

ESTUDIOS

El arresto sustitutorio: Una pena a la pobreza

Jacobo LOPEZ BARJA DE QUIROGA

El art. 91 del Código Penal establece:

«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.»

Este artículo se refiere a una cuestión básica, cual es la de que en caso de insolvencia existe responsabilidad personal, es decir, establece el arresto sustitutorio¹.

Aquí el código resuelve uno de los problemas más arduos y espinosos del derecho penal: el sistema coercitivo establecido para el caso de impago de la multa por insolvencia del penado. Se ha dicho y con razón, que el arresto sustitutorio es una pena a la pobreza y que atenta directamente contra el principio de igualdad. El sistema adoptado por el código resuelve lisa y llanamente el problema: «*qui non luet in aere, luet in corpore*», lo cual supone una solución simplista, ajena totalmente a los principios que deben presidir el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en su sentencia n.º 19/1988 de 16 de febrero² declara constitucional el art. 91 del código penal, rechazando

la **Cuestión de inconstitucionalidad** que al respecto había formulado el Juez de Instrucción n.º 9 de Madrid, Jesús Fernández Entralgo³. La lectura de esta densa y abstracta sentencia, nos revela, a nuestro juicio, algo sumamente importante, a saber, que no existe argumento convincente alguno que ampare el mantenimiento del arresto sustitutorio. La sentencia pese a ser extensa, no explica por qué al insolvente se le reduce a prisión, mientras que al rico se le permite eludirla.

La sentencia basa su argumentación en dos extremos diferentes, que son los siguientes: a) Por una parte, que el art. 91 simplemente trata de «hacer frente a un supuesto de inejecutabilidad de la pena pecuniaria mediante su sustitución por una medida de coerción sobre la persona del condenado» y b) Por otra parte, en la diversidad de paliativos y suavizaciones que acompañan al arresto sustitutorio, para flexibilizar su ejecución, que se concretan según la sentencia en que «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.

¹ Véase sobre el arresto sustitutorio: Boix Reig: «Algunos aspectos de la responsabilidad personal subsidiaria», *Cuadernos de Política Criminal*, 3, 1977; Conde-Pumpido Ferreiro: «Los problemas penitenciarios de la responsabilidad personal por insatisfacción de la pena de multa», *I Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria*, 1988; Ferrer Sama: *Comentarios al Código Penal*, T. II, 1947; Landrove Díaz: *Las consecuencias jurídicas del delito*, 1984; Landrove Díaz: «El arresto sustitutorio» en *Comentarios a la Legislación Penal*, T. V-I, 1985; Manzanares Samaniego: «La pena de multa», *Mancomunidad de Cabildos de Las Palmas*, 1977; Quintano Ripollés: *Comentarios al Código Penal*,

1966; Quintero Olivares: «El arresto sustitutorio», *Cuadernos de Política Criminal*, 2, 1977; del Toro (y otros): *Comentarios al Código Penal*, T. II, 1976.

² Ponente: Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

³ Sobre esta cuestión de inconstitucionalidad puede verse Alonso de Escamilla, Ponencia en *IV Jornadas de Jueces de Vigilancia Penitenciaria*. Bueno Arus: «La constitucionalidad del arresto sustitutorio por impago de una pena de multa», *Poder Judicial* 9/1988; A. González Cuellar, «Consideraciones sobre la reforma del Libro III del Código Penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 3, 1987, p. 609 n.2.

93.2)». Estos dos extremos serán repetidos en diversas ocasiones en la sentencia y constituyen la médula de su argumentación.

Sin embargo, sigue sin explicarse el efecto más importante del arresto sustitutorio, que no es otro que la diversidad de pena a ejecutar en función de la condición social del condenado.

Historia

El arresto sustitutorio ha existido siempre en nuestra legislación penal⁴, si bien con un contenido y una filosofía algo diferentes. El sistema procede de una época distinta regida por principios penales, procesales y políticos distintos a los actuales. El recurso al arresto sustitutorio, se establecía no sólo para el caso de impago de la multa sino también en caso de impago de las responsabilidades civiles⁵, postura hoy día reputada —y con razón— inadmisibles. Pues bien, mientras el paso del tiempo ha llevado a la supresión de esta medida, sin embargo aquella —el arresto sustitutorio— no sólo perdura, sino que incluso se ha visto refrendada por una reciente sentencia del Tribunal Constitucional.

Derecho comparado

No podemos detenernos en el examen pormenorizado de la cuestión del arresto sustitutorio en el derecho comparado⁶, aunque sí debemos indicar que a nuestro juicio, la mayor parte de las legislaciones en general, lo regula de manera distinta a la establecida en el código penal español vigente (que, como se indicó no difiere mucho del de hace casi 70 años), y sobre todo por la introducción del sistema de los días—multa.

Sin embargo, es conveniente analizar, aunque sea sucintamente, la argumentación utilizada en este extremo por el Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional (F. J. n.º 7) dice que «aunque por muy evidentes razones la mera comparación legislativa no puede servir para fundamentar aquí nuestro juicio, si 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 austríaco 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 citada⁷— 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». Es decir, el sistema italiano, en el que no existe el arresto sustitutorio, no sirve de modelo comparativo. Al que podemos y debemos atender es al sistema alemán, que según el parecer del Tribunal es muy similar al nuestro y mantiene el arresto sustitutorio. Esta es en esencia la argumentación utilizada por el Tribunal Constitucional en este punto. Pero ni convence ni está firmemente asentada.

Por un lado, afirma tajantemente que el sistema italiano no nos sirve, pero no explica por qué. Por otro lado, defiende una similitud entre el sistema español y el alemán, en orden a los paliativos que rodean al arresto sustitutorio, que en nuestra opinión no existe. En efecto, cualquiera que sean los paliativos españoles —que como veremos son ciertamente mínimos, aunque al Tribunal Constitucional le hayan parecido suficientes— no existe una norma similar a la del §459f de la StPO. Conforme a este párrafo el juez va a disponer de una fundamental e importantísima facultad, pues puede no hacer ejecutar el arresto sustitutorio por impago de multa, cuando de su ejecución resultara un rigor injusto⁸. La existencia de esta norma hace radicalmente diferentes ambos sistemas e impide a nuestro juicio, defender la constitucionalidad del arresto sustitutorio español porque así haya sido declarado para el sistema alemán.

⁴ Así, en el art. 91 del Código Penal de 1822, los arts. 48 y 49 de los Códigos Penales de 1848 y de 1850; los arts. 50 y 93.2 del Código Penal de 1870; los arts. 179 y 180 del Código Penal de 1928; el art. 94 del Código Penal de 1932; y el art. 91 del Código Penal de 1944. (Véase en López Barja, Rodríguez Ramos, Ruiz de Gordejuela, *Códigos Penales Españoles*, Madrid, 1988.)

⁵ Véase López Barja, «Constitución y Derecho Penal», en C. P. C. n.º 37, 1987, pp. 5 y 22.

⁶ Puede verse una explicación detallada sobre la pena de multa en el derecho comparado en Jescheck: *Tratado de Derecho Penal*, V. II, 1981, pp. 1086 y ss. (Trad. de Mir Puig y Muñoz Conde.)

⁷ Se refiere a la sentencia de la Corte Constitucional italiana n.º 131 de 16 de noviembre de 1979.

⁸ El §459f StPO (Ordenanza Procesal Penal) señala: «[Abstención de la ejecución de la pena privativa de libertad sustitutoria]. El Tribunal ordenará que la ejecución de la pena privativa de libertad no se realice, si la ejecución fuese de un rigor injusto». Además, conforme al art. 293 EGStGB (Ley de introducción al código penal) «[Pago de penas pecuniarias incobrables por medio del trabajo libre]. El Gobierno del Land quedará autorizado a dictar regulaciones, por medio de Reglamento, según las cuales las autoridades de ejecución podrán permitir al condenado pagar una pena de multa incobrable por medio del trabajo libre. El Gobierno del Land podrá delegar la autorización en la Administración de Justicia del Land, por medio de Reglamento» (ambos preceptos en Gómez Colomer: *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, 1985).

Desigualdad en las penas

Lo que no explica la sentencia del Tribunal Constitucional, es que los paliativos se reducen a la posibilidad de plazos⁹ y a la posibilidad de remisión condicional de la pena. No obstante, esta remisión condicional establecida con carácter general, y referida en principio a todo tipo de penas, y, por tanto, no específicamente a la pena de multa, tiene unos requisitos que la limitan. Básicamente, se exige para su concesión que se trate de delincuente primario o en otro caso que haya sido rehabilitado (así como que no se trate de delito imprudente, pues éste no entraría en el cómputo). De manera que si no reúne tales requisitos, se le denegará el beneficio del llamado perdón judicial. Puede decirse que ya se ha sido con él excesivamente condescendiente y tolerante. Esta argumentación sin embargo no resuelve el problema que ahora se enunciaría así: ¿por qué el rico, no siendo delincuente primario, puede eludir la cárcel?, lo que no le ocurre al pobre.

Entre los paliativos que el Tribunal Constitucional entiende que acompañan al arresto sustitutorio parece figurar *el arresto domiciliario*¹⁰. Decimos «parece» pues no puede decirse que el Tribunal sea del todo claro en este punto, ya que simplemente indica que es posible «elegir fórmulas de restricción de 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». Entendemos que el Tribunal desenfoca por completo el problema, o tal vez, busca una salida distinta de la inconstitucionalidad del precepto y por ello admite «paliativos» mediante la utilización de sistemas, sin duda más llevaderos, pero no previstos al efecto.

El Tribunal Constitucional propugna que el llamado arresto sustitutorio, es decir, la «responsabilidad personal y subsidiaria», en terminología legal, sea cumplido en forma de arresto domiciliario. Opinamos que se trata de una bonita interpretación, y que tiene toda la indudable fuerza legal que conlleva una interpretación realizada por el Tribunal Constitucional (art. 164.1 CE; arts. 38, 39 y 40 LOTC; y art. 5.1 LOPJ), pero no excesivamente acorde con los presupuestos legales.

En efecto, el modo de ejecución de una pena no puede quedar al arbitrio del Tribunal. Todos los extremos relativos a la ejecución, y no sólo su duración sino régimen, lugar, tratamiento, etc., están sujetos —con toda razón— al principio de legalidad. Así el art. 81 del Código Penal determina que «tam-

poco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto». No entraremos obviamente en el examen de esta norma, pues basta para lo que ahora interesa, con indicar que ni el Juez tiene a su disposición un catálogo de penas para elegir la que le parezca más adecuada sino que ha de imponer la que corresponde (y no otra) con arreglo a la ley, ni tampoco una vez impuesta la pena puede el Juez fuera de los límites legales, establecer condiciones o formas determinadas de cumplimiento. Al menos así es en la actualidad.

Pues bien, el arresto domiciliario sólo se encuentra establecido en el art. 85 del Código Penal, conforme al cual «el Tribunal podrá autorizar al reo para que cumpla en su propio domicilio el arresto menor». El Juez no puede autorizar el cumplimiento en el domicilio la pena de arresto mayor ni la de prisión ni la de reclusión, sino únicamente la pena de arresto menor. Esta pena es considerada por el código como pena leve y sólo es aplicable a las faltas.

Trasladar el arresto domiciliario al cumplimiento sustitutorio por impago de una pena de multa impuesta como consecuencia jurídica de un delito, no nos parece excesivamente ortodoxo. Otra cosa sería si quien lo establece es el legislador ya que a él compete la redacción de las leyes, afirmación sin duda obvia, pero que conviene recordar en ocasiones.

Tampoco esto nos tiene que alarmar excesivamente. Más preocupante nos parece el que el Tribunal estime que la responsabilidad personal y subsidiaria no tiene la naturaleza jurídica de pena. Para llegar a esta conclusión alega tan sólo que no se encuentra incluida en la escala del art. 27 del código¹¹. Niega el carácter de pena para así poder seguidamente afirmar que «en consecuencia no puede participar de la naturaleza jurídica de la pena y de los fines de corrección y readaptación por ésta perseguidos». Entiende que únicamente «se trata de una modalidad elegida por la ley para que en estos casos de inejecución la pena efectivamente impuesta se cumpla»¹². Ahora bien, ello no empece que lo que se cumple es una pena en sustitución de otra, o bien la pena de multa tiene dos modalidades de ejecución, una mediante el pago de una cantidad de dinero y otra mediante la responsabilidad personal y subsidiaria. Pero, en todo caso, lo que se cumple es una pena.

Este será, como ya hemos indicado, uno de los argumentos que con mayor insistencia repite el Tribunal a lo largo de la sentencia. Convenzámonos,

⁹ Lo que obviamente exige una solvencia parcial, pero en fin ha de existir capacidad de pago de la multa, ya que en resumidas cuentas el condenado debe ser capaz de afrontar el pago de la multa.

¹⁰ Véase, además de la bibliografía indicada en la nota n.º 1, Manzanares Samaniego: «Arresto menor en el domicilio», en *Comentarios a la Legislación Penal*, T. V-1.º, 1985.

¹¹ No es desde luego la única pena que no está recogida en la escala del art. 27. Por ejemplo, las impuestas por delitos contra la hacienda pública consistentes en «la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones públicas o crédito oficial y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales durante un pe-

riodo de tres a seis años» (arts. 349 y 350 del CP), cuya estructura nos parece muy semejante a la de privación del derecho a obtener el permiso de conducir durante un tiempo determinado, que tampoco se encuentra en el catálogo del art. 27 y, sin embargo, se impone como pena en el art. 516 bis (el art. 27 recoge la pena de privación del permiso de conducir pero no la del derecho a obtenerlo).

¹² Con lo que sigue en este punto la tradicional postura, asentada precisamente en esos dos extremos, mantenida por nuestro Tribunal Supremo, así, en sentencias de 28 de enero de 1990; 16 de enero de 1954; 21 de junio de 1955; 9 de mayo de 1977 y 15 de mayo de 1985.

pues, de que «la insolvencia determinante de la inejecutabilidad 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». Para poder entender al Tribunal es preciso conectar esta idea con la a nuestro parecer arriesgada afirmación que más adelante expresa (F. J. n.º 9), al referirse al art. 25.2 de la Constitución, indicando que «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».

Queda así zanjada¹³, aunque a nuestro parecer no con excesivo acierto, la polémica sobre si el art. 25.2 de la Constitución señala el fundamento y estructura de la pena privativa de libertad (lo que llevaría a considerar contrario a la Constitución todo el sistema de penas del Código Penal y de la LECrim.) o, por el contrario, establece únicamente un derecho del penado a que el Estado le preste los medios necesarios para obtener su reinserción social y el desarrollo integral de su personalidad¹⁴. Por ello Bueno Arus¹⁵ se pregunta si la sentencia «da así un paso (¿adelante?)», ya que va más allá que la anterior doctrina constitucional, «en cuanto admite la constitucionalidad de una norma penal que no responda ni pueda responder a las finalidades previstas en el art. 25.2 de la Constitución, cuyo contenido corre en suma el riesgo de quedar reducido a lo meramente programático».

Así pues, convengámonos una vez más de que¹⁶ de «la norma concreta que aquí consideramos no se extraen consecuencias desfavorables del hecho de la carencia de recursos» [... el ingreso en prisión no constituye en opinión del Tribunal una «consecuen-

cia desfavorable»], ya que «la norma busca, estrictamente, mantener, aunque a través de una medida específica, la común sujeción de todos al ordenamiento». Estamos pues, únicamente «ante la previsión del incumplimiento o inejecución de una pena».

Este argumento a nuestro juicio no es convincente en modo alguno. Ante todo, porque no podemos admitir, como parece hacerlo el Tribunal, que cualquier medio sea válido para hacer cumplir una pena¹⁷. Lo que debe analizarse, por tanto, es si el medio en este caso es o no constitucional con independencia del fin para el que hubiera sido establecido.

La igualdad desigual

La condición social del delincuente es, en relación con el tema que tratamos, un elemento básico y determinante de la pena. Ciertamente que la ley no señala distintas penas según la condición social del reo, sino que impone la pena de multa, cualquiera que sea el infractor y, sin embargo, la condición social de la persona determinará, en definitiva, qué pena va a cumplir, si la pecuniaria o la privativa de libertad. Los resultados son los mismos en el sistema actual, y en un hipotético sistema que sancionara el mismo delito diciendo: si tiene bienes para pagar, la pena será de multa; pero si no tuviere bienes, entonces la pena será de privación de libertad. En definitiva, el resultado es que por el mismo hecho, la pena del rico es pecuniaria y la pena del pobre privativa de libertad. ¡Y esto es constitucional!

Ciertamente, esto no deja de recordarnos lo que al juez le decían *Las Partidas* respecto a que antes de imponer la pena debe reparar en la persona que lo hizo, «que ome es, si es fidalgo, o non, o si es rico, o pobre, o si es libre, o siervo. Ça de una manera, deuen dar la pena a los honrados, e de otra a los de menor guisa»¹⁸, y más adelante en otra *Partida*¹⁹ se pone de manifiesto la diferencia de penas

¹³ Si bien, ya con anterioridad habla el Tribunal mantenido tesis similares. En este sentido en la STC n.º 28, de 23 de febrero de 1988 se recoge recopiladoramente que «en el ATC 15/1984 (Sección Tercera) ya dijimos que dicho precepto [se refiere al art. 25.2 CE] no contiene un derecho fundamental», sino un mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos. La misma Sección Tercera, en su Auto de 10 de julio de 1985 (ATC 486/1985) dijo que «lo que dispone el art. 25.2 es que en la dimensión penitenciaria de la pena se siga una orientación encaminada a la reeducación y a la reinserción social, mas no que a los responsables de un delito al que se anuda una privación de libertad se les condone la pena en función de la conducta observada durante el período de libertad provisional». Tras estas resoluciones, y tras los AATC 303 y 780 de 1986, en los que se reiteraron las afirmaciones contenidas en los antes transcritos, añadiéndose además que «el art. 25.2 de la Constitución no establece que la reeducación y reinserción social sean la única finalidad legítima de la pena privativa de libertad» (ATC 780/1986), esta Sala en su STC 2/1987, de 21 de enero, volvió a insistir en que, aunque no debe desconocerse la importancia del principio constitucional en el contenido, «el art. 25.2 no confiere como tal un derecho amparable que condicione la posibilidad y la existencia misma de la pena a esa orientación».

¹⁴ Véase Cobo del Rosal y Boix Reig: «Derechos fundamentales del condenado. Reeducación y reinserción social», en *Comentarios a la legislación penal*, T. I, 1982, p. 218 y ss.; y Córdoba Roda: «la pena y sus fines en la Constitución», en *La Reforma del Derecho Penal*, 1980, pp. 152 y ss.

¹⁵ Bueno Arus, *ob. cit.*, p. 69.

¹⁶ Último párrafo de la sentencia.

¹⁷ Reduciendo el argumento al absurdo llegaríamos a tener que afirmar la constitucionalidad de un precepto que para el caso de impago de la multa previera que al condenado —para evitar la inejecución de la pena— se le cortara un dedo, una mano o un brazo; o que se le dieran azotes. No se diga que en este caso la «pena» prevista es de naturaleza corporal y erradicada de nuestro ordenamiento, mientras que en el otro caso es privativa de libertad, y admisible, pues entonces estamos superando el argumento y acudiendo a la naturaleza y elementos de la pena sustitutiva.

¹⁸ Partida I, título XVIII, Ley XII. Otra Partida, sigue diciendo a los jueces que antes de «dar juicio de escarmiento contra alguno», deben observar «que persona es aquella contra quien lo dan, si es sieruo o libre, o fidalgo, o ome de villa, o de aldeia, o si es moço, o mancebo, o viejo: ça mas crudamente deven escarmientar al sieruo que al libre, e al ome vil que al fidalgo e al mancebo que al viejo nin al moço» (Partida VII, tit. XXXI, Ley VIII).

¹⁹ Partida VII, tit. X, Ley IX: «Ayuntando seyendo algunos omes para fazer fuerza cobn armas si pussiesen fuego, o lo mandassen poner para quemar casas, o otro edificio, o miesses de otro: si el que esto fiziere fuere lijodalgo, o ome honrado deve ser desterrado para siempre por ende, e si fuere ome de menor guisa, o vil, e fuere y fallado en aquel lugar de mientra que anduuiere encendido el fuego quel puso, deve luego ser echado en el e quemado. E si por aventura non fuese y luego preso, quando quier que lo fallaren despues, mandamos que lo quemem»

según que el autor fuese fijoaligo o ome honrado, o por el contrario, fuese ome de menor guisa, o vil. En el primer caso debe ser desterrado para siempre, mientras que en el segundo debe ser quemado al instante. Muchas son las disposiciones que con este desigualitario trato se dictaron²⁰. Ahora bien, como ejemplo de diferente pena, pecuniaria o corporal, según que el reo fuere noble o plebeyo, merece citarse el bando que se dio en Madrid en agosto de 1636²¹: «que nadie se atreva a llevar armas de fuego, echar mano a la espada, daga, puñal o cuchillo, so pena para los nobles de 200 ducados y de destierro del reino, y para los plebeyos de 200 azotes y galeras». Ante este revelador bando, Tomás y Valiente²² comenta: «cada azote del plebeyo valía un ducado del noble, y el tiempo de destierro que éste pasaría quizá holgándose en alguna corte vecina, lo sufría el plebeyo agarrado al remo». Es doloroso reconocer que esta concepción penal todavía no ha sido superada, y se recurre a artificiosas y repetitivas argumentaciones alejadas de la realidad para mantener privilegios tan desigualitarios.

Muy numerosa es la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional interpretando el art. 14 de la CE. Ha declarado este Tribunal que «el principio de igualdad supone que no puede existir una desigualdad de trato a personas que se encuentran en situación igual sin un fundamento razonable»²³. También constituye doctrina muy reiterada que «la igualdad ante la ley reconocida en el artículo 14 de la Constitución es... igualdad en la configuración del texto legal, lo que significa que a la **Identidad de supuestos de hecho debe acompañar Identidad en los efectos o consecuencias jurídicas**»²⁴.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha señalado que el art. 14 prohíbe la discriminación entre españoles y que esta discriminación existe «cuando se aplica un trato desigual a personas que se encuentran en situación de igual o, dicho de otro modo, cuando no se aprecia justificación o diferencia bastante entre las situaciones que se comparan para aplicar un trato desigual»²⁵.

Por último, muy reveladoras son las sentencias que han tratado el tema del desigual tratamiento que impone la ley a empresario y a trabajador, pues a éste no le exige consignación mientras que a aquel sí. A este respecto, ha declarado que «la desigualdad que se produce entre el empresario recurrente, obligado a la consignación, salvo que hubiera sido declarado pobre, y el trabajador, exento de ella, aparece como razonable y proporcionada. En efecto, el distinto tratamiento legal otorgado en uno u otro caso se justifica por una desigualdad socioeconómica originaria, derivada no sólo de la distinta condición económica de ambos sujetos, sino también de su respectiva posición en la relación jurídica que los vincula»²⁶. En definitiva, cabe, sin violar el artículo 14, una discriminación justificada por una desigualdad socioeconómica, pero ha de ser una discrimina-

ción que no sea en perjuicio de la clase menos favorecida. Ahora bien, el caso contrario, es decir, que a una identidad de supuestos de hecho se anude una discriminación en las consecuencias jurídicas basada en la desigualdad socioeconómica en perjuicio del sujeto menos favorecido, a nuestro parecer supone sin duda una violación del principio de igualdad. El principio de igualdad admite desigualdad entre los desiguales para equilibrar en lo posible la balanza.

En esta sentencia de 16 de febrero de 1988, a la que nos venimos refiriendo, también tiene el Tribunal que ocuparse del art. 14 CE, y al respecto comienza por mantener que en virtud del principio de igualdad el legislador «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». Si bien seguidamente advierte que «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». Y ya apodícticamente afirma que «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». Para a continuación concluir que «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». En otras palabras, como los sujetos a la pena son desiguales económicamente no afecta al principio de igualdad que las penas sean de diferente naturaleza, aunque objetivamente quede así perjudicado el sujeto menos favorecido.

Pero como indica Bueno Arus²⁷, «la "buena fe" del legislador, que no hay por qué poner en tela de

²⁰ Véase Tomás y Valiente: *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, 1969, pp. 317 y ss.

²¹ Tomás y Valiente, ob. cit. p. 322.

²² Tomás y Valiente, ob. cit. p. 322.

²³ STC de 29 de noviembre de 1984.

²⁴ STC de 9 de julio de 1984.

²⁵ STC de 27 de julio de 1984.

²⁶ STC de 13 de febrero de 1984. En sentido similar, por ejemplo, la sentencia de 28 de marzo de 1984.

²⁷ Bueno Arus, ob. cit. p. 70.

juicio en esta ocasión, no impide que, de hecho, la norma por él promulgada contribuya a hacer que en la práctica unos ciudadanos resulten de peor condición que otros, y precisamente por una circunstancia ajena al contenido de la norma, pero que es presupuesto insoslayable de su cumplimiento: la capacidad económica de cada uno. En este sentido, no puede negarse que el artículo 14 de la Constitución hubiera permitido fácilmente una conclusión diferente, inspirada en criterios de mayor progresividad».

En definitiva opinamos que el Tribunal Constitucional ha optado por una postura tendente a conservar a ultranza el status quo normativo; y en su rechazo apriorístico de la inconstitucionalidad de precepto alguno ha recurrido, una vez más, a la tesis siguiente: un precepto no es anticonstitucional cuando permite una interpretación, por forzada que sea, que en su opinión, no choca frontalmente con el ordenamiento constitucional²⁸. A partir de esta afirmación, las sentencias del Tribunal Constitucional son en demasiadas ocasiones juegos malabares, piruetas jurídicas, en busca de esa interpretación que nos permita mantener la norma²⁹.

A nuestro entender la teoría constitucional alemana y norteamericana de la interpretación «conforme

a la Constitución», que el Tribunal Constitucional pretende seguir, no llega, sin embargo, a tales extremos, que vienen a ser una interpretación de la Constitución conforme a la ley ordinaria. Como dice Stern³⁰ la interpretación conforme a la Constitución «encuentra su límite allí donde entrara en contradicción con el tenor literal o con la voluntad claramente reconocible del legislador, o cuando no se cumpliera el objetivo legislativo en un punto esencial o se le falseara, o cuando se le diera a la ley un sentido completamente opuesto. En pocas palabras: cuando en lugar de lo querido por el legislador, entrara una regulación nueva o distinta³¹.

Entendemos que el mantenimiento normativo a ultranza no es la mejor forma de ahondar en el desarrollo de los derechos fundamentales en un Estado social y democrático de Derecho. Tal postura es un claro reflejo del conservadurismo liberal que tenía por norma el cambiar lo mínimo indispensable para que nada cambiara realmente.

El Tribunal Constitucional es garante de los principios, libertades, valores, derechos, etc., que la Constitución quiere en nuestra sociedad y, ello conlleva la necesidad de tomar decisiones que no por arriesgadas dejan de ser necesarias.

²⁸ En este sentido señala Bueno Arus (ob. cit. p. 68) que «el Tribunal Constitucional ha sido, desde luego, fiel a su criterio de adoptar entre las interpretaciones posibles de la norma, aquella más adecuada para salvar su carácter constitucional, pero parece que en esta ocasión una interpretación más progresiva y menos conservadora del ordenamiento le podía haber llevado a las mismas conclusiones que a la Corte Constitucional italiana, como, por lo demás, esperaba la doctrina».

²⁹ Esto da lugar a soluciones tales como decir que un concre-

to precepto es constitucional, siempre que se interprete en la forma en que se ha hecho en un Fundamento jurídico de la sentencia.

³⁰ Stern: *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, 1987, p. 298.

³¹ Sobre el tema, véase: Alonso García: *La interpretación de la Constitución*, 1984; Hesse: *Escritos de derecho constitucional*, 1983; Smend: *Constitución y Derecho constitucional*, 1985; Stern: *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, 1987.