

Revista **SISTEMA PENAL CRÍTICO**

**¿DEBEN IR LOS POBRES A LA CÁRCEL POR EL IMPAGO
DE UNA PENA DE MULTA?**

**¿SHOULD THE POOR BE IMPRISONED FOR NOT PAYING
A CRIMINAL FINE?**

Regina Helena Fonseca Fortes-Furtado

Profesora asociada de Derecho Penal en la Universidad de Oviedo

Doctora en Derecho penal por la Universitat Pompeu Fabra

fortesregina@uniovi.es

RESUMEN:

El término aporofobia designa el odio al indigente, la aversión a los desfavorecidos. El Derecho penal puede ser una manifestación de la aporofobia si se utiliza ideológicamente como instrumento en manos de los poderosos para perpetuar las discriminaciones contra los pobres y mantener las desigualdades sociales. El presente artículo analiza si la responsabilidad personal subsidiaria por el impago de multa del artículo 53.1 del Código Penal puede ser una expresión de la aporofobia, en la medida en que el impago de la pena de multa puede dar lugar a la imposición de una pena de prisión. Es sabido que las penas privativas de libertad de corta duración son desproporcionadas e ineficaces; además, si se aplican a personas económicamente vulnerables son discriminatorias, pues mantienen las desigualdades sociales al tratar a ricos y pobres de manera idéntica, cuando deberían tratar a los pobres de manera compatible con su situación. Por este motivo, proponemos una alteración del artículo 53.1 del Código penal para evitar que se puedan imponer penas de prisión a las personas pobres que no pueden pagar multas aplicadas en procedimientos judiciales penales.

ABSTRACT:

The term aporophobia refers to hatred of the homeless and aversion to the disadvantaged. Penal law can be a manifestation of aporophobia if used ideologically as an instrument in the hands of the powerful to perpetuate discrimination against the poor and keep social inequality. This article examines whether personal liability for non-payment of a fine under article 53.1 of the Penal Code may be an expression of aporophobia, in so far as non-payment of the fine penalty may result in the enforcement of prison sentence. As is well known, short-term custodial sentences are disproportionate and ineffective. Moreover, if they apply to economically vulnerable people, they are discriminatory, as they preserve social inequalities by treating rich and poor people identically, when they should treat the poor in a way which is consistent with their situation. For this reason, we propose an alteration of article 53.1 of the Penal Code to prevent giving a prison sentence to poor persons who cannot pay the fines charged in criminal proceedings.

PALABRAS CLAVE:

Aporofobia, Multas penales, impago de multas, prisión del deudor

KEYWORDS:

Aporophobia, criminal fines, unpaid fines, debtors' imprisonment

SUMARIO:

1. Introducción; 2. El Derecho penal como manifestación de la aporofobia; 3. La responsabilidad personal subsidiaria por el impago de multa; 3.1 La desproporcionalidad de la medida; 3.2 Una medida discriminatoria contra los pobres; 3.3 Una medida contraproducente por ineficaz e ineficiente en términos de prevención y represión de los delitos; 4. Conclusiones y propuestas.

“Poverty (in no way) immunizes from punishment”

1. INTRODUCCIÓN

La cita con la que empieza el presente trabajo procede del caso *Bearden v. Georgia*, 461 US 660 (1983), del Tribunal Supremo de Estados Unidos, pero nos hemos tomado la libertad de poner entre paréntesis la expresión que niega a la pobreza un efecto inmunizante contra el castigo penal. Y se ha hecho a propósito, pues en este estudio se propone una interpretación reductora de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de una multa penal, para impedir así que tal impago por una persona pobre pueda conllevar la sustitución por la pena de prisión y su entrada en la cárcel y ello porque estamos ante una medida desproporcionada, discriminatoria y contraproducente, en fin, ante una manifestación de la aporofobia del Derecho penal.

2. EL DERECHO PENAL COMO MANIFESTACIÓN DE LA APOROFOBIA

Ser pobre no es -y no puede ser-, desde luego, un delito en países que se conforman como Estados sociales y democráticos de Derecho, pero desde hace mucho tiempo varios autores denuncian una inequívoca y directa relación entre la exclusión social (el *underclass*) y la posibilidad de ir a la cárcel por cometer delitos menores, consecuencia de una nefasta gestión neoliberal de la marginalidad¹, incluso en países que mantienen el compromiso constitucional de proteger a los ciudadanos, evitando -o al menos tratando de minorar- los indeseados efectos de la vulnerabilidad económica; no en vano, este es el motivo por el que, además de democráticos, se califican como Estados sociales.

Por otro lado, y como la cara opuesta de la misma moneda, se suele señalar la existencia de una “cifra dorada”² de criminalidad para referirse al conjunto de delitos cometidos por quienes cuentan con un estatus privilegiado en el ámbito socioeconómico y político, que les permite evadir la justicia, un puente “de oro” a la impunidad. No se trata de un problema de detección de los delitos, como la acuñada cifra negra (*dark number*), sino más bien de un claro caso de favorecimiento de los más ricos, una vez que esas conductas delictivas o bien no están tipificadas penalmente o bien no se persiguen por los órganos responsables³.

Volviendo a la primera situación, y como es bien conocido, CORTINA ORTS acuñó el término aporofobia para designar el odio al indigente, la aversión hacia los desfavorecidos⁴. Una de las manifestaciones de la aporofobia sería el uso del Derecho penal como instrumento en manos de los poderosos para perpetuar las discriminaciones contra los pobres y mantener las desigualdades sociales.

Respecto a la intersección entre delito, pobreza y pena son significativas las aportaciones de SILVA SÁNCHEZ en el sentido de mitigar el dolor infligido por el Derecho penal a ciertos grupos sociales, tales como pobres, minorías étnicas, inmigrantes, etc., en virtud de su poca o nula participación en el proceso democrático de decisión política que conforma a las normas penales. A ese déficit se suma la infracción del deber de garante de la igualdad social del Estado, que implica su corresponsabilidad por no haber neutralizado los factores criminógenos desencadenantes del hecho cometido por al autor pobre⁵.

3. LA RESPONSABILIDAD PERSONAL SUBSIDIARIA POR EL IMPAGO DE MULTA

El artículo 53.1 del Código penal determina que “si el condenado no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas que, tratándose de delitos leves, podrá cumplirse mediante localización permanente”⁶, lo que se conoce por responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (en adelante RPSIM).

¹ En este sentido, son significativas las obras de WACQUANT, Loïc, 2010. *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*. Barcelona: Gedisa; y de SALES I CAMPOS, Albert, 2014. *El delito de ser pobre. Una gestión neoliberal de la marginalidad*. Barcelona: Icaria, pp. 24/31.

² VERSELE, Severín-Carlos, 1976. *Las “cifras doradas” de la delincuencia*, Resumen de una presentación hecha ante el Consorcio Europeo de Investigaciones Políticas, Bruselas.

³ Sobre ambas tendencias en política-criminal, cfr. TERRADILLOS BASOCO, Juan María, 2020. *Aporofobia y Plutofilia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*. Barcelona: J.M. Bosch.

⁴ CORTINA ORTS, Adela, 2017. *Aporofobia, el rechazo al pobre: Un desafío para la democracia*. Barcelona: Paidós, pp. 17-27.

⁵ Por consiguiente, el Estado *desprotector* no puede penalizar manifestaciones externas de la pobreza, como dormir al raso, comer o defecar en la calle o practicar la mendicidad en espacios públicos. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, 2018. *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*. Barcelona: Atelier, pp. 91-98 y 107.

⁶ Por razones de espacio no podemos profundizar en la multa proporcional, pero también con relación a esta pena habría que pensar una forma de adecuación a la incapacidad económica del infractor en virtud del principio constitucional de proporcionalidad y de igualdad (con la RPSIM).

Señala ROCA DE AGAPITO que el fundamento de la RPSIM se encuentra en el principio de la inderogabilidad de las penas con vistas a garantizar que también las de tipo pecuniario se cumplan⁷. Según este autor, cuando un sujeto comete un hecho castigado con multa se le está conminando con dos penas (multa y la RPSIM), pues se trataría de una auténtica pena privativa de libertad de carácter autónomo y subsidiario⁸, pero que adolece de inconstitucionalidad por vulneración del principio de proporcionalidad y de legalidad en el caso de la efectiva privación de libertad. Por otro lado, entiende GRECO que la pena de multa es una pena en sentido derivado, que puede materializarse en una afectación de un derecho innato de la personalidad (vida, integridad física y libertad), pero que, en definitiva, “solo se constituiría pena en tanto que afectación *in potentia* de la libertad del condenado”⁹, con lo cual se trataría de una pena privativa de libertad solo potencialmente.

Dejando de lado, de momento, la cuestión de la naturaleza de la pena de multa y de los fundamentos de la RPSIM y su constitucionalidad¹⁰, lo que se quiere analizar en este estudio es el efecto de la vulnerabilidad económica y la involuntaria imposibilidad de solventar la pena de multa por el reo por ausencia -temporal o con vocación de definitiva- de capacidad de consumo¹¹.

Lo cierto es que el impago de la pena de multa puede generar la aplicación de una pena privativa de libertad por un período de tiempo corto o, incluso, demasiado corto, contra los que no cuentan con medios económicos necesarios ni para afrontar la propia supervivencia, algo que nos parece desproporcionado, discriminatorio y contraproducente, como vamos a ver a continuación.

3.1 LA DESPROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA

Parece imprescindible recordar que la pobreza es un motivo más que suficiente para que no se aplique la forma más extrema de fuerza estatal contra aquellos que en estos momentos están más necesitados del auxilio del propio Estado por su condición de vulnerables¹².

⁷ Cfr. ROCA DE AGAPITO, Luis, 2003. *La responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa*. Valladolid: Lex Nova, p. 305.

⁸ ROCA DE AGAPITO, *op. cit.*, p. 299, pone de relieve que “cuando un sujeto comete un hecho castigado con multa, en realidad, no se le conmina con una pena de multa, sino que se le está conminando con dos penas: una, de carácter principal -la multa-, y otra de carácter subsidiario -la responsabilidad personal subsidiaria-, que únicamente resulta aplicable cuando no lo sea la pena principal. Pero ello no le niega en absoluto el carácter de auténtica pena”.

A nuestro juicio, la RPSIM es una consecuencia del incumplimiento de una sanción y no una consecuencia jurídica del delito. De la misma manera, si un reo no ingresa en prisión el Estado cuenta con mecanismos de cumplimiento de la pena privativa de libertad, por ejemplo, protocolos de busca y captura, extradición, la orden de detención europea... , que no por eso integrarían el concepto de pena privativa de libertad.

⁹ Cfr. GRECO, Luis, 2015. *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, Berlin: Dunker & Humblot, pp. 648 ss., 659; ROXIN, Klaus/GRECO, Luis, 2020. *Strafrecht – Allgemeiner Teil. Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*, v.1, 5ª ed., párr. 2º, nm. 1f, 1g, Múnich: C.H. Beck; tomos las referencias de COCA VILA, Ivó, 2021, “La pena de multa en serio. Reflexiones sobre su dimensión y aseguramiento aflictivos a través del delito de quebrantamiento de condena (art. 468 CP)”, *InDret*, núm. 3, p. 74, nota 16.

¹⁰ El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de manifestarse en dos ocasiones sobre la RPSIM en la redacción original del CP de 1995; en ambas afirmó su constitucionalidad: en la STS 230/1991, de forma indirecta, al decidir respecto de la prelación en los pagos de las responsabilidades económicas derivadas del delito del antiguo artículo 111 del Código Penal; y, de forma directa, en la STC 19/1988, de 16 de febrero.

¹¹ Sobre la multa como reducción coactiva temporal de la capacidad de consumo del condenado, véase COCA VILA, Ivó (2021), “La pena de multa en serio. Reflexiones sobre su dimensión y aseguramiento aflictivos a través del delito de quebrantamiento de condena (art. 468 CP)”, *InDret*, núm. 3, pp. Propone el autor una expansión de la pena de multa prácticamente a la totalidad de delitos, hacia un Derecho penal protagonizado exclusivamente por la pena pecuniaria en el que la RPSIM actuaría como factor de coerción al cumplimiento de la pena de multa, al prever la conversión en penas de prisión en caso de insolvencia y, por otro lado, el delito de quebrantamiento de condena del art. 468 CP trataría de contener la dispersión fáctica del dolor penal en el entorno social para que el condenado evite repercutir la pena en su entorno (social, empresarial, familiar..).

¹² La condición de vulnerabilidad socioeconómica puede configurar la circunstancia agravante de discriminación contra el pobre. Con amplias referencias, BUSTOS RUBIO, Miguel, 2020. *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22, 4ª CP)*. Barcelona: J.M. Bosch, 2020. Cfr. la L.O. 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que en su Exposición de Motivos señala que “dentro del espíritu de protección que impulsa este texto legislativo, se ha aprovechado la reforma para incluir la aporofobia y la exclusión social dentro de estos tipos penales, que responde a un fenómeno social en el que en la actuación delictiva subyace el rechazo, aversión o desprecio a las personas pobres, siendo un motivo expresamente mencionado en el ar-

Recientemente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Lăcătuș v. Suiza*¹³, condenó de forma unánime a Suiza por haber aplicado una pena de prisión de cinco días por el impago de la multa de 500 CHF (464 euros aproximadamente) a una mujer de etnia gitana condenada por mendicidad según las leyes penales del cantón de Ginebra. Entendió el TEDH que la condena era desproporcionada y que afectaba a la “dignidad humana de una persona extremadamente vulnerable”:

The Court considered that the penalty imposed on the applicant had not been proportionate either to the aim of combating organised crime or to the aim of protecting the rights of passers-by, residents and shopkeepers. The applicant was an extremely vulnerable person who had been punished for her actions in a situation in which she had in all likelihood had no choice other than to beg in order to survive. In the Court’s view, the penalty imposed had infringed the applicant’s human dignity and impaired the very essence of the rights protected by Article 8, and the State had thus overstepped its margin of appreciation in the present case. The Court concluded that the interference with the exercise of the applicant’s Article 8 rights had not been ‘necessary in a democratic society’ within the meaning of Article 8 § 2 and that there had been a violation of Article 8 of the Convention¹⁴.

No vamos a entrar aquí en otro importante aspecto de la cuestión, como es la falta de legitimidad de los Estados para imponer sanciones administrativas o penales a las personas que se dedican a la mendicidad, por atentar contra el principio de dignidad y por ser discriminatorias contra los pobres¹⁵. Además, la cuestión parece zanjada por el TEDH al afirmar que la mendicidad es compatible con el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH); en conclusión, estaría amparada por ese Convenio¹⁶.

No se puede perder de vista que se trata del conflicto entre dos bienes jurídicos de distinta jerarquía, como son la libertad y el patrimonio del penado, con una brutal diferencia cuantitativa y cualitativa entre la imposición de una pena de multa y una de prisión, además de la dificultad añadida que conlleva sustituir penas patrimoniales por privativas de libertad en los casos de insolvencia, sin quebrantar los principios de proporcionalidad e igualdad. Con lo cual, queda claro que la RPSIM impone una fungibilidad entre el patrimonio y la libertad que no se justifica en ninguna hipótesis, ni tampoco con la fijación de un baremo compensatorio como hace el art. 53.1 CP, principalmente si se toma en consideración el carácter aflictivo de la pena de prisión. En suma, se trata de una medida desproporcionada por excesiva¹⁷.

título 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”.

¹³ Cfr. TEDH, Asunto 14065/15, de 19 de enero de 2020 [Fecha de consulta: 18/11/2021] Recuperado de: LACATUS c. SUISSE (coe.int)

¹⁴ TEDH, *Press Release* [Fecha de consulta: 26/04/2021] Recuperado de: Judgment Lacatus v. Switzerland - sanction imposed for begging on the public highway violated the Convention (1).pdf

¹⁵ Como puso de relieve Maya HERTIG, vicedecana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ginebra y vicepresidenta de la Comisión Federal contra el Racismo, utilizar una sanción penal genera discriminación “porque las personas afectadas acaban en la cárcel y la gente tiene la impresión de que se trata de una población criminal, cuando somos nosotros quienes hemos criminalizado una conducta inofensiva” y añade que “deberíamos preguntarnos por qué nos molesta tanto ver la pobreza”, criticando la posición del Tribunal Federal suizo que considera que aunque sea un derecho fundamental se puede prohibir (disponible en *Festival Black Movie 2021* [en línea] Vimeo, [fecha de consulta: 18/11/2021] Recuperado de: Black Movie 2021 I Table Ronde I Questions de solitude(s) on Vimeo).

¹⁶ Cfr. CIGÜELA SOLA, Javier, 2019. *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 285-286, propone una teoría del delito que sea permeable a la justicia social y analiza las posibles puertas de entrada al Derecho penal de soluciones más humanizadoras y orientadas en términos de filosofía y no a los rendimientos tradicionalmente sentados en la filosofía moral.

¹⁷ En este sentido: ROCA DE AGAPITO, *op. cit.*, pp. 315-316, donde señala que “la mayor o menor gravedad de la pena debe tener relación con la mayor o menor importancia del bien jurídico protegido, y si el legislador ha decidido castigar un determinado comportamiento delictivo con una sanción pecuniaria, es porque considera que esa es la respuesta que merece la lesión del bien jurídico protegido por la norma. Al convertir la sanción pecuniaria en una pena privativa de libertad, como es la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 CP, se está protegiendo de forma excesiva un determinado bien jurídico. Y el legislador, como habíamos dicho, de entre los medios posibles a su alcance, debería optar por el menos lesivo de todos. Por eso, se puede afirmar que la responsabilidad personal subsidiaria, como pena privativa de libertad, es innecesaria, por excesiva”. Sobre el problema del encarcelamiento de los no pagadores de multas penales, véase FARALDO CABANA, Patricia (2017), *Money and the Governance of Punishment. A genealogy of the penal fine*, Londres: Routledge, pp. 82/84 y el análisis del largo camino hasta el sistema de días-multa.

3.2 UNA MEDIDA DISCRIMINATORIA CONTRA LOS POBRES

También es cierto que hay una gran probabilidad de que el afilado hilo de la espada de Damocles de la RPSIM caiga sobre el insolvente en cumplimiento de la máxima de que “las sentencias están para ser cumplidas” -lo que es cierto, y no lo ponemos en duda-; con todo, eso nos lleva a la sencilla conclusión de que los que pueden pagar la pena de multa no van a la cárcel, lo que genera una situación de discriminación contra los que no pueden pagarla, pues la ley trata de forma idéntica a personas en situaciones distintas.

Por este motivo, entendemos que el Derecho penal debería tomar en consideración no solo la capacidad económica del infractor sino también su *incapacidad económica* en atención a lo establecido por el artículo 14 de la Constitución española (CE) que afirma que “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”¹⁸. La igualdad ante la ley -igualdad formal-, que prohíbe la discriminación por los motivos enumerados, no de forma exhaustiva, en el artículo 14, se complementa, además, con el mandato de “igualdad material” del artículo 9.2 CE, que obliga a los poderes públicos a remover los obstáculos que impiden o dificultan que esa igualdad sea efectiva.

Por lo que respecta a los tratados internacionales sobre derechos, con valor interpretativo para nuestras normas iusfundamentales ex artículo 10.2 CE, cabe recordar, en primer lugar, que el CEDH proclama que “el disfrute de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación” (art. 14). Además, y trascendiendo a los derechos reconocidos en el citado tratado, el Protocolo Adicional número 12 al Convenio, 4 de noviembre de 2000, en vigor desde el 1 de abril de 2005, prevé que “1. El disfrute de todo derecho previsto por ley ha de ser asegurado sin discriminación alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. 2. Nadie puede ser objeto de discriminación por parte de una autoridad pública, cualquiera que sea ésta, que pretenda justificarse especialmente en los motivos mencionados en el párrafo 1” (art. 1).

Como se puede constatar, la lista de motivos de discriminación que menciona este precepto del Protocolo es idéntica a la del artículo 14 de la CE. Y se prefirió mantener esta opción ejemplificativa a la de incorporar nuevos supuestos (discapacidad física y mental, edad u orientación sexual) por considerar que era jurídicamente innecesario, dado que no se trata de un catálogo exhaustivo y omnicompreensivo y, se adujo, que la inclusión de menciones adicionales podría propiciar una interpretación que amparara discriminaciones basadas en motivos no reflejados.¹⁹

Ahora bien, ninguna de estas previsiones prohíbe cualquier trato diferenciado; sí, en palabras del Tribunal Constitucional (TC), el que introduzca “una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igual-

¹⁸ La igualdad se configura también como un valor superior del ordenamiento (artículo 1.1); fundamenta la remoción de obstáculos que la dificulten (9.2); inspira el sistema tributario (31.1) y es incluida en diversos derechos fundamentales, bien de manera explícita -como el acceso a cargos públicos (23.2), los derechos de los cónyuges (32.1) o los derechos de los hijos (39.2), bien de forma implícita -igualdad de derechos en las distintas partes del territorio (artículos 138.2 y 139.1). Sobre estas cuestiones pueden verse, con carácter general, los siguientes trabajos: BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa, 2010. *Igualdad y Constitución española*. Madrid: Tecnos; GAVARA DE CARA, Juan Carlos, 2005. *El término de comparación en la aplicación del principio de igualdad*. Pamplona: Thomson-Aranzadi; GIMÉNEZ GLUCK, David, 2004. *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*. Barcelona: Bosch; PRESNO LINERA, Miguel Ángel, 2020. “¿Ha sido España país para viejos durante la emergencia sanitaria de COVID-19?”, *IgualdadES* [en línea], n° 3, pp. 275-312 [fecha de consulta: 18/11/2021]. Recuperado de: CEPC - revistas electrónicas; REY MARTÍNEZ, Fernando, 2014. “El principio de igualdad en el contexto de la crisis del Estado social: diez problemas actuales”, *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, pp. 289-312; REY MARTÍNEZ, Fernando, 2017. “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018”, *Revista de derecho político*, n° 100, sep-dic, Ejemplar dedicado a: Monográfico con motivo del XL aniversario de la Constitución Española (I), pp. 125-171.

¹⁹ Existen también prohibiciones específicas de discriminación en el ámbito laboral (Carta Social Europea), lingüístico (Carta Europea de las lenguas regionales o minoritarias) y matrimonial (art. 5 del Protocolo Adicional número 7) y este conjunto normativo persigue un grado similar de protección al de otros instrumentos, como el artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el Título III de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (arts. 20 a 23), etc.

dad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados” (STC 63/2011, de 16 de mayo, FJ 3).

Esta línea interpretativa coincide con lo ya dicho por el TEDH en el sentido de que una diferencia es discriminatoria si carece de justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un fin legítimo o si no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido²⁰.

Con relación a la RPSIM, está claro que persigue un fin legítimo como es el cumplimiento de las penas; específicamente, de la pena de multa, pero la conversión de una sanción económica en una sanción privativa de libertad consistente en prisión, además de desproporcional, es discriminatoria por no tener en cuenta las diferencias socioeconómicas existentes entre los penados. La utilización de la RPSIM, por sí sola, no justifica los fines perseguidos, una vez que hay otras opciones más adecuadas y que evitarían el trato discriminatorio contra los pobres, como veremos más adelante.

3.3 UNA MEDIDA CONTRAPRODUCENTE POR INEFICAZ E INEFICIENTE EN TÉRMINOS DE PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DE LOS DELITOS

La pena persigue ciertas finalidades de prevención de los delitos, que se combinan con la represión de los que no consigue evitar, con el objetivo de que no se sigan cometiendo, ni por la persona que delinquirá, ni por las demás, en un sistema al que se denomina sistema penal estatal. Para SILVA SÁNCHEZ, ROBLES PLANAS y PASTOR MUÑOZ, en relación con lo propuesto por PAWLIK, la pena debe cumplir con dos objetivos: la coherencia y la adecuación a los tiempos²¹, y dichos autores se preguntan cuánto lastre de tradición hay que soltar para cumplir con este último cometido.

Es cierto que la finalidad de prevención general de delitos es deseable y acompaña la imposición de la pena pero no puede cumplir el papel de fundamento de legitimación de esa y ello porque también se encuentran, como hemos dicho, el carácter reactivo y de desaprobación (represión). La pena, por consiguiente, no es la imposición de un mal sino un acto positivo de confirmación de la norma por infracción del deber cívico de cooperar al mantenimiento de un estado de libertades jurídicamente configurado. Es el principio de igualdad de todas las personas en el ejercicio de la corresponsabilidad por el mantenimiento de un estado de libertades que recae en cada ciudadano por un imperativo de justicia. El deber secundario de tolerancia recae en los que incumplen con el mencionado deber primario de cooperación.

En fin, la idea de la pena como un mal observable, que, “en función del grado de seguridad de que goce una sociedad, tanto más aislado podrá verse el delito y las penas podrán ser más leves”, como resultado lógico de la evolución social y cultural misma.

Por ese motivo, es prácticamente unánime el entendimiento de que las penas de corta duración no despliegan los efectos preventivos deseados, algo consolidado en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokyo), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990²², que en su artículo 14.4 prevé que en el caso de modificación o revocación

²⁰ Cfr. TEDH, asunto *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*, de 28 de mayo de 1985 [Fecha de consulta: 18/11/2021] Recuperado de: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22TEDH,%20asunto%20Abdulaziz,%20Cabales%20y%20Balkandali%20c.%20Reino%20Unido,%20de%2028%20de%20mayo%20de%201985.%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-165107%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22TEDH,%20asunto%20Abdulaziz,%20Cabales%20y%20Balkandali%20c.%20Reino%20Unido,%20de%2028%20de%20mayo%20de%201985.%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-165107%22]})

²¹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, ROBLES PLANAS, Ricardo y PASTOR MUÑOZ, Nuria, “Estudio Introductorio”, en PAWLIK, Michael, 2016. *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Atelier: Barcelona, pp. 20-21, donde señala que puede comprenderse la relevancia de los elementos no instrumentales en el Derecho al constatar que el delincuente “no actúa en virtud de decisiones prudenciales concretas, sino siguiendo disposiciones habituales ancladas emocionalmente en su sistema de valores”, añadiendo que “la validez social del Derecho tiene que ver en amplia medida con que se reconozca su vinculación ético-social, algo que por su parte no es susceptible de imposición a través de coacción. Por eso, tampoco la teoría de la prevención especial puede legitimar la imposición de pena. Ello, aunque el agente, en la medida en que no abandone el rol de ciudadano, le incumba un deber de cooperar a su propia resocialización”.

²² NACIONES UNIDAS, *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de*

de la medida no privativa de libertad, la autoridad competente intentará imponer una medida sustitutiva no privativa de libertad que sea adecuada, exactamente para evitar la imposición de sanciones privativas de libertad de corta duración.

Se trata de evitar que, una vez el legislador ha dejado en manos de la autoridad judicial que, de una manera razonada y flexible, decida la pena más idónea en el caso concreto, se puedan cometer ataques injustificados - e irreparables- contra la libertad individual.

También es cierto que las Reglas de Tokyo admiten la imposición de penas de prisión cuando no existan otras medidas sustitutivas adecuadas. Sin embargo, a nuestro juicio, en el caso de insolvencia ocasionada por motivos de pobreza está desaconsejada la imposición de penas cortas privativas de libertad y ello en una interpretación más acorde con los principios que inspiraron en su día la elaboración de dichas reglas, fruto del movimiento que pretendía abolir las penas cortas privativas de libertad por ser contraproducentes en términos de eficiencia y eficacia (preventiva y represiva).

En la línea de lo sostenido por JAREÑO LEAL, entendemos que se trata de una pena contraproducente, pues, con relación a la prevención general, la eventual imposición de una pena privativa de libertad se percibe como algo asumible por los que tienen capacidad económica y que, por lo tanto, no van a prisión, mientras que los que no la tienen sí pueden ir a prisión; también la prevención especial negativa se ve mermada por el hecho de que genera en el infractor un sentimiento de sublevación, pues es percibida como excesiva e injusta, especialmente la pena de prisión aplicada en sustitución a la de multa.²³

Por otro lado, sería una incoherencia sistemática que en la fase de ejecución se pudiese imponer una pena de prisión, por ejemplo, para un delito que tuviera prevista exclusivamente la pena de multa u otra pena no privativa de libertad, como las penas de inhabilitación o de privación de derechos²⁴.

Adicionalmente, como señala SILVA SÁNCHEZ, en el sistema del Derecho Penal se admiten varias cesuras, a las que denomina separaciones acústicas de las normas; la primera, entre la norma primaria y la secundaria, y otra separación adicional, en la norma terciaria: la ejecución de la pena. Estamos de acuerdo en que, en algunos casos, la imposición de una pena puede ser solo la manifestación del injusto culpable, que en sí mismo ya comporta una carga emocional de dolor y aflicción al condenado y que, a veces, ya es suficiente “per se”, sin que requiera de la ejecución, esto es, de un dolor adicional²⁵.

Tokyo). [Fecha de consulta: 18/11/2021] <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/TokyoRules.aspx>

²³ Cfr. JAREÑO LEAL, Ángeles, 1994. *La pena privativa de libertad por impago de multa*. Madrid: Civitas, pp. 204 ss. y 211, para esta autora la pena de prisión en virtud de la RPSIM es una pena *desocializadora*, que conduce a una “desviación del efecto intimidatorio”.

²⁴ Encontramos muy interesante recordar que algunos países promovieron alteraciones en sus Códigos penales para prohibir la conversión de la pena de multa en prisión; un ejemplo paradigmático es Brasil, que en el año 1996 modificó el art. 51 de su Código Penal para ajustarlo a lo previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) a través de la Ley nº 9.268, de 01 de abril de 1996: “*Art. 51. Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor; aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição*” (traducción libre de la autora: *Si es firme la sentencia condenatoria, la multa se considera deuda de valor y se le aplican las normas de la deuda activa de la Hacienda Pública, incluso con relación a las causas de interrupción y suspensión de la prescripción*). En la Exposición de Motivos de la ley se justifica la medida pues: “Se o Estado, como ente político de representação da sociedade, responde à determinada conduta delituosa com a pena de multa é esta sanção que, efetivamente, se apresenta como necessária e suficiente para prevenção e repressão do delito. A conversão da pena de multa em prisão, por fato posterior à sua aplicação (omissão do pagamento ou frustração de sua execução), perde o sentido de proporcionalidade que deve ser inerente à todas as formas de reação punitiva, além de caracterizar uma indistigável forma de prisão por dívida, constitucionalmente vedada” (traducción libre por la autora: “Si el Estado, como ente político de representación de la sociedad, responde a determinada conducta delictuosa con la pena de multa, ésta es la sanción que, efectivamente, se representa como necesaria y suficiente para la prevención y represión del delito. La sustitución de la pena de multa por la de prisión, por un hecho posterior a su aplicación (impago o frustración de la ejecución), implica la pérdida del sentido de proporcionalidad, inherente a todas las formas de reacción punitiva, además de caracterizar una indisimulada forma de prisión por deuda, constitucionalmente vedada”), en *Diário do Congresso Nacional*, Ano L, nº 129, 04/08/1955, p. 19427 [Fecha de consulta: 18/11/2021] Recuperado de: (Impressão de fax em página inteira) (camara.gov.br).

²⁵ En este sentido la consulta de la Fiscalía General del Estado núm. 6/1999, de 16 diciembre, ya señalaba que la validez constitucional de la RPSIM “sigue pendiente de que en su ejecución no se produzca un exceso represivo que la haga innecesariamente restrictiva de los derechos del reo. Su régimen de cumplimiento ha de orientarse por ello hacia una

No obstante, no vamos a poder explorar esta vertiente en estas breves líneas pero, por supuesto, se trata de una vía para solucionar la cuestión, que pasaría por no llegar a la tercera fase, la de la ejecución de la pena de multa, bastando con la condena expresada por el Estado en la sentencia²⁶.

Lo cierto es que la coacción estatal mediante la privación de libertad a quien haya desatendido una obligación patrimonial no conduce a la pacificación social mediante la reinserción, sino a la estigmatización y a la discriminación del pobre y no se justifica ni en términos preventivos ni represivos.

4. CONCLUSIONES Y PROPUESTA

Llegados a este punto, nuestra conclusión es que la RPSIM puede ser una expresión de la aporofobia en la medida en que solo formalmente garantiza la observancia de la capacidad económica del penado; sin embargo, materialmente, permite que el impago de la pena de multa por los económicamente vulnerables conduzca de manera invariable a su sustitución por una pena de prisión.

Dicha sustitución parece que no se corresponde con los postulados del principio de igualdad y de proporcionalidad de las penas; además, si la vulnerabilidad económica genera una situación que debe ser combatida por el Estado, en su afán protector, no puede ser que, en otro ámbito, exactamente el de las normas jurídicas, las personas o grupos que merecen un mayor grado de protección estatal se vean doblemente desatendidos, lo que implicaría una evidente afrenta al principio de dignidad de la persona humana (artículo 10.1 de la Constitución española)²⁷.

Por todo lo dicho, el presente estudio propone la modificación del art. 53 CP para que se excluya la parte que permite la sustitución de la pena de multa por la pena de prisión en el caso del impago de aquélla por persona pobre y ello en razón de su vulnerabilidad económica y social. En su caso, se seguiría permitiendo la sustitución por otros tipos de penas, pero no por privación de libertad a través de la imposición de una pena de prisión²⁸.

BIBLIOGRAFIA

BALAGUER CALLEJÓN, María Luísa, 2010. *Igualdad y Constitución española*. Madrid: Tecnos.

BUSTOS RUBIO, Miguel, 2020. *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22, 4ª CP)*. Barcelona: J.M. Bosch, 2020.

CIGÜELA SOLA, Javier, 2019. *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*. Valencia: Tirant lo Blanch.

COCA VILA, Ivó, 2021. “La pena de multa en serio. Reflexiones sobre su dimensión y aseguramiento aflictivos a través del delito de quebrantamiento de condena (art. 468 CP), *InDret*, núm. 3, pp. 69-99.

COCA VILA, Ivó, 2020. “What’s really wrong with fining crimes? On the hard treatment of criminal monetary fines”, *MPI-CSL Working Papers*, núm. 2, pp. 01-25.

CORTINA ORTS, Adela, 2017. *Aporofobia, el rechazo al pobre: Un desafío para la democracia*. Barcelona: Paidós.

Diário do Congresso Nacional, Ano L, nº 129, 04/08/1955, p. 19427 [Fecha de consulta: 26/04/2021] Recuperado de: (Impressão de fax em página inteira) (camara.gov.br)

suavización que impida en la medida de lo posible su automática asimilación a la pena de prisión”.

²⁶ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, op. cit., pp.19-20.

²⁷ De acuerdo con la STC 120/1990, de 27 de junio, “la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre -también, qué duda cabe, durante el cumplimiento de una pena privativa de libertad, como repetidamente se cuida de señalar la legislación penitenciaria [arts. 3, 18, 20, 23, 26 b) LOGP; 3.1, 74.9, 80, 182 b), 230.1 RP]-, constituyendo, en consecuencia, un *minimun* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona” (FJ 4º).

²⁸ Como afirma QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Las penas en el siglo XXI, reflexiones obligatorias”, en ROCA DE AGAPITO, Luis (Dir.) (2019), *Un sistema de sanciones penales para el siglo XXI*, Tirant lo Blanch: Valencia, p. 71: “La reflexión final sobre la pena de multa no puede ser otra que expresar el deseo de que la respuesta al impago pueda ser, en todo caso, cualquier medida que no comporta la privación de libertad, solución antigua que debiera ser definitivamente expulsada del sistema”.

European Roma Rights Center, Third-Party Intervention, TEDH, asunto *Lăcătuș v. Suiza*, de 19 de enero de 2020 [fecha de consulta: 18/11/2021] Recuperado de: Microsoft Word - third-party-intervention-lacatus-v-switzerland-22-august-2016.doc (errc.org)

FARALDO CABANA, Patricia (2017), *Money and the Governance of Punishment. A genealogy of the penal fine*, Londres: Routledge.

Festival Black Movie 2021 [en línea] Vimeo, [fecha de consulta: 18/11/2021] Recuperado de: Black Movie 2021 I Table Ronde I Questions de solitude(s) on Vimeo.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos, 2005. *El término de comparación en la aplicación del principio de igualdad*. Pamplona: Thomson-Aranzadi.

GIMÉNEZ GLUCK, David, 2004. *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*. Barcelona: Bosch.

GRECO, Luis, 2015. *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, Berlin: Dunker & Humblot

JAREÑO LEAL, Ángeles, 1994. *La pena privativa de libertad por impago de multa*. Madrid: Civitas.

NACIONES UNIDAS, *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokyo)*. [Fecha de consulta: 18/11/2021] <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/TokyoRules.aspx>

PAWLIK, Michael, 2016. *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Atelier: Barcelona.

PRESNO LINERA, Miguel Ángel, 2020. “¿Ha sido España país para viejos durante la emergencia sanitaria de COVID-19?, *IgualdadES* [en línea], nº 3, pp. 275-312 [Fecha de consulta: 18/11/2021]. Recuperado de: CEPC - revistas electrónicas.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Las penas en el siglo XXI, reflexiones obligatorias”, en ROCA DE AGAPITO, Luis (Dir.), 2019, *Un sistema de sanciones penales para el siglo XXI*, Tirant lo Blanch: Valencia.

REY MARTÍNEZ, Fernando, 2014. “El principio de igualdad en el contexto de la crisis del Estado social: diez problemas actuales”, *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, pp. 289-312.

REY MARTÍNEZ, Fernando, 2017. “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018”, *Revista de derecho político*, nº 100, sep-dic, Ejemplar dedicado a: Monográfico con motivo del XL aniversario de la Constitución Española (I), pp. 125-171.

ROCA DE AGAPITO, Luis, 2003. *La responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa*. Valladolid: Lex Nova.

ROCA DE AGAPITO, Luis (Dir.), 2019, *Un sistema de sanciones penales para el siglo XXI*, Tirant lo Blanch: Valencia.

ROXIN, Klaus/GRECO, Luis, 2020. *Strafrecht – Allgemeiner Teil. Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*, v.1, 5ª ed., Múnich: C.H. Beck.

SALES I CAMPOS, Albert, 2014. *El delito de ser pobre. Una gestión neoliberal de la marginalidad*. Barcelona: Icaria.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, 2018. *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*. Barcelona: Atelier.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, ROBLES PLANAS, Ricardo y PASTOR MUÑOZ, Nuria, “Estudio Introductorio”, en PAWLIK, Michael, 2016. *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Atelier: Barcelona.

TEDH, asunto *Lăcătuș v. Suiza*, de 19 de enero de 2020 [Fecha de consulta: 18/11/2021] Recuperado de: LACATUS c. SUISSE (coe.int)

TEDH, *Press Release* [Fecha de consulta: 18/11/2021] Recuperado de: Judgment Lacatus v. Switzerland - sanction imposed for begging on the public highway violated the Convention (1).pdf

TEDH, asunto *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*, de 28 de mayo de 1985 [Fecha de consulta: 18/11/2021] Recuperado de:

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22TEDH,%20asunto%20Abdulaziz,%20Cabales%20y%20Balkandali%20c.%20Reino%20Unido,%20de%2028%20de%20mayo%20de%201985.%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-165107%22%5D%7D>

TERRADILLOS BASOCO, Juan María, 2020. *Aporofobia y Plutofilia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*. Barcelona: J.M. Bosch.

VERSELE, Severín-Carlos, 1976. *Las “cifras doradas” de la delincuencia*, Resumen de una presentación hecha ante el Consorcio Europeo de Investigaciones Políticas, Bruselas.

WACQUANT, Loïc, 2010. *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*. Barcelona: Gedisa.