta última (art. 93.2), hipótesis ésta manifiestamente incompatible con la identificación en la Ley de una finalidad sancionadora del condenado que hubiera buscado, provocando su insolvencia, defraudar el mandato de la Sentencia de condena. Así, y sin perjuicio de que pueda la Ley considerar como nuevo ilícito la provocación artificiosa de la insolvencia, no cabe sostener que el criterio adoptado por el art. 91 para delimitar aquellos sobre quienes habrá de recaer la responsabilidad personal subsidiaria sea inconsecuente con el fin procurado por la norma ni reconocer, por ello, que la norma sea, tampoco desde esta perspectiva, contraria al mandato presente en el art. 14 de la Constitución.

7. Se afirma también en el Auto mediante el que la cuestión se ha promovido que lo dispuesto en el art. 91 puede resultar contrario al principio de proporcionalidad de la pena, apuntando el juzgador, en tal sentido, que el supuesto contemplado en la norma—el impago de la multa por insolvencia del condenado— puede recibir respuestas que se conciben como menos gravosas o aflictivas que la privación de libertad y citando, para ilustrar su duda de constitucionalidad, la Sentencia núm. 131, de 16 de noviembre de 1969, mediante la que la Corte Constitucional italiana consideró contrario a la Constitución de 1947 lo dispuesto en el art. 136 del Código Penal, precepto que establecía la conversión de la multa en pena privativa de libertad (hasta un máximo de dos o tres años, según los casos) cuando su pago se debiera a la insolvencia del condenado.

Aunque por muy evidentes razones la mera comparación legislativa no puede servir para fundamentar aquí nuestro juicio, sí conviene advertir, para mejor entender esta última referencia a un ordenamiento extranjero, que el llamado «arresto sustitutorio» por impago de multa es expediente legal que, con unas formulaciones u otras, aparece recogido en otros ordenamientos inspirados en principios constitucionales que pueden decirse próximos, en cuanto a este punto, a los nuestros (así, como ejemplo, art. 43 del Código Penal y arts. 459.e y 459.f de la Ordenanza Procesal Penal de la República Federal de Alemania; art. 19 del Código Penal austriaco y art. 49 del Código Penal suizo). Y tampoco sobraría reseñar, en el mismo orden de consideraciones, que el sistema legal en este punto previsto en el ordenamiento de la República Italiana—finalmente invalidado por la Sentencia antes citada— difería del nuestro actual, como bien observa el Letrado del Estado, al menos en dos aspectos de trascendente importancia: duración máxima del «arresto» (de seis meses en nuestro Código y de hasta tres años en aquel Derecho) y posibilidad de que el pago de la multa pudiera ser objeto de fraccionamiento, atendiendo así a las circunstancias económicas del condenado (posibilidad dejada en nuestro Derecho—art. 90— al arbitrio judicial y supeditada, en el italiano, a la decisión de una autoridad administrativa). Con estas aclaraciones previas es necesario entrar ya a considerar el fundamento que, en cuanto a este extremo, pueda mostrar la cuestión de constitucionalidad.

El criterio de proporcionalidad que aquí podría, en hipótesis, considerarse infringido por la disposición cuestionada no habría de ser, en todo caso, el que, con fundamento en el art. 14 de la Constitución, pesa sobre las disposiciones y actos diferenciadores (por todas, Sentencia 75/1983, de 3 de agosto, fundamento jurídico 2), pues ya hemos dicho que no merece tal calificación, a la luz del principio constitucional de igualdad, la norma contenida en el art. 91 del Código Penal, norma que, cualesquiera que fuesen las determinaciones que pudiera encerrar, habría de contemplar siempre el supuesto específico de la multa impagada por insolvencia. Tampoco podríamos ahora apreciar, de otra parte, si la responsabilidad personal que se considera resulta o no proporcionada a la lesión operada por el ilícito, en cada caso, sobre el bien penalmente protegido, pues la condición misma del art. 91—que no es norma tipificadora de ilícito alguno, sino complementaria de las que tienen tal carácter— hace impracticable tal indagación, sobre cuya posibilidad, de principio, algo dijimos en la ya citada Sentencia 65/1986 (fundamento jurídico 3).

8. En la STC 66/1985, de 23 de mayo, dijimos (fundamento jurídico 1.º) que «la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo sólo puede dar lugar a un enjuiciamiento por este Tribunal cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de derechos que la Constitución garantiza» y en virtud de tal criterio, por ejemplo, hubimos de declarar en la STC 178/1985, de 19 de diciembre, que la norma establecedora de la privación de libertad entonces enjuiciada—tendente a asegurar la disponibilidad del quebrado a lo largo del proceso de quiebra— era, en la medida en que llevara a imponer un arresto carcelario, desproporcionada respecto de tal finalidad, pues el aseguramiento del así sujeto al procedimiento

quedaba igualmente logrado y con daño menor para su libertad mediante un arresto domiciliario.

En el presente caso, sin embargo, no estamos enjuiciando la previsión normativa de una medida que se oriente como tal a un fin singular respecto del cual pudiera medirse, a través de un criterio de adecuación, la proporcionalidad de la medida misma. Estamos considerando la constitucionalidad de una responsabilidad personal dispuesta por la ley penal, que tiene, por tanto, su fundamento material en la reacción prevista por el ordenamiento frente a su contravención, sin perjuicio de que la medida en cuestión venga a sustituir, con un común fundamento sancionador, a la pena de multa inenajenable, procurando así la Ley —y éste es, desde luego, un fin constitucionalmente inobjetable— que no queden sin sanción delitos o faltas por la circunstancia de que la pena establecida pueda resultar inefectiva sobre algunos de los responsables del ilícito. Es cierto que frente a los casos de insolvencia pueden concebirse respuestas normativas distintas a la que hoy recoge el art. 91 del Código Penal, aunque también lo es que tales hipotéticas alternativas legales —de no aceptarse la pura y simple exención de toda sanción— han de incidir, de un modo u otro, sobre la persona. En todo caso, este Tribunal no ha de hacer las veces de legislador ni puede, específicamente, considerar arbitrarias las determinaciones de éste cuando las mismas, no expresamente prohibidas por la Constitución, tienen su fundamento, como en el presente caso ocurre, en la previa apreciación de la responsabilidad criminal de quien quebrantó la ley penal, sin que —como se dijo— sea aquí posible, por las propias características de la norma enjuiciada, ponderar la proporción entre la medida legalmente prevista y el daño inferido en el bien penalmente tutelado. Fundamentada de este modo la privación de libertad, que no es instrumento para la consecución de ninguna finalidad exterior a la norma, el juicio de proporcionalidad que se nos plantea se ha de detener aquí, sin que nos sea posible, como ya dijimos en la STC 180/1985, de 19 de diciembre (fundamento jurídico 2.º) proceder a ulteriores indagaciones sobre la corrección de la opción concreta incorporada a la norma ni, por lo mismo, hacer declaración alguna en orden a hipotéticas formulaciones del precepto distintas de la actual y que, expresando una decisión igualmente legítima, acaso mitigasen o matizasen —cabe añadir ahora— la gravedad de la responsabilidad personal cuya validez se cuestiona.

En suma, la norma enjuiciada no puede considerarse inconstitucional por desproporcionada, rodeada, como está, del conjunto de paliativos y de suavizaciones 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, decisión, que, como hemos dicho, no pertenece a su libre discreción, sino que debe ser adoptada en virtud de una ponderada interpretación del conjunto del ordenamiento y de los valores defendidos por la Constitución. Podrá existir, si acaso, desproporción en algunas de las aplicaciones concretas que de la norma se hagan, a las que pueda tildarse de inconstitucionales. Mas la eventualidad de tales aplicaciones no empaña el juicio que la norma, en sí misma considerada, merece. Si eventualmente en algún caso de desproporcionada aplicación la inconstitucionalidad se produjera, están abiertas las vías de corrección y de rectificación a través de los recursos ordinarios en la vía judicial a través del recurso de casación, por no tratarse de actividad discrecional, sino reglada, y, finalmente, a través del recurso de amparo constitucional ante este Tribunal en la medida en que se hayan violado los derechos fundamentales y las libertades públicas que a este Tribunal toca proteger.

9. Tras afirmar el órgano judicial que suscita la cuestión que «una pena de estas características sólo puede estar encaminada a desempeñar una función expiativa», ya que «por su duración es inidónea para cumplir los fines de reeducación y reinserción social que señala a las privativas de libertad el art. 25.2 de nuestra Constitución», se concluye apuntando que el art. 91 del Código Penal «al hacer recaer los efectos desocializadores de la privación de libertad sobre los estratos más desfavorecidos de la sociedad podría contravenir los principios de organización social» que se dicen contenidos en el art. 9.2 de la misma Constitución. Se exponen así, a partir de la interpretación conjunta de lo dispuesto en los arts. 25.2 y 9.2 de la Constitución, dos nuevos fundamentos de la presente duda de constitucionalidad.

El primer argumento, concluyente en el aserto de que la medida a que puede dar lugar la aplicación del precepto cuestionado contradiría el enunciado inicial del art. 25.2 de la Constitución, no puede ser aceptado por este Tribunal. Dispone allí la norma fundamental, en efecto, que «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social», pero de esta declaración constitucional no se sigue ni el que tales fines reeducadores y resocializadores sean los únicos objetivos admisibles de la privación penal de la libertad ni, por lo mismo, el que se haya de considerar contraria a la Constitución «la aplicación de una pena que pudiera no responder

exclusivamente a dicho punto de vista» (Auto de la Sala Primera, de 19 de noviembre de 1986, Asunto 780/86). Puede aceptarse de principio que las penas cortas privativas de libertad —y las medidas a ellas asimiladas por la ley, como ésta que consideramos— se prestan con dificultad mayor a la consecución de los fines aquí designados por la Constitución, pero, con independencia de que la posible frustración de tal finalidad habría de apreciarse atendiendo tanto a la duración de cada medida concreta como a su modo de cumplimiento, esta sola posibilidad no puede llevar a la invalidación del enunciado legal. La reeducación y la resocialización —que no descartan, como hemos dicho, otros fines válidos de la norma punitiva— han de orientar el modo de cumplimiento de las privaciones penales de libertad en la medida en que éstas se presten, principalmente por su duración, a la consecución de aquellos objetivos, pues el mandato presente en el enunciado inicial de este art. 25.2 tiene como destinatarios primeros al legislador penitenciario y a la Administración por él creada, según se desprende de una interpretación lógica y sistemática de la regla, y sin perjuicio de que la misma pueda resultar trascendente a otros efectos, de innecesaria consideración ahora. No cabe, pues, en su virtud, descartar, sin más, como inconstitucionales todas cuantas medidas privativas de libertad —tengan o no el carácter de «pena»— puedan parecer inadecuadas, por su relativamente corta duración, para cumplir los fines allí impuestos a la Ley y a la Administración penitenciarias.

10. Se ha promovido también la cuestión, como se dijo, por entender que el art. 91 del Código Penal, al permitir que recaiga sobre el carente de recursos la medida en él prevista, habría contradicho lo dispuesto en el art. 9.2 de la Constitución, de acuerdo con el cual «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

Son necesarias algunas precisiones para situar correctamente esta específica tacha de inconstitucionalidad. Conviene recordar, en primer lugar, lo ya antes dicho en orden al sentido propio de este artículo 91, que no es —como en otra fundamentación de la cuestión se le reprochaba— el de pretender sentar una equivalencia entre libertad y patrimonio, sino el de hacer frente a un supuesto de inenajenabilidad de la pena pecuniaria mediante su sustitución por una medida de coerción sobre la persona del condenado. Esta previsión específica del legislador penal, según asimismo advertimos, resulta, con unos u otros contenidos dispositivos, difícilmente obvia en términos de *lege ferenda*, pues es consustancial a la pena de multa una potencial disparidad de sus efectos, al recaer la misma sobre situaciones patrimoniales diversas. Esta misma certidumbre, en fin, sobre la diferente posición de los condenados ante la pena patrimonial ha llevado en nuestro ordenamiento penal —como en aquellos otros que no son más próximos— a la adopción de una serie de previsiones que, tendentes a adecuar la pena de multa a la economía del condenado, o a flexibilizar su ejecución, pueden servir también, según lo estime el prudente arbitrio judicial, para evitar el resultado privativo de libertad que la norma subsidiariamente dispone: la aplicación de la multa habrá de atender, entre otras circunstancias, al caudal o facultades del culpable (art. 63 del Código Penal) y su pago podrá diferirse dentro de los quince días siguientes a la condena o fraccionarse, para su satisfacción en plazos, teniendo de nuevo en cuenta «la situación del reo» (art. 90). Incluso cuando la conversión de la pena resulte inevitable no impone la Ley, sino unos límites máximos de duración de la responsabilidad personal subsidiaria (de seis meses o quince días, por delito o falta), de forma que también aquí se ha querido apoderar ampliamente al órgano judicial para dar una respuesta adecuada a cada peculiar caso, abriéndose, por último, la posibilidad de que esta medida sustitutiva de la multa impagada sea objeto de remisión condicional (art. 93.2). Este conjunto de previsiones normativas no puede dejar de ser tenido en cuenta para apreciar que, situado en su sistema legal propio, el art. 91 del Código Penal no impide al juzgador atender, al dictar la condena de multa y al disponer sobre su ejecución, a las específicas condiciones económicas de quien haya, como culpable, de sufrirla, advertencia ésta que no es irrelevante, para juzgar de la acomodación del precepto a lo prevenido en el art. 9.2 de la Constitución.

Pero aun dictada la medida que aquí se enjuicia como último recurso para asegurar la común sujeción de todos a la ley penal, no cabe compartir la conclusión de que con ello se contraría lo dispuesto en el citado art. 9.2. Puede imponer este precepto, como consideración de principio, la adopción de normas especiales que tiendan a corregir los efectos dispares que, en orden al disfrute de bienes garantizados por la Constitución, se sigan de la aplicación de disposiciones generales en una sociedad cuyas desigualdades radicales han sido negativamente valoradas por la propia norma fundamental y así este Tribunal ha tenido ya ocasión de señalar que

lo proclamado en el repetido art. 9.2 puede exigir un mínimo de desigualdad formal para progresar hacia la consecución de la igualdad sustancial (STC 114/1983, de 6 de diciembre; fundamento jurídico 2.º; en términos análogos, STC 98/1985, de 29 de julio; fundamento jurídico 9.º). Mas el precepto no puede ser invocado para sostener la inconstitucionalidad de las previsiones normativas que, con unos u otros contenidos preceptivos, aseguren, sin quebras singulares, la sanción debida de las normas que definen el *agere licere* en el ordenamiento y que así preserven los bienes objeto de tutela penal. En la norma concreta que aquí consideramos no es extraña consecuencias desfavorables del hecho de la carencia de recursos, lo que entrañaría la más patente perversión de los principios que ordenan nuestro Derecho. La norma busca, estrictamente, mantener, aunque a través de una medida específica, la común sujeción de todos al ordenamiento, modulando, para estos casos, la reacción frente a su contravención que el legislador ha considerado pertinente establecer. No es, en definitiva, el objeto de la disposición cuestionada una circunstancia económica determinada, sino una situación de contravención del ordenamiento, apreciada al término del debido proceso judicial, frente a la que, en ausencia de previsiones legales específicas, carecería de eficacia la norma punitiva de carácter patrimonial. No estamos, pues, ante la inaceptable sanción de la pobreza que se sugiere en el Auto de remisión, sino, según hemos indicado repetidamente, ante la previsión del incumplimiento o inejecución de una pena. Basta con

ello para apreciar que la disposición de Ley no contradice lo dispuesto en el art. 9.2 de la Constitución, sin que nos sea posible, como también antes observamos, extraer consecuencias sobre la validez de la norma del hecho de que el legislador pudiera, acaso, haberla dotado de otro contenido preceptivo.

#### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA

Ha decidido:

Desestimar la presente cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado de Instrucción número 9 de Madrid.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid a dieciséis de febrero de mil novecientos ochenta y ocho.—Firmado: Francisco Tomás y Valiente.—Gloria Begué Cantón.—Ángel Latorre Segura.—Francisco Rubio Llorente.—Luis Díez Picazo y Ponce de León.—Antonio Truyol Serra.—Fernando García-Mon González Regueral.—Carlos de la Vega Benayas.—Eugenio Díaz Eimil.—Miguel Rodríguez-Piñero Bravo Ferrer.—Jesús Leguina Villa.—Luis López Guerra.—Rubricados.

### 5134 Pleno. Recurso de inconstitucionalidad número 29/1984. Sentencia número 20/1988, de 18 de febrero de 1988.

El Pleno del Tribunal Constitucional compuesto por don Francisco Tomás y Valiente, Presidente; doña Gloria Begué Cantón, don Ángel Latorre Segura, don Francisco Rubio Llorente, don Luis Díez-Picazo, don Antonio Truyol Serra, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Eugenio Díaz Eimil, don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, don Jesús Leguina Villa y don Luis López Guerra, Magistrados, ha pronunciado

#### EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En el recurso de inconstitucionalidad núm. 29/1984, interpuesto por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña contra el art. 15, apartado 2, de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico. Ha sido parte el Letrado del Estado y Ponente el Magistrado don Jesús Leguina Villa, quien expresa el parecer del Tribunal.

#### I. ANTECEDENTES

1. El día 13 de enero de 1984 se interpuso recurso de inconstitucionalidad por los Abogados don Ramón M. Llevador Roig y don Manuel M. Vicens Matas, en representación y defensa del Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, contra el art. 15, apartado 2, de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico, que fue publicada en el «Boletín Oficial del Estado» de fecha 15 de octubre de 1983.

Observa la representación actora que la disposición impugnada es reproducción literal del art. 21.2 del Proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico, precepto que fue ya impugnado por esa parte a través del recurso previo de inconstitucionalidad (art. 79 de la Ley Orgánica de este Tribunal) y respecto del cual la STC 76/1983, de 5 de agosto (fundamento jurídico 26), estimó su conformidad a la Constitución. Por entender, no obstante, el órgano que recurre que, con carácter general, el Estado no dispone de la competencia declarada en la citada Sentencia constitucional y considerando, de otra parte, que lo dispuesto en el art. 79.5 de la LOTC hace posible un nuevo enjuiciamiento de la cuestión entonces resuelta, se interpone el presente recurso.

2. La demanda de inconstitucionalidad se funda en las siguientes alegaciones:

A) Como declaró el Tribunal Constitucional en la STC 76/1983, existe una diversidad de previsiones estatutarias sobre las competencias autonómicas relativas a las Corporaciones de Derecho público y a los Colegios Profesionales. De esta diversidad, sin embargo, no cabe derivar que la Ley a la que se refiere el art. 36 de la Constitución haya de ser en todos los casos y para todo el territorio del Estado «una Ley de bases emanada del Poder central». Conviene recordar a estos efectos, que no existe, en la Constitución, un patrón uniforme de reparto de poder y de asunción de

competencias y que los constituyentes situaron en un primer plano el llamado principio dispositivo, en cuya virtud [art. 147.2 d) de la Constitución] son los Estatutos de Autonomía los que han de fijar las competencias que en cada caso se asuman por las distintas Comunidades, en el marco de la misma Constitución, de tal modo que no es contrario a ésta el que los contenidos competenciales de los diferentes Estatutos diverjan en un extremo como el presente. Esta consideración privaría de fundamento a la conclusión antes citada del Tribunal en su STC 76/1983, pues el hecho de que algunos Estatutos hayan asumido la competencia sobre los Colegios Profesionales con sujeción a los criterios básicos fijados por el Estado o conforme a su legislación general no implica que este régimen haya de predicarse respecto de todos los territorios dotados de autonomía, ni puede llevar a desconocer que algunas Comunidades, como la catalana, han asumido la competencia de que se trata con el carácter de exclusiva y sin ningún condicionamiento o limitación, salvo lo dispuesto en los arts. 36 y 139 de la Constitución (art. 9.23 del Estatuto de Autonomía de Cataluña), de tal modo que la reserva de ley presente en citado art. 36 de la Norma fundamental no ha de considerarse en todo caso formulada en favor del Estado.

B) En el art. 36 de la Constitución se contienen dos proposiciones perfectamente definidas que no se hallan conectadas entre sí en una relación de causa a efecto. La primera define a la ley la regulación de las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales. La segunda encierra un principio o un límite que no podrá ser sobrepasado en la normación sobre estas Corporaciones Públicas, cualesquiera que sea el titular de la potestad legislativa, límite que implica el reconocimiento de la posible existencia de un alto grado de diversidad en la normación de los Colegios Profesionales, siendo esta diversidad la razón de ser del establecimiento por la Norma fundamental, en este punto, de unos principios esenciales a los que habrán de sujetarse todos aquellos que ejerzan competencias normativas en la materia. Se sigue de esto que los mecanismos para conseguir el deseado nivel de uniformidad vienen configurados directamente por la Constitución y que, por lo tanto, cualquier condicionamiento ulterior que persiga el mismo objetivo y que no haya sido reflexiva y voluntariamente asumido por los territorios autónomos al acceder al autogobierno será contrario a la Constitución, tanto más así, como en el caso de Cataluña, ese condicionamiento lleva a despojar a la Comunidad Autónoma de unas competencias normativas plenamente asumidas en el marco de la Constitución y sin otros límites que los en ella establecidos.

La tesis expuesta —el que la remisión estatutaria al art. 36 de la Constitución no permite concluir que la ley en este precepto prevista haya de ser necesariamente estatal— puede ser ilustrada, por lo demás, con el ejemplo de lo dispuesto en el art. 34, A, 8 del Estatuto de Canarias, en donde se prevé que esta Comunidad Autónoma ejercerá competencias sobre Colegios Profesionales y sobre el ejercicio de las profesiones tituladas en los términos del apartado 7.º del mismo artículo y sin perjuicio de lo establecido en los arts. 36 y 139 de la Constitución, apartado 7.º, en el que se establece que la competencia sobre las Cámaras de la Propiedad, Cámaras de Comercio, Industria y Navegación se ejercerá en el marco de lo que establezca la legislación básica del Estado, reguladora de las Corporaciones de Derecho público. Se infiere de