

La renuncia a la responsabilidad subsidiaria por impago de multa

(El párrafo último del artículo 91 del Código Penal)

JOSE LUIS MANZANARES SAMANIEGO

Magistrado del Tribunal Supremo. Abogado del Estado
Profesor Titular de Derecho penal

I. PLANTEAMIENTO

La previsión del párrafo final del artículo 91 del vigente Código Penal admite, en principio, tres interpretaciones respecto a la exigencia —obligada y suficiente— de que el multado se halle «condenado a pena privativa de libertad por más de seis años». En sentido estricto cabe entender esa pena carcelaria como la impuesta conjuntamente para el mismo delito (posición A). Una segunda exégesis acogería también la renuncia cuando la indicada duración de la pena privativa de libertad se diera en otro delito objeto de condena en igual juicio (posición B). Y, avanzando en esa línea, podría apoyarse la renuncia en cualquier pena privativa de libertad, aun si procediere de delito perseguido independientemente, siempre que todavía no hubiera sido ejecutada o cumplida (posición C).

Variante de las posiciones B) y C) sería la superación de los seis meses mediante la suma de varias penas privativas de libertad que, separadamente, no alcanzaran el límite legal. La posición C) admite a su vez diversas modalidades, según se requiera o no «conexión» entre los diferentes delitos, se excluyan o no las penas carcelarias ya en cumplimiento y se distinga o no —a estos efectos— entre dicho concepto y el de ejecución.

II. LA JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia patria, referida al Código Penal vigente, optó decididamente por la posición A), rechazando la consideración de las penas privativas de libertad impuestas en la misma Sentencia por otro

delito, tanto en su propia duración como por vía de suma. En cuanto a la posición C), el Tribunal Supremo no tuvo siquiera ocasión de pronunciarse con carácter vinculante, dado que la cuestión no llegó a plantearse formalmente. Sin pretender que la enumeración sea exhaustiva, pueden servir de ejemplo las Sentencias de 31 de enero de 1947; 23 y 30 de junio y 27 de septiembre de 1952; 9 de febrero y 10, 12 y 24 de diciembre de 1954; 3 de febrero de 1955; 23 de junio de 1956; 23 de octubre de 1957; 30 de junio de 1958; 9 de junio de 1960; 17 de diciembre de 1962; 4 de octubre y 2 de noviembre de 1965; 22 de diciembre de 1970; 27 de junio de 1974, y 22 de enero y 9 de junio de 1977.

De entre dichas Sentencias, procede destacar las de 27 de septiembre de 1952 y 22 de octubre de 1970. Aquélla se resiste a ampliar el contenido del precepto a supuestos de simple conexión por razones de economía procesal. Esta, por su parte, entiende que la limitación del artículo 91 del Código Penal «se refiere a la pena de privación de libertad del mismo delito; doctrina indicativa de la razón de Ley en el artículo 94 del Código de 1932, en el cual la responsabilidad subsidiaria del arresto se relaciona con la pena de su principal, precisamente, y del mismo tenor son las sentencias (sic) de 27 de septiembre de 1952 porque, según ella, conectar la pena subsidiaria a otra principal equivaldría a establecer un enlace de causa a efecto entre las dos distintas sanciones impuestas a la misma persona por delitos de distinta naturaleza, sin conexión alguna y penados separadamente, aunque en la misma resolución».

El cambio de criterio jurisprudencial —con el antecedente remoto de la Sentencia de 30 de junio de 1952— se produce a partir de 1985, aceptando la posición B) y la suma de las penas privativas de libertad. En su origen se encuentran las conocidas Sentencias de 19 de diciembre de 1985 (ponencia del señor Gómez de Liaño) y 12 de septiembre de 1986 (ponencia del señor Soto Nieto). Luego siguen, en una relación ininterrumpida, las de 6 de julio y 22 de diciembre de 1987, y 19 de abril y 8 de junio de 1988, siempre con cita de aquellas dos primeras.

En palabras de la Sentencia de 19 de diciembre de 1985, es condición para prescindir de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, «que al condenado no se le haya impuesto pena privativa de libertad por más de seis meses, decidiéndose entender, ante la *doctrina contradictoria* de esta Sala y conforme a las *interpretaciones más modernas* sobre los límites o techos de estas penas, que deberá extenderse a todos aquellos arrestos sustitutorios derivados de multas, aunque sean por delitos sancionados con penas inferiores, siempre que *alguno de ellos o la suma penológica* de los apreciados en la Sentencia exceda del límite indicado de los seis años».

La verdad es que, como se ha visto, no parece que la doctrina anterior fuese muy contradictoria, y en cuanto a esas interpretaciones

más modernas, nada se indica sobre sus argumentos. Así las cosas —y aparte de las razones que puedan apoyar efectivamente la nueva orientación—, la indicada Sentencia tiene mucho de voluntarista. Llorca Ortega, aunque partidario del nuevo criterio, advierte cómo «resulta hasta cierto punto desconcertante que la Sentencia lo fundamente en una interpretación extensiva y progresista, sin otra argumentación» (1).

La segunda Sentencia que profundiza en la nueva vía, la de 15 de septiembre de 1986, abunda en el «sentido progresista» y en la fidelidad al principio «pro reo», señala que el artículo 91 «no establece distinción alguna al respecto», se apoya en las previsiones para el concurso real de delitos, alude a la inspiración de aquel precepto en cuanto a «no intensificar la privación de libertad del penado por falta de disponibilidad económica», rechaza las alegaciones de impunidad (porque el reo puede mejorar de fortuna, y, en todo caso, se tendría como precedente la regla 2.ª del artículo 70), y acaba sosteniendo que «ha de tenerse en cuenta tanto la conexidad material como procesal».

La referencia al «sentido progresista» tiene espurias connotaciones políticas y carece de contenido real, al menos mientras que no se explique el sentido del pretendido progreso. Por su parte, el principio «pro reo» no encuentra en la hermenéutica su ámbito adecuado, sino en la valoración de la prueba (2). En lo que atañe a la inspiración del precepto, se incurre hasta cierto punto en una petición de principio, porque de lo que se trata es de situar las barreras legales de la renuncia. Y por lo que hace a la conexidad y a los supuestos apoyos provenientes de la regla 2.ª del artículo 70 del Código Penal, se está esgrimiendo un arma de dos filos, puesto que el legislador y la ley han establecido ahí una limitación de alcance perfectamente claro, mientras que nada similar han previsto para ampliar —de un delito a otro— la renuncia a la responsabilidad personal subsidiaria.

Las sentencias posteriores poco nuevo aportan. Suelen remitirse sin más a las de 19 de diciembre de 1985 y 13 de septiembre de 1986, con tal automatismo que hasta se repite la mención errónea de esta última, a la que suele atribuirse la fecha de 12 de dicho mes (3). Sólo la de 19 de abril de 1988 (ponencia del señor Moyna Ménguez), aunque ubicada en la novedosa orientación, parece conservar iniciativa crítica. En ella se recuerda que se están «salvando con el principio *pro reo* las nuevas reservas que pueden hacerse» a la aplicación del criterio favorable a la suma de las penas privativas de libertad.

Valga indicar, por último, que la Sentencia de 22 de diciembre

(1) LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena*, Valencia, 1986, p. 100.

(2) CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte General I*, 3.ª ed., Madrid, 1985, p. 172, nota 107, con abundante bibliografía.

(3) Véanse las Sentencias de 6 de julio y 22 de diciembre de 1987 y 19 de abril y 8 de junio de 1986.

de 1987 (ponencia del señor Ruiz Vadillo) insiste en la referencia a la regla 2.^a del artículo 70 del Código Penal y añade un nuevo e interesante argumento en apoyo de la interpretación amplia. A su tenor, «parece evidente que la limitación sectorial referida a cada una de las penas se aleja de la concepción moderna de la pena, entendida como una institución unitaria y en cierta manera global y referida a una persona determinada, evitándose que en contra de lo que hay que adivinar como el sentido actual y cabal del citado párrafo 3.º del artículo 91, que ha de entenderse conforme a la vigente realidad social (art. 3.1 Cc.), además de una pena de privación de larga duración, corresponda y haya de sufrir un arresto sustitutorio por impago de una multa o pena pecuniaria». Cabe repetir aquí el comentario hecho más arriba a propósito de esa regla limitativa tantas veces citada. De otro lado, resulta peligroso acudir a «la vigente realidad social» para resolver un problema de cierto contenido técnico, sobre todo cuando esa realidad se halla entreverada de una inseguridad ciudadana que, de proyectarse en algún sentido, lo sería quizá hacia una mayor dureza punitiva.

Ya en lo atinente a la pena como unidad de ejecución, repárese en que la misma se circunscribe de «lege data» a las penas propias privativas de libertad, únicas sometidas al sistema de individualización científica. El artículo 59 c) del Reglamento Penitenciario de 1981 dispone que «cuando el penado sufra dos o más *condenas de privación de libertad*, la suma de las mismas será considerada como una sola a efectos de aplicación de la libertad condicional» (cuarto y último grado de aquél). Una gran mayoría doctrinal rechaza la incorporación de la responsabilidad personal subsidiaria a un sistema que —conforme al artículo 25.2 de la Constitución y a los artículos 1, 59, 72 y concordantes de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria— pretende alcanzar una reeducación y reinserción social ajenas a los fines de la multa dentro de la prevención especial. Los Jueces de Vigilancia Penitenciaria estimaron en su III Reunión de Madrid (Conclusión II B-6) que, admitida la acumulación de penas a los efectos de la libertad condicional, «se excluyen, por el contrario, los arrestos sustitutorios por impago de multa». Esto significa pura y simplemente que la responsabilidad personal subsidiaria queda fuera de toda unidad de ejecución. La práctica penitenciaria se ha inclinado igualmente en ese sentido. Y si las anteriores razones dogmáticas y sustanciales no fueron suficientes, aún podría recordarse cómo un censurable «usus fori», bendecido por la Fiscalía del Tribunal Supremo (Memoria de 1943, Consulta núm. 6) (4), tolera el abono de la multa —también el parcial y repetido— una vez transcurridos los plazos legales o judiciales, incluso una vez iniciado el

(4) *Cincuenta años de doctrina del Tribunal Supremo*, Madrid, 1980, T. I, pp. 202 y 203.

cumplimiento de la responsabilidad personal. Tal proceder distorsiona todo intento de operatividad conjunta (5).

III. LA DOCTRINA ESPAÑOLA

Pasando a la doctrina patria, los comentarios españoles parecen coincidir en sus críticas a la redacción literal del párrafo final del artículo 91 del Código Penal, así como en la conveniencia de someterlo a una interpretación extensiva, lo que encierra algún punto de contradicción, porque, si la deseada exégesis fuera palmariamente viable, nada habría que modificar en el texto.

Del Toro escribe que «la finalidad del párrafo 3.º del artículo 91 no puede ser otra que evitar que el reo condenado, como consecuencia de una o más penas impuestas por uno o varios delitos, a una privación de libertad superior a seis años, cumpla, además, el arresto subsidiario», añadiendo que por ello «tal limitación debe observarse no sólo con respecto a las distintas penalidades impuestas en una sola sentencia, sino también en el caso previsto en el último párrafo del artículo 70» (6).

Quintero Olivares señala que el precepto deja sin aclarar si cabe también la acumulación, y a renglón seguido, tras apoyarse en el autor anterior, entiende que la restrictiva tesis jurisprudencial tradicional «no puede apoyarse más que en el mero dato gramatical de que el artículo 91 hable de *pena* en singular», de modo que, no siendo esa la correcta interpretación lógica y teleológica del precepto, «el argumento gramatical debe ceder, dando entrada a todos los casos en los que la privación de libertad acordada *en la sentencia* supere los seis años, con independencia de que se trate de una o varias penas» (7). Es curioso que este penalista haya escrito, sin embargo, unas líneas más arriba, que «a partir de 1932 la institución del arresto sustitutorio recibe la regulación que hoy conocemos, con la sola excepción del actual párrafo 2.º» (8). Si así fuera, y el tercero no hubiera experimentado alteración esencial (según mantendremos más adelante), el texto de la II República Española serviría para confirmar en el actual la interpretación restringida.

Boix Reig coincide plenamente con Del Toro, y advierte —contra la Sentencia de 27 de septiembre de 1952— que a veces la conexión

(5) Sobre los fines de la pena de multa y el pago «in extremis», véase MANZANARES SAMANIEGO, *Las penas patrimoniales en el Código Penal español*, Barcelona, 1983, pp. 12, 13 y 99-103.

(6) DEL TORO MARZAL, *Comentarios al Código Penal (con Córdoba y otros)*, T. II, Barcelona, 1972, pp. 476 y 477.

(7) QUINTERO OLIVARES, *El arresto sustitutorio*, en «Cuadernos de Política Criminal», núm. 2, 1977, pp. 135 y 136.

(8) QUINTERO OLIVARES, *ob. cit.*, p. 118.

no queda sólo en la economía procesal, sino que responde a las relaciones reales entre las diferentes conductas enjuiciadas, poniendo como ejemplo extremo el de los actos posteriores impunes (9).

Landrove Díaz censura también la primera exégesis del Tribunal Supremo, a la que únicamente concede un apoyo gramatical (como Quintero Olivares), menciona a Boix Reig para postular un cambio exegetico, y subraya que desde la reforma del Código Penal de 1944 el párrafo 3.º del artículo 91 no alude ya, como antes se hacía, a «pena principal», sino a «condenado a pena privativa de libertad», lo que permitiría prescindir de la responsabilidad personal subsidiaria cuando la duración superior a seis años se alcance «con la suma de las diversas penas de privación de libertad impuestas» (10).

Llorca García reitera los argumentos que se acaban de exponer. Primero, reconoce que en el Código de 1932 el arresto sustitutorio solamente se excluía «en aquellos casos en que, junto a la multa, se impone una pena privativa de libertad de más de seis años, pues a esta imposición con carácter conjunto se refiere el precepto al exigir que aquella pena sea *principal* de la multa», en el sentido de ser más importante y, en definitiva, conjunta. Luego, considera que, dada la incorrección de aquella adjetivación (puesto que la multa es, y era, también pena principal), el legislador de 1944, «caso de haber sido su deseo que las cosas continuasen igual, debió sustituir dicho término por el de *conjunta*», lo que no hizo, antes al contrario, pasó de la fórmula «al reo cuya *pena*» a la de «al condenado». La consecuencia de esta nueva expresión sería que «en una sola causa, puede hablarse de *condenado* a varias penas por diversos delitos» (11).

Por mi parte —en contrapunto con esas opiniones—, he defendido nuestra primera jurisprudencia, favorable a la posición A), con algunos de los argumentos que se detallarán seguidamente (12).

IV. DEFENSA DE LA OPERATIVIDAD RESTRINGIDA A CADA DELITO

Al hilo de la exposición jurisprudencial y doctrinal se hicieron ya diversas observaciones contrarias a las nuevas tendencias extensivas. Ni la vacua invocación de las interpretaciones más modernas, ni el «sentido progresista», ni el principio «in dubio pro reo», ni la apelación a «la vigente realidad social» y al artículo 3.1 del Código civil,

(9) BOIX REIG, *Algunos aspectos de la responsabilidad personal subsidiaria*, en «Cuadernos de Política Criminal», núm. 3, 1977, pp. 39 y 40.

(10) LANDROVE DÍAZ, *El arresto sustitutorio*, en el libro colectivo «La reforma del Código Penal de 1983», T. V, Vol. 1.º, p. 512, en la serie «Comentarios a la legislación penal.»

(11) LLORCA ORTEGA, *ob. cit.*, pp. 99 y 100.

(12) MANZANARES SAMANIEGO, *ob. cit.*, pp. 160 y 161.

ni la supuesta unidad de ejecución, serán objeto de ulterior comentario. Adelántese, sin embargo, que el progreso en el Derecho comparado y en los trabajos prelegislativos españoles —seguramente de acuerdo con la realidad social de otros países y del nuestro— no va hacia la ampliación de la renuncia a la responsabilidad personal, sino hacia su absoluta desaparición. Véanse a continuación algunos argumentos que respaldan «de lege data» en nuestro Derecho el criterio que, no sin equívoco, pudiera denunciarse restrictivo:

1.º La existencia de la regla 2.ª del artículo 70 del Código Penal y la ausencia de toda previsión similar en el artículo 91 denota que el legislador patrio no ha hecho suyos los deseos de los partidarios de la posición B). Tal conclusión se refuerza con la introducción del nuevo párrafo final de aquel artículo 70 por la Ley de 8 de abril de 1967, siguiendo intocado el artículo 91, como si nada hubiera que objetar a su entendimiento conforme a la posición A), entonces prácticamente unánime. Repárese, además, en que la repetida regla 2.ª se refiere a una limitación en la *ejecución*, mientras que el párrafo final del artículo 91 recoge una renuncia en la *imposición*, encontrándose ambos preceptos en Secciones distintas. Carecería de base normativa la idea de prescindir de la responsabilidad personal subsidiaria atendiendo a la pena privativa de libertad correspondiente a un juicio distinto. No está en manos de los tribunales incorporar, de hecho, en el artículo 91 disposiciones paralelas del artículo 70, y acabar en una especie de nuevo artículo 988 bis, incluido su recurso de casación por infracción de ley.

2.º Según el párrafo 2.º del artículo 94 del Código Penal de 1932, «esta responsabilidad subsidiaria no se impondrá al reo cuya *pena principal* sea privativa de libertad por más de seis años», y la doctrina suele entender —como ya se vio— que, efectivamente, ahí la renuncia operaba dentro de la penalidad conjunta en un mismo delito. Otra cosa sería el cambio de panorama con la referencia en el artículo 91 del Código de 1944, «al *condenado* a pena privativa de libertad por más de seis años». Sucede, sin embargo, que nadie mejor que Castejón para revelarnos, si no la voluntad de la ley, sí la del legislador, y esta sería sólo la de «corregir el estilo» (13).

Lo que se quiso en el nuevo texto fue prescindir del adjetivo *principal*, cuando tanto la pena privativa de libertad como la multa conjunta tenían aquel carácter. El vocablo «condenado» sigue conectando así exclusivamente con esas dos penas, y no abarca las correspondientes a otros delitos enjuiciados en el mismo proceso y, menos aun, si cabe, a las impuestas en procedimientos distintos. El sustantivo «condenado» continúa siendo utilizado en el párrafo 1.º del actual artículo 91 tal y como ocurría en el correlativo del anterior

(13) CASTEJÓN, *Génesis y breve comentario del Código Penal de 23 de diciembre de 1944*, Madrid, 1946, p. 48.

artículo 94, sin que haya duda acerca de que las previsiones del mismo —en general y en relación con las limitaciones temporales máximas de la responsabilidad personal subsidiaria— se agotan en el marco de cada delito.

3.º Si las consideraciones anteriores respaldan la posición A) —o al menos impiden avanzar hacia las posiciones B) y C)—, también el principio de interpretación restrictiva de las excepciones apunta en aquella dirección. La regla general es la imposición de la responsabilidad personal subsidiaria.

4.º Mucho se ha censurado lo que dicha responsabilidad puede encerrar de discriminación del insolvente, pero pocos discuten que la multa impagada —salvo casos especiales de perdón judicial— debe desembocar en alguna clase de reacción penal. En realidad, el problema tiene dos aspectos, en cuanto, de un lado, se ha de evitar la impunidad, y, de otro, el propio principio constitucional de igualdad ante la ley (art. 14) corre peligro. Ahora bien, ese riesgo tanto puede dirigirse contra el pobre como contra el rico. No resulta admisible que dos personas sean condenadas a una misma pena privativa de libertad (o dé otra clase) y sólo una de ellas sufra *además* un plus punitivo, siendo iguales en ambos supuestos la gravedad del delito y sus respectivas culpabilidades (14).

5.º Nuestros trabajos prelegislativos se abstienen de toda renuncia a la responsabilidad personal subsidiaria (art. 58 del Proyecto del Código Penal de 17 de enero de 1980, y art. 48 de la Propuesta de 1983, que sólo admiten su reducción por razones de equidad). Tampoco los más avanzados códigos penales extranjeros contienen previsión alguna de tal índole. La nueva Parte General del Código Penal alemán (art. 43), el Código austríaco de 1974 (art. 19) y el Código portugués de 1983 (art. 47) pueden servir de ejemplo.

En resumen, no parece que tenga respaldo legal la renuncia a la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa atendiendo a penas impuestas por otro delito. Y, evidentemente, el Derecho moderno no «progres» en esa dirección.

(14) Hoy, cuando tanto se habla de la intervención mínima del Derecho penal y de la poda del Libro III de nuestro Código, reduciendo las correspondientes conductas a *meras infracciones administrativas*, conviene preguntarse dos cosas. La primera es si en el fondo no se estará tratando de aligerar, al socaire de aquel respetable principio, el trabajo de unos tribunales escasos en número y mal preparados. Y la segunda es la de cómo se impedirá la absoluta inoperancia del Derecho administrativo sancionador en relación con los insolventes. De una parte, tenemos el artículo 25.1 de la Constitución, que niega a la Administración la imposición de sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad. De otra, el artículo 14 de aquélla no tolera desigualdades ante la ley.

Libertad y responsabilidad penal (*)

LIBORIO L. HIERRO

Universidad Autónoma de Madrid

1. La afirmación o negación del libre albedrío como fundamento de la responsabilidad penal es al mismo tiempo una cuestión clásica y una cuestión marginal para la Ciencia del Derecho penal. Parece que todos los penalistas se vieran forzados a tomar posición respecto a esta cuestión para, a continuación, reconocer que su solución respecto a una parte les excede y por otra les resulta indiferente (1).

Lo que aquí trataré de argumentar es que la cuestión es resoluble desde el punto de vista de la filosofía moral y de la filosofía jurídica, pero sobre todo que la cuestión es *relevante*, no sólo para filósofos, sino para el común de los ciudadanos. Tan relevante que tomar una u otra posición podría conducir a resultados sociales (no sólo teóricos ni principalmente teóricos) tan distintos que posiblemente harían recapacitar a los propios penalistas.

2. La convicción generalizada hasta el siglo XIX consistía en que el libre albedrío era el fundamento de la imputabilidad y, por tanto, del juicio de culpabilidad que servía de *justificación* a la imposición de la pena (entendida ésta como un tipo específico de sanción consistente en infligir un sufrimiento). Las primeras fisuras para este modo de pensar aparecen a fines del siglo XVIII en el marco del utilita-

(*) Este trabajo fue el texto de mi intervención en las XI Jornadas de Filosofía Jurídica y Social, celebradas en la Universidad de Alcalá de Henares en diciembre de 1988. Una de las sesiones estuvo dedicada al tema «Libertad y Responsabilidad Penal» y en ella intervino también el Profesor Enrique Gimbernat. Mi propósito principal se centró por ello en discutir las tesis (bien conocidas en España) del Profesor Gimbernat.

(1) Ver, por ejemplo, EUGENIO CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, T. 1, Bosch, Barcelona, 1980, p. 430: «Pero este problema del libre arbitrio y del determinismo está fuera del campo del Derecho penal»; JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español*, Dykinson, Madrid, 1986, p. 434: «El Derecho penal está ajeno a la polémica filosófica, que en realidad no le compete»; A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966, p. 30: «El asunto apenas si ocupa la atención de los tratadistas modernos.»

rismo desarrollado en la Teoría del Derecho de Bentham, pero provenían del propio padre del Derecho penal moderno, Beccaria, quien bajo la influencia de Montesquieu había ofrecido ya una definición plenamente utilitarista del fin de la pena: «El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo» (2).

Sin embargo, la influencia del utilitarismo no fue muy importante en el continente europeo durante el siglo pasado y el primer tercio de éste. Por el contrario, la versión clásica del libre albedrío fue renovada y reafirmada en la filosofía kantiana. Kant sostenía que la pena debía ser impuesta al culpable por la sola razón de que ha delinquido y fue el primero en argumentar, en contra de las tesis utilitaristas, que cualquier otra justificación de la pena implicaba tratar al condenado como «instrumento» (3). Este punto de vista predominó sobre el pensamiento jurídico penal europeo hasta que se produjo la segunda fisura, esta vez con más repercusión. Se trata de la aparición de la Escuela Positiva constituida por Lombroso, Garofalo y Ferri, cuya influencia fue enorme en las últimas décadas del siglo pasado y las primeras de éste.

Para la Escuela Positiva, constituyó prácticamente un dogma cientista la negación de la libertad de la voluntad, y la afirmación del determinismo (somático en Lombroso y social en Ferri). La función de la pena es exclusivamente servir de instrumento de defensa social contra el peligro que ciertos individuos suponen. Al fin y al cabo, «conforme a los principios genuinos del positivismo, la discriminación entre el loco y el criminal apenas sí tiene razón de ser, como osadamente reconoció el propio Ferri en el Congreso de Antropología Criminal de Ginebra de 1896» (4).

3. Si hacemos una esquemática comparación entre estas tres posiciones, concluiremos que para las tesis retribucionistas (típicamente Kant) la justificación de la pena exige la responsabilidad del condenado por el mal que la pena retribuye y una cierta proporcionalidad entre la pena y, por una parte, el mal retribuido por ella, y, por otra, el grado de responsabilidad del agente. Para las tesis utilitaris-

(2) CESARE DE BECCARIA, *De los delitos y de las penas* (1764), Alianza Editorial, Madrid, 1968, pp. 45-46. Sobre la importante influencia de Beccaria en Bentham puede verse H. L. A. HART, *Essays on Bentham*, Clarendon Press, Oxford, 1982, pp. 40 y ss.

(3) Que un ser racional nunca puede ser tratado como medio es notoriamente el punto de apoyo de la metafísica de las costumbres como construcción racional de la moralidad. Vid. E. KANT, *Cimentación para la metafísica de las costumbres* (1785), Aguilar, Buenos Aires, 1961, pp. 117 y ss.

(4) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios...*, cit., p. 29.

tas, la justificación de la pena exige que sea eficaz para prevenir general y especialmente el delito (es decir, el mal) y que cause al destinatario un mal menor que el que se causaría a la sociedad no imponiendo la pena y que no exista otro medio menos perjudicial para conseguir el mismo fin. Finalmente, para las tesis de la Escuela Positiva, la justificación moral de la pena sería un problema metafísico imposible de aceptar por la ciencia jurídica; la pena, por tanto, no se justifica, sino que se explica como una necesidad social, cuya finalidad es disminuir el peligro que para la sociedad suponen los delitos, y cuya aplicación debe hacerse precisamente en proporción a la peligrosidad del agente (5).

La comparación puede ser más clara si establecemos un cuadro que refleje las respectivas tesis sobre la justificación originaria de la pena (es decir, el fundamento del «ius puniendi»), su finalidad y sus condiciones:

	<i>Retribucionismo</i>	<i>Utilitarismo</i>	<i>Escuela Positiva</i>
Justificación	Realizar la justicia. (Según Kant, «la ley penal es un imperativo categórico».)	Utilidad social.	No es posible.
Finalidad	Retribuir el mal causado causando un mal al culpable.	Prevenir especial y generalmente la comisión de delitos.	Defensa social.
Condiciones	a) <i>Proporcionalidad</i> entre la pena y el mal causado. b) <i>Proporcionalidad</i> entre la pena y la responsabilidad del agente.	a) <i>Necesidad</i> de pena, es decir, que no exista otro medio menos perjudicial. b) <i>Proporcionalidad</i> . Es decir, que el perjuicio causado por la pena sea menor del que se derivaría de no castigar.	a) <i>Proporcionalidad</i> con el peligro ante el que la pena reacciona.

4. La influencia de la Escuela Positiva fue amplia, pero no definitiva de una nueva doctrina *dominante* en Derecho penal. Probablemente influyó más en los márgenes del Derecho penal clásico, tales como el desarrollo de la Criminología (en coexistencia con la Dogma-

(5) Para la comparación entre utilitarismo y retribucionismo puede verse H. L. A. HART, *Punishment and Responsibility*, Clarendon Press, Oxford, 1968, especialmente el Capítulo IX, y CARLOS SANTIAGO NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1983, pp. 427-432, cuyo resumen utilizó en parte en estas comparaciones. En particular, sobre el utilitarismo y la justificación de la pena, MARTÍN DIEGO FARRELL, *Utilitarismo, Ética y Política*, Abeledo, Buenos Aires, 1983, pp. 212 y ss.

tica Penal), el desarrollo de las medidas de seguridad, la configuración jurídica del tratamiento de los dementes, el Derecho penal de menores, etc. No obstante, la polémica ha vuelto una vez más a plantearse a mediados de este siglo con ocasión de los procesos de reforma de los códigos penales en gran parte de Europa.

El influyente trabajo del Profesor Enrique Gimbernat «¿Tiene un futuro la Dogmática Jurídicopenal?» data de 1970 (6) y tiene como referencias principales la «Fundamentación del Proyecto de Código Penal alemán de 1962» y el «Proyecto alternativo», elaborado por Baumann y otros, así como los trabajos aparecidos con este motivo en Alemania y en España. En Suecia, la polémica se suscitó también en torno al Código Penal de 1962, como queda de relieve en las obras de Alf Ross «The Campaign against Punishment» (7) y «Skyld, Ansvar og Straf» (8). En Inglaterra, por citar otro ejemplo significativo, el debate sobre la pena de muerte, junto a las propuestas de reforma elaboradas por la British Medical Association, son el marco de referencia de la obra de Bárbara Wootton (9) (con la que principalmente debatiría Alf Ross), mientras que el Informe de la Comisión Wolfenden de 1957 da lugar a la intervención de lord Patrick Devlin, «The Enforcement of Morals», y a los trabajos de H. L. A. Hart «Inmorality and Treason» y «Punishment and responsibility» (10).

La peculiaridad en este último período de la discusión reside en la interferencia activa de científicos ajenos al mundo jurídico, principalmente psiquiatras, psicólogos y sociólogos (11), y, junto a ello, en que las consecuencias finales de la crítica al principio de culpabilidad llegarían más lejos que en las discusiones anteriores: llegarían hasta proponer la desaparición de la pena y, por tanto, del Derecho penal llevando a sus últimas consecuencias los presupuestos que en su día formulara la Escuela Positiva. Como dice Gimbernat: «La crisis de la idea de la culpabilidad trae consigo la de la pena; y sin

(6) E. GIMBERNAT, *¿Tiene un futuro la Dogmática Jurídicopenal?*, en «Estudios de Derecho penal», Civitas, Madrid, 1981, pp. 105-130.

(7) A. ROSS, *The Campaign against Punishment*, Scandinavian Studies in Law, vol. 14, 1970, pp. 109-148.

(8) A. ROSS, *Skyld, Ansvar og Straf* (Culpa, responsabilidad y pena), Berlingske Forlag, Copenhagen, 1970.

(9) Las obras de Bárbara Wootton a las que se dedica el trabajo de Ross son *Social Science and Social Pathology*, de 1959, y *Crime and the Criminal Law*, de 1963.

(10) PATRICK DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, Oxford, 1975. H. L. A. HART, *Inmorality and Treason*, en «The Philosophy of law», Oxford University Press, Oxford, 1977. *Punishment and Responsibility*, Clarendon Press, Oxford, 1968.

(11) E. GIMBERNAT, *¿Tiene...?*, *cit.*, p. 107: «De nuevo estamos asistiendo, por consiguiente, a la venerable polémica enriquecida ahora por los conocimientos de la nueva sociología y del psicoanálisis (cuyas tesis centrales encuentran una aceptación cada vez más amplia)...» A. ROSS, *The Campaign... cit.*, p. 111: «In our days, the programme's adherents are to be found mainly among psychiatrists, psychologists, sociologists, and other experts with a "scientific" outlook...»

pena no puede haber Derecho penal, y sin éste tampoco una Ciencia del Derecho penal en sentido tradicional» (12). O, como dice Alf Ross: «El sistema tradicional, que basa la punibilidad en la retribución por la culpa, debería ser reemplazado, conforme a este punto de vista, por un sistema diseñado como un instrumento de higiene social preventiva» (13).

Para Gimbernat, el objetivo ha sido combatir este «efecto dominó», es decir, demostrar que la existencia del Derecho penal no depende del principio de culpabilidad. De acuerdo con su teoría, la caída del principio de culpabilidad no arrastra consigo la caída de la pena, ni del Derecho penal, ni, por ello, de la Dogmática Jurídico-penal. Para Ross, el objetivo era, en cierto sentido, el contrario: combatir los presupuestos seudocientíficos que fundamentan la crítica del principio de culpabilidad, es decir, demostrar que ningún requerimiento científico exige excluir el principio de culpabilidad y que, por el contrario, es éste un principio básico para el Derecho penal (14).

La tesis de Gimbernat es plenamente convincente en su parte positiva, esto es, en la defensa de la posibilidad de fundamentar suficientemente la pena, el Derecho penal y la Ciencia del Derecho penal sin recurrir al principio de culpabilidad. Lo cual podemos suponer que dejará tranquilos a los juristas.

Pero se equivoca al asumir como una necesidad científica la negación de la culpabilidad, y se equivoca también al pensar que el único riesgo de esta negación reside en el «efecto dominó» que él rebate. La tesis de Ross es, por otra parte, concluyente al señalar cuál es el verdadero peligro de la negación del principio de culpabilidad, y al demostrar su innecesidad científica. Esto significa que ambas tesis podrían resultar compatibles al rebatir distintas consecuencias del determinismo.

5. Gimbernat rechaza con suficiente fundamento las imputaciones hechas por la doctrina clásica del libre albedrío contra la Escuela Positiva y las nuevas formas de determinismo. Efectivamente, de la negación del libre albedrío no se derivarían necesariamente la crueldad ni la arbitrariedad del Derecho penal (Gimbernat, pág. 111), y el Derecho penal puede encontrar otros apoyos valorativos; y no es nada despreciable el argumento de Gimbernat sobre la crueldad y arbitrariedad del Derecho penal en países dominados por el libre arbitrio, y la posición humanista de algunos cualificados negadores de

(12) E. GIMBERNAT, *¿Tiene...?, cit.*, p. 107.

(13) A. ROSS, *The Campaign...*, *cit.*, p. 117.

(14) A. ROSS, *The Campaign...*, *cit.*, p. 136: «The moral stigma of punishment must be assumed to be of particular importance for the ability of criminal legislation to influence current moral attitudes». La negación determinista de la culpabilidad parte, según Ross, «of the false assumption that it is impossible to formulate and apply a criterion of mental responsibility, an error stemming from exaggerated demands on the knowledge needed to make moral and legal judgements» (*ibidem*, p. 146).

él, como Bauer. En segundo lugar, es también concluyente el rechazo de Gimbernat a la presunción de que la negación de la culpabilidad traiga como consecuencia necesaria la invasión de la responsabilidad por el resultado (Gimbernat, pág. 122). Es en tercer lugar admisible que, sin apelar al principio de culpabilidad, pueda encontrarse un apoyo para defender la inimputabilidad de los enfermos mentales o los menores (Gimbernat, pág. 125), y es, por fin, admisible que el efecto inhibitor de la pena pueda hasta un cierto punto mantenerse sin apelar a la culpabilidad (Gimbernat, pág. 115). Aunque en esta última cuestión rozamos el filo de la navaja, es decir, cuál es el alcance del efecto inhibitor que pretendemos atribuir al Derecho penal.

Donde he de separarme abiertamente de las contestaciones de Gimbernat es en tres puntos: *primero*, en que sea una exigencia científica la negación de la culpabilidad en base a las aportaciones del psicoanálisis y demás «científicos empíricos» (Gimbernat, pág. 110), o, lo que es lo mismo, que esté fundada la afirmación de Schmid en el sentido de que «una criminalidad que tiene causas y una constatación de la culpabilidad son incompatibles» (citado por Gimbernat, pág. 106). *Segundo*, en que cuando afirmamos el principio de culpabilidad, exigimos que el juez tenga por demostrado en cada caso concreto que el agente ha actuado con absoluta libertad, lo que según Gimbernat es imposible ya que ni siquiera podría afirmarlo el psicoanalista tras años de tratamiento (Gimbernat, págs. 109 y 110). *Tercero*, y el más importante: en que el mayor efecto inhibitor en la conciencia de los ciudadanos se consiga prescindiendo del principio de culpabilidad, o, dicho en otras palabras, que la pena sin culpabilidad sea más razonable y menos irracional que la pena con culpabilidad (Gimbernat, pág. 115).

6. En relación con el primer aspecto, creo que el punto de partida de Gimbernat se basa en la recurrente confusión entre la ciencia del Derecho y su objeto: el Derecho como sistema normativo. Parece que la Ciencia del Derecho penal quiere, una vez más, descontaminarse de juicios de valor para autoafirmarse «científicamente» (15).

La cuestión estriba en que apelar a la culpabilidad o no hacerlo, suponer el libre albedrío como base de un reproche moral o suponer simplemente el peligro de la conducta como base de una medida inhibitoria, son opciones que se realizan a nivel del objeto, esto es, al nivel del sistema normativo penal como condiciones de justificación. Las condiciones de justificación del sistema normativo no son transferibles a las condiciones de verificación de la ciencia que estudia sistemáticamente la composición y funcionamiento de tal sistema normativo. Del mismo modo que un tratado antropológico no es menos científico porque sistematice y explique el sistema de relaciones huma-

(15) Sobre el carácter de la Ciencia del Derecho me he ocupado en *El realismo jurídico escandinavo*, F. Torres, Valencia, 1981, pp. 201 y ss.

nas en una sociedad primitiva, y más científico si —hipotéticamente— nos explicara la composición y funcionamiento de «Walden II» o del «Mundo Feliz», lo mismo ocurre en la Ciencia Jurídica (16). Mi convicción es que la Dogmática Jurídicopenal con las funciones que le atribuye Gimbernat (Gimbernat, págs. 127 a 129) (17) no sería más ni menos científica por interpretar un sistema normativo que apele a la culpabilidad que por interpretar un sistema normativo que sólo apele a la utilidad o a la defensa social (el mismo Gimbernat, pág. 129, afirma que lo mismo interpreta leyes progresivas que reaccionarias).

Pero además, la tesis es inconcluyente porque se niega a sí misma. Gimbernat rechaza como herejía metafísica la apelación al libre albedrío (pág. 108), pero admite que «se puede negar la posibilidad de demostrar la libertad de decisión en el caso concreto y, no obstante, afirmar la dignidad de la persona y la idea del Estado Liberal de Derecho» (pág. 111). Parece que al cerrar la puerta a una afirmación valorativa, se abren las ventanas a todas las demás. Porque el Profesor Gimbernat tendrá que admitir, y con él todos los deterministas, que no ha existido, existe ni existirá ciencia alguna que fundamente empíricamente la dignidad humana. Es más, si el psicoanálisis nos hace dudar del libre albedrío, la Antropología, la Historia y la Sociología deberían hacernos dudar con mayor fundamento de la libertad, de la igualdad o de la interdicción de crueldad entre los hombres, es decir, de la dignidad humana.

Estas consideraciones debieran ser suficientes para resituar el problema de la culpabilidad donde tiene realmente su sede: en la relación del Derecho penal con los valores.

Esto permite establecer una primera conclusión: tiene razón Gimbernat cuando afirma que la negación del principio de culpabilidad no arrastra consigo la negación de la pena, del Derecho penal y de la Dogmática Jurídicopenal. Pero hay que sostener, en contra de su tesis, que afirmar el principio de culpabilidad no es incompatible con la constatación de que la criminalidad tenga causas y que no constituya ninguna base irracional para el Derecho penal ni para la Ciencia del Derecho penal. Para el Derecho penal constituye una base valorativa, no necesariamente irracional. Para la Ciencia del Derecho penal es absolutamente indiferente.

7. El segundo aspecto se refiere a la imposibilidad «de demostrar si una persona concreta en una situación concreta ha cometido un determinado delito» (pág. 109), lo que constituye, según el punto de vista que critico, una batalla perdida y una provocación a los especialistas.

(16) Véase la conocida proyección caricaturesca de ALF ROSS, en *Tü Tü*, Abeledo, Buenos Aires, 1961.

(17) Véase también, y en el mismo sentido, N. LUHMANN, *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983 (ORIG. *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, W. Kohlhammer, Stuttgart, 1974).

Efectivamente, la demostración de la libertad de la voluntad como dato empírico sería imposible en abstracto y en concreto, pero no es eso lo que pretende la afirmación del principio de culpabilidad. Lo que, por el contrario, significa es que el juez, al condenar a un inculpado imponiéndole una pena prevista por la ley penal, *trata al imputado como si fuera un ser racional y libre*, como si tuviera una conciencia a la que dirigir un reproche moral contenido ya en la norma. El sistema penal así concebido, y el juez al aplicarlo, parten de la libertad de albedrío de todos los hombres normales, y sitúan como excepción la inimputabilidad de algunos (menores, dementes) o la inimputabilidad de cualquier persona en determinadas circunstancias que le eximen de culpabilidad (ciertas circunstancias eximentes). El libre albedrío actúa así no como un dato empírico que el juez debiera comprobar, sino como un presupuesto valorativo general del sistema que *convierte a la reacción penal en un reproche con contenido moral*.

Esta opción valorativa tiene límites que nadie parece discutir, como el caso de los dementes, pero tiene límites puramente convencionales, como demuestra paradigmáticamente la diferencia con que cada sistema penal resuelve la minoría de edad penal.

En conclusión, hay un error en la tesis de que libre albedrío es indemostrable en el caso concreto, porque el tratar a los hombres como seres libres es un presupuesto valorativo general que no exige demostración o prueba en el caso concreto, más bien exige demostración en el caso concreto la negación del libre albedrío (18).

También en este aspecto la tesis de Gimbernat es inconcluyente porque afirmar la dignidad de la persona o su igualdad ante la ley deberían exigir en el caso concreto —de acuerdo con idéntica tesis— que el juez comprobase empíricamente que el inculpado tiene dignidad, lo que evidentemente es imposible.

8. Finalmente, hay que abordar la última discrepancia que sostengo. Aclaradas las cuestiones anteriores, se presenta como una mera opción valorativa respecto a la función del Derecho penal el concebirla como sistema de medidas inhibitorias para la defensa social o concebirla como un sistema de sanciones que contienen reproche moral apelando a la culpabilidad.

Imaginemos que un padre con unas profundas convicciones laicas y científicas llegara a la conclusión de que es incapaz de decidir en términos absolutos cuándo sus hijos actúan culpablemente o no, ya

(18) «Todas y cada una de las condiciones que la ley requiere para poder estimar la exención de responsabilidad criminal, son condiciones de excepción que necesitan probarse bien por resultado de los hechos tales cuales se conceptúan justificados, bien por virtud de declaración expresa y especial del Tribunal "a quo"» (Tribunal Supremo, sentencia de 23 de febrero de 1891). «Las causas de exención de responsabilidad, como excepciones del principio de la intencionalidad del agente, que siempre se presume, han de constar probadas en toda su integridad...» (Tribunal Supremo, sentencia de 1 de febrero de 1894). En este sentido la Jurisprudencia ha sido constante.

que la conducta de éstos viene obviamente determinada por multitud de factores genéticos y sociales que escapan a su control y a su conocimiento. Decide entonces prescindir de todo sentimiento de culpabilidad y, con el único propósito de que la vida familiar funcione, establece una serie de medidas mecánicas para disuadir a sus hijos de ciertas conductas. Aunque esto sea irrelevante, pudiera incluso darse el caso de que nuestro buen padre fuera un ferviente admirador de Skinner y llegara también a la conclusión de que los mejores elementos disuasorios, y los más disuasores por otra parte, consisten en un sofisticado sistema de pequeñas descargas eléctricas ante los actos no admisibles en la convivencia familiar.

Sea que llegue a este extremo o no, la cierto es que, si el método empleado es eficaz, sus hijos podrían llegar a tener un comportamiento perfecto, pero me temo que sus hijos nunca llegarían a tener conciencia moral; es decir, nunca llegarán a comportarse como hombres libres porque no fueron educados como hombres libres.

Posiblemente así sea más fácil reinterpretar hoy la obsesión de Kant por aclarar que el juicio de culpabilidad es un juicio sintético, y que la ley penal es un imperativo categórico. Con palabras de Kant: «Así, pues, si se supone la libertad de la voluntad, la moralidad surge a continuación por el mero análisis del concepto» (19).

Si no se supone la libertad de la voluntad, la moralidad no surge. Por tanto, la cuestión no es una cuestión metafísica ni científica, es una elección que tenemos que hacer sobre la función social del Derecho penal. La opción no es entre prevención y retribución, porque, como dice Ross, la idea de culpa y de responsabilidad moral no es alternativa a la prevención, «porque la desaprobación (o el reproche cuando se expresa directamente al acusado) es en sí misma una forma de conducta reactiva con una función (preventiva) de influir en la conducta... El castigo, incluso una multa, no se experimenta sólo como el precio a pagar por cometer un delito en la forma en que uno paga la entrada del cine. Debe asumirse que el estigma moral del castigo tiene una importancia particular en la capacidad de la legislación penal para influir las actitudes morales generales... el aspecto moral del sistema penal, la desaprobación moral que caracteriza a la pena es, a través de su influencia en los sentimientos y actitudes morales, de una significación decisiva para la función preventiva del sistema» (20).

Si una infundada urgencia científico-positiva lleva a alguien a optar por la desmoralización del sistema penal, deberá asumir que ha prescindido de educar moralmente a los ciudadanos mediante el Dere-

(19) E. KANT, *Cimentación...*, *cit.*, p. 136, y concluye KANT, afirmando que «tenemos que atribuir a todo ser dotado de razón y de voluntad esta propiedad de determinarse a obrar bajo la idea de libertad» (pp. 138-139).

(20) A. ROSS, *The Campaign...*, *cit.*, pp. 136-137.

cho, porque sólo «la capacidad de actuar espontáneamente, y de elegir entre alternativas; de tomar y mantener decisiones, de revisar las decisiones y cambiar racionalmente de opción, de sentirse culpable y de sentir orgullo por los éxitos... es lo que hace posible la moralidad» (21).

Ross concluye su discusión con Bárbara Wootton diciendo que mientras no se inventen píldoras anticrimen los juristas «tendrán que insistir en que son las fuerzas morales las que aglutinan la sociedad, y, por ello, que son esas mismas fuerzas las que la legislación penal debe intentar movilizar en la lucha contra el crimen» (22).

O dicho con palabras de MacCormick: «Permitamos que el Derecho se funde en la mera coerción, y todos seremos los perdedores» (23).

(21) MARY WARNOCK, *Ethics since 1900*, Oxford University Press, Londres, 1960 (reimpresión 2.^a edición 1971), p. 146.

(22) A. ROSS, *The Campaign...*, *cit.*, p. 147.

(23) NEIL MACCORMICK, *Legal Right and Social Democracy*, Clarendon Press, Oxford, 1982, p. 246.