



EL NUEVO CODIGO PENAL: PRIMEROS PROBLEMAS DE APLICACION

Coordinadoras:

M.^a LUZ GUTIÉRREZ FRANCÉS
VIRGINIA SÁNCHEZ LÓPEZ

IX CONGRESO
UNIVERSITARIO
ALUMNOS DE
DERECHO PENAL



Dirección de Cursos Extraordinarios
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

© ASOCIACION DE ESTUDIOS PENALES PEDRO DORADO MONTERO
Universidad de Salamanca

Depósito Legal: S. 133-1997

Imprime:

HERGAR fotocomposición láser, s.l.
C/. Papin, 13 - Teléfono *25 90 90 - Fax 25 90 64. 37007 SALAMANCA

LA DETERMINACION DE LA PENA EN EL NUEVO CODIGO PENAL

Nieves Sanz Mulas
Universidad de Salamanca

I. *Consideraciones previas*. II. *Determinación de la pena*. 1. Concepto. 2. Sistemas. A) Indeterminación judicial absoluta. B) Determinación legal absoluta. C) Indeterminación judicial relativa. D) Determinación judicial relativa. Fases. III. *Determinación de la pena en el código penal español*. 1. Evolución. 2. Determinación legal. A) Determinación cualitativa o fijación del marco penal. El caso especial de la minoría de edad. B) Determinación cuantitativa o concreción del marco penal. C) Determinación de la pena y pluralidad de delitos. El delito continuado y el delito masa. D) Especial referencia al art. 78. 3. Determinación judicial de la pena. IV. *Conclusiones*. *Bibliografía*

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Un reproche susceptible de hacer a la doctrina tradicional es su desmesurado interés por la teoría del delito en detrimento de las consecuencias jurídicas del mismo. Las ciencias de apoyo del Derecho Penal, sobretodo las sociales y en especial la criminología, nos advierten de la necesidad de acercamiento de nuestra ciencia a la realidad social y lo infortunado de mantenerse abstracta, idealista y de espaldas a ésta. En palabras de GIMBERNAT¹, «los idílicos tiempos en que lo que aparentemente importaba era si el dolo pertenecía al tipo o a la culpabilidad se han ido para siempre. Entramos en una nueva época donde la tarea fundamental va a consistir en levantar el telón del Derecho Penal para ver qué es lo que verdaderamente ha estado escondido tras él». Ha sido en estos últimos 25 años cuando los teóricos del derecho penal se han hecho eco de estas exigencias y han procedido, en mayor o menor medida, a servir a una aplicación del derecho segura y uniforme. La dogmática se utiliza como medio para la racionalidad del derecho y límite contra la arbitrariedad².

1. Gimbernat, E., "Relación general del coloquio sobre política criminal" en *Révue Internationale de Droit Penal*, 1978, 1, p. XL.

2. Zipf, H., *cit.* por Mir Puig, C., *El sistema de penas y su medición en la reforma penal*, Bosch, Barcelona, 1986, p. 10.

Uno de los grandes problemas centro de preocupación de todos los profesionales del derecho ha sido, es y seguirá siendo, el determinar cómo y en qué medida la sociedad debe reaccionar ante un hecho catalogado por ella misma como delictivo. Esto no es sino el gran problema de la determinación de la pena.

El establecer la pena que, en concreto, se aplica al responsable de un hecho delictivo, es una de las cuestiones neurálgicas del Derecho Penal puesto que en él quedan reflejados los objetivos perseguidos con todo el sistema penal en su conjunto. En la importancia y condicionantes habidos en cada una de las etapas del camino hacia la concreción de la pena se materializan las bases constitucionales del propio modelo de Estado. El contenido material de cada uno de los elementos del delito tiene su última concreción en la cantidad de pena impuesta³. Y es ahí, en las consecuencias jurídicas del delito donde más nítidamente se descubren los aspectos político-criminales.

II. DETERMINACION DE LA PENA

1. CONCEPTO

Se entiende por determinación de la pena la fijación de la pena que corresponde al delito. Decisión sobre la clase y la cantidad de la pena concreta a imponer a un sujeto, también concreto, responsable de un hecho antijurídico, bien sea delito o falta. En un sentido amplio se incluye la suspensión o la sustitución de las penas⁴.

Según SANTIAGO MIR PUIG⁵ «Para aplicar la ley se requiere no sólo su aclaración, sino su concreción o necesidad de elegir entre las distintas posibilidades que ofrece la literalidad de la ley».

2. SISTEMAS

Son varios los procedimientos de determinación de la pena y van, desde un legalismo extremo que consistiría en la fijación por la ley de la pena correspondiente a cada delito, hasta un sistema de arbitrio judicial que podría implicar dejar en manos del juez tal misión no limitando legalmente ni la medida, ni la clase de pena a imponer.

GARCIA ARAN⁶ distingue cuatro sistemas distintos:

A) *Indeterminación judicial absoluta*: en este sistema la ley no señala pena concreta alguna. El juzgador se limita a dictar una sentencia con pena indeterminada que mas tarde se concretará por la Administración Penitenciaria en atención a las características del reo sobre el que se proyectan exigencias preventivo-especiales. Fue la opción propugnada por el correccionalismo y choca frontalmente con las garantías propias del principio de legalidad⁷.

3. Berdugo Gómez de la Torre, I., *et al.* «Lecciones de derecho penal. Parte General», Praxis, 1996, p. 317.

4. Sentido amplio normalmente aceptado en la doctrina alemana: Cfr., Jescheck, *Tratado de derecho penal*, Vol. II, 1981, p. 1189; Roxin, CPC, «Prevención y determinación de la pena», CPC, nº 9, 1979, pp. 63 y ss. En España Luzón Peña, *Medición de la pena y substitutivos penales*, Instituto de criminología de la UCM, Madrid, 1979, p. 413.

5. Mir Puig, S., *cit.* por Mir Puig, C., *El sistema de penas...*, *op. cit.*, p. 12.

6. García Arán, M., *Los criterios de determinación de la pena en el derecho español*, Barcelona, Universidad de Barcelona, 1982.

7. Puig Peña, F., *Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1988, p. 606.

B) *Determinación legal absoluta*: la ley señala la pena concreta a aplicar en cada delito concreto y el Juez o Tribunal se limita a constatar la realización del hecho descrito y aplicar la pena prevista por el legislador. El ejemplo más claro de lo infortunado de este sistema lo dan los excesos y horrores llevados a cabo por el Antiguo Régimen.

C) *Indeterminación judicial relativa*: el Juez dicta una sentencia sólo «relativamente» indeterminada fijando una pena con dos límites, uno máximo y uno mínimo. La pena exacta se determina en la fase de ejecución, rodeada de una serie de garantías. Es el sistema típicamente anglosajón con su tradición jurídica casuística donde el peso de la individualización se carga en los jueces.

D) *Indeterminación legal relativa*: el legislador establece una pena con un marco legal flanqueado por un límite máximo y otro mínimo. Será el juez el que, en una segunda instancia, fijará la pena concreta dentro de dicho marco. Es el sistema propio de las legislaciones de nuestro entorno jurídico que adoptan un sistema intermedio entre el legalismo extremo que supone el sistema de determinación legal absoluta, y el arbitrio exacerbado que propugna el sistema de determinación judicial absoluta por lo que combinan ambos tomando cierta dosis de legalismo y un determinado margen de arbitrio judicial⁸. En cualquier caso, las diferencias entre las distintas legislaciones son grandes según la mayor o menor discrecionalidad que la ley deje a la actuación del Juez o Tribunal.

Este sistema ecléctico, de compromiso entre legalismo y arbitrio judicial adoptado también por nuestra legislación penal, se alcanzó el siglo pasado y partió de la determinación legal de la pena como límite fundamental de garantía —en evidente reacción contra el tratamiento indeterminado del delincuente incluso en los países en que se llegó a sus extremos con la aplicación exacerbada del principio preventivo-especial (EE.UU. y Suecia)— y es el que continuó marcando las legislaciones posteriores: la ley fija un marco penal con unos límites máximo y mínimo, dentro del cual corresponde al juez la determinación de la pena concreta⁹.

FASES

Dentro de este sistema tanto el legislador como el juez, y en un último lugar la Administración Penitenciaria, toman parte en la fijación de la pena concreta. El mayor o menor peso que se de en cada una de las fases es consecuencia del modelo de Estado y fines de la pena que se persigan. La determinación de la pena posee por consiguiente tres momentos: legal, judicial y penitenciario. Si se pone el acento en el legalismo prevalecerá la determinación legal y si se insiste en adaptar la pena al caso concreto ganarán el terreno las determinaciones judicial y penitenciaria. Siguiendo a GALLEGO DIAZ¹⁰, en un sistema de penas relativamente indeterminadas como el nuestro, el proceso de concreción de la pena ha de venir configurado, necesariamente, a través de un equilibrio de funciones que en el mismo han de atribuirse a las instancias de la ley y del juez.

A) *Individualización legal*: corresponde al legislador y consiste en la fijación, en abstracto, de una pena entre dos límites —superior e inferior— para el autor del hecho delic-

8. Fue el Código penal francés de 1810 el que, tras un arbitrio judicial demasiado amplio en el Antiguo Régimen y un legalismo extremo con el CP francés de 1791 -siguiendo a la filosofía liberal-, cambió de criterio y cedió a los jueces un cierto arbitrio para determinar la pena, pero dentro de un límite máximo y un límite mínimo previstos en la ley.

9. Antón Oneca, J., *PG*, Madrid, 1949, p. 544.

10. Gallego Díaz, *cit.* por Boldova Pasamar, M.A., en Gracia Martín, L., (coord.), *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 178.

tivo, el establecimiento de las circunstancias a tenerse en cuenta para la concreción posterior de la pena y, finalmente, la concreción de los efectos de las mismas con las directrices a seguirse en su valoración. Cada delito, o mejor dicho cada delincuente, es un caso distinto a los demás y el legislador, como es lógico, sólo puede dictar normas generales. Con el establecimiento de ese marco penal se precisa la conducta que se desea evitar con criterios de prevención general, se señala la cantidad genérica de pena que el legislador considera suficiente para la intimidación, para evitar que los ciudadanos cometan ese hecho concreto para lo cual debe tratarse de una pena proporcionada con la gravedad, abstracta, del delito. No obstante, también están presentes criterios de prevención especial, y, en concreto, al establecer las penas alternativas a la pena privativa de libertad¹¹.

B) *Individualización judicial*: a partir de la fijación del marco penal se dejan mayores o menores márgenes a la discrecionalidad de los Tribunales para concretar la pena. Se trata de que el juez o tribunal establezca, de forma motivada en su sentencia, la pena concreta dentro del marco fijado por la ley y siguiendo sus criterios. Responde a exigencias claramente preventivo especiales aunque un amplio sector doctrinal defienda la incorporación en las sentencias de exigencias preventivo generales -para recabar la confianza de la colectividad en el derecho o prevención general positiva o integradora- que sólo podría servir como excusa para llegar a imponer una pena mayor que la derivada de las exigencias preventivo especiales. De acuerdo con GARCIA ARAN¹², una cosa es que la decisión del juez al concretar el marco penal materialice los efectos preventivo-generales que el legislador pretende al establecer el mencionado marco y, otra muy diferente, que deba perseguir estos efectos como objetivos específicos. De igual manera el Juez debe, en su caso, decidir entre penas alternativas o suspender la ejecución de penas privativas de libertad, sólo en función de exigencias preventivo-especiales pues las preventivo-generales ya han sido tomadas en cuenta por el legislador.

C) *Individualización penitenciaria (también denominada ejecutiva o administrativa)*: en las actuales circunstancias, donde se trata de una actividad controlada por el Juez de Vigilancia, ninguna de las denominaciones es por sí sola correcta; por esto resulta preferible considerarla como aquella fase, con intervención judicial y administrativa, en la que la pena impuesta en la sentencia se adecua a la evolución e incidentes de su cumplimiento¹³. Es evidente que la colectivización de los medios y técnicas de ejecución limitan notoriamente esta fase de individualización pero cualquier decisión en este ámbito debe tomarse en función de exigencias preventivo-especiales por lo que resultan absolutamente rechazables la adopción de medidas preventivas fundadas en fantasmagóricas explicaciones preventivo-generales¹⁴.

III DETERMINACION DE LA PENA EN EL CODIGO PENAL ESPAÑOL

1. EVOLUCIÓN

Los códigos penales españoles en el pasado siglo adoptaron una toma de posición claramente legalista. Partían, como el CP francés¹⁵, de un marco penal fijado por la ley dentro del cual disponían tan sólo de un mínimo margen para concretar la pena. Con el ánimo propio de no abandonar la línea legalista, los propios márgenes penales no eran dema-

11. Berdugo. Gómez de la Torre, I., *et alt.*, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 319.

12. García Arán, M., *Los criterios de...*, *op. cit.*, p.

13. Muñoz Conde-García Arán, *Derecho Penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 555.

14. *Cfr.* Berdugo Gómez de la Torre, I., *et alt.*, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 320.

15. García Arán., M., *Los criterios de...*, *op. cit.*, p. 26, 29 y ss.

siado amplios y se fijaba un amplio listado de circunstancias atenuantes y agravantes obligadas a tenerse en consideración y con efectos legalmente fijados¹⁶. El código anterior, no difería demasiado de estas directrices pero al menos concedía una mayor margen de arbitrio judicial como resultado de muchas modificaciones llevadas a cabo durante este siglo: la introducción de la condena condicional por Ley de 17 de marzo de 1908, introducción de la libertad condicional por Ley de 25 de julio de 1914... Los códigos de 1928, 1932 y 1944 llevaron a cabo sus reformas en la misma línea. En 1944 se suprimen las penas parcialmente impuestas y se concede al Tribunal la facultad de recorrer la pena en toda su extensión en caso de no concurrir ni agravantes ni atenuantes y, en determinadas reformas de la Parte Especial, se tendió a desvincular al Juez de las reglas generales tasadas.

Tanto la premisa —el principio de legalidad— como una de sus consecuencias —la seguridad jurídica¹⁷— en cuanto que obligan a que tanto la ley como la sentencia fijen la clase y cuantía de la pena no ponen, apenas trabas, cuando se trata de conceder al Juez facultades de suspensión, sustitución e incluso impunidad en delitos pocos graves¹⁸ — para no alejarse de la prevención general— siguiendo las líneas de las actuales reformas penales tendentes a ampliar el arbitrio judicial únicamente en decisiones mas favorables para el reo. Esta era la línea seguida por el Proyecto 1980 y el Anteproyecto 1983 y ahora nuestro CP de 1995¹⁹. El actual texto concede una mayor discrecionalidad alejándose así de su predecesor y, por consiguiente, de su línea decimonónica también en cuanto a su sistema de penas se refiere. Sin embargo, las líneas maestras de la aplicación de las penas se mantienen lo cual, para BELLO LANDROVE²⁰, se traduce en la pérdida de la oportunidad ideal para reemplazar el rígido entramado de reglas matemáticas por una regulación más abierta al arbitrio judicial.

En el presente trabajo, centrado principalmente en la aplicación de la pena nos limitaremos a desarrollar las dos primeras fases en la determinación de la misma (legal y judicial), o lo que es lo mismo, dejaremos al margen la tercera fase, o de individualización penitenciaria de la pena, por considerarla una etapa de ejecución que ya se desarrolla y estudia en otro trabajo de esta misma publicación²¹.

2. DETERMINACIÓN LEGAL

Tradicionalmente ésta se ha tratado de una parte del Código Penal caracterizada por un gran constreñimiento de la decisión judicial a través de complicadas reglas que han llegado a ser denominadas «parte artística del código» y han caracterizado a nuestro sistema como de «aritmética penal»²². El CP 95 ha simplificado enormemente las reglas de determinación de la pena y ha ampliado el margen de discrecionalidad del juez aumentando, de forma notoria, su capacidad de suspensión y sustitución de las penas y de con-

16. Esta fue la opción adoptada por los textos de 1848 y 1870 donde, en la que se ha venido denominando “parte artística” del código, se introdujo un sistema de “matemática penal” con un complicado juego de escalas, marcos y grados de penas.

17. Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, PPU, Barcelona, 1996, p. 76.

18. Jescheck habla de esta tendencia en el movimiento internacional de reforma del Derecho penal en “*Rasgos del movimiento internacional de reforma del derecho penal.*”, cit. por Mir Puig S., *La reforma del derecho penal*, 1980, pp. 9 y ss.

19. Mir Puig, S., *Derecho penal...*, op. cit., p. 740.

20. Bello Landrove, F., en su ponencia sobre “La determinación de la pena” en el *curso sobre penas y medidas de seguridad en el nuevo código penal*, Consejo General del Poder judicial, Madrid, del 21 al 23 de octubre de 1996, p. 3.

21. Vid. el trabajo realizado al efecto por Fernández García, J. en este mismo libro.

22. Muñoz Conde-García Arán, *Derecho...*, op. cit., p. 553.

cesión de la libertad condicional. Pero, en contraste a esto, los marcos penales fijados para los distintos supuestos delictivos suelen ser más pequeños lo que tiene parte de explicación en la división bipartita de éstos en dos mitades —superior e inferior— frente a la tripartita anterior en tres grados —mínimo, medio y máximo—²³.

En el actual código como los que le han precedido, en la determinación legal de la pena o, lo que es lo mismo, concreción por el Juez del marco penal de la ley hasta la elección de la pena a imponer, se pasa por dos grandes fases en las que el juez no tiene las manos libres para actuar sino que se debe atener a los criterios que el mismo texto penal proporciona y que en ningún caso pueden considerarse desvinculados de los fines inherentes a la pena. Para ello no debe olvidarse del criterio de proporcionalidad de la pena respecto del hecho delictivo, ni de las necesidades preventivo-especiales del condenado²⁴.

A) *Determinación cualitativa o establecimiento del marco penal. El caso especial de la minoría de edad.*

Consiste en la fijación del marco penal, a partir del legalmente establecido en cada tipo delictivo de los integrantes de los Libros II y III para los autores del hecho consumado descrito en el tipo (art. 61), correspondiente a ciertas modalidades delictivas que le hacen variar hacia arriba o hacia abajo, mediante reglas contenidas en el Libro I. Se trata del sistema de grados previsto por el actual Código Penal (frente al antiguo sistema de escalas y grados); de la posibilidad de acudir a la pena inferior o superior en grado a la que en puridad correspondería al autor del hecho consumado. Las modalidades delictivas a que nos referimos son las formas imperfectas de ejecución, la participación y ciertas circunstancias especiales que transforman al hecho en tipos cualificados o privilegiados. Este marco legal abstracto o genérico para VIVES ANTON²⁵, responde a criterios de proporcionalidad de la pena con el injusto del hecho y la culpabilidad en atención a consideraciones de justicia orientadas casi exclusivamente por fines de prevención general.

Para MUÑOZ CONDE Y GARCIA ARAN²⁶ el que se hable de determinación cualitativa responde sobretodo a una importante razón de utilidad: con esa denominación se la distingue de la determinación cuantitativa porque, a diferencia de ésta en que se elige la pena concreta dentro del marco legal proporcionado por la cualitativa, en los casos en que deba aplicarse la pena superior o inferior en grado son cualitativamente distintos al hecho básico descrito en el tipo penal para el autor del hecho consumado; v. gr., el homicidio en grado de tentativa es evidentemente un hecho delictivo cualitativamente distinto al del homicidio consumado descrito en el art. 138.

Las reglas generales para la determinación de la pena se sitúan en los arts. 61 a 79 con algunas excepciones ubicadas en distintos lugares de los tres libros que conforman el texto. En algunos casos la ley establece un mandato al juzgador y en otros le da la potestad de elegir entre imponer una pena distinta, una inferior o una superior.

Siempre se parte de la regla general del art. 61 (inmodificada respecto la del antiguo art. 49): «*Cuando la ley establece una pena se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada*». A partir de aquí, el cómo calcular la pena superior o inferior en grado a la prevista en un determinado tipo delictivo nos lo señala el artículo 70.1 y repite, aunque de forma más clara, la misma regla de cálculo que el texto anterior fijaba

23. Mir Puig, S., *Derecho penal...*, op. cit., p. 740.

24. Muñoz Conde-García Arán, *Derecho penal...*, op. cit., p. 554.

25. Vives Antón, T., (coord), *Comentarios al código penal de 1995*, Vol. I, (arts 1 a 233), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 367.

26. Muñoz Conde- García Arán, *Derecho penal...*, op. cit., p. 556.

para determinar la pena de multa en su art. 76; se trata del criterio de incrementos o reducciones en un cincuenta por ciento.

– *La pena superior en grado* (art. 70.1.1): se formará partiendo de la cifra que conforma el marco superior de la pena base y aumentando a ésta la mitad de su cuantía constituyendo la suma resultante el nuevo marco superior, v. gr., la pena superior en grado a la fijada de 6 a 10 años será de 10 a 15 años; hemos partido de la cifra máxima, 10, y le hemos sumados su mitad, la mitad de diez es 5, $10+5 = 15$.

Pero, ¿Y si se supera el límite máximo previsto por la ley para cada clase de pena que se trate (ej. prisión de 20 a 25 años)? Los excesos en cuanto a los máximos vienen previstos en el segundo párrafo del art. 70 obligando a señalar la misma pena (ya sea prisión, multa, inhabilitación...), con la inclusión de una cláusula que amplíe su límite máximo así: *30 años para la pena de prisión, 25 años para la pena de inhabilitación absoluta o relativa, 15 años para la privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores y del derecho a la tenencia y porte de armas, 30 meses para la pena de multa y 36 fines de semana para la pena de arresto fin de semana*. Se trata de la misma técnica del viejo art. 75 adaptada a la suavización punitiva que supone el art. 33 frente al anterior art. 30²⁷.

– *La pena inferior en grado* (art. 70.1.2): se calculará partiendo del límite mínimo del marco señalado por la ley para el tipo básico al que se le restará su mitad cuyo resultado se convertirá en el nuevo límite mínimo, v. gr., en la misma pena de 6 a 10 años la pena inferior en grado será de 3 a 6 años, hemos partido de la cifra mínima, 6, y le hemos restado su mitad, $6-3 = 3$.

En este caso, al igual que en el anterior, se puede plantear el problema de superar el mínimo o sea el «exceso en cuanto al mínimo». La solución nos la da el art. 71 disponiendo que los jueces o tribunales podrán reducirlas tanto como sea necesario pero con una excepción, la del mismo artículo en su párrafo segundo, *cuando la pena inferior en grado se trate de prisión menor de 6 meses, ésta será sustituida de acuerdo con lo dispuesto en la sección 2ª del mismo Título (el Título III) sin que esto perjudique a la suspensión de la ejecución en los casos en que proceda*. La desaparición de las escalas graduales (antiguo art. 73) y de las penas cortas de prisión, (las inferiores a seis meses según el art. 33.3) obliga a un tratamiento especial de los descensos de grado en la pena de prisión. Decisión ésta que no podemos dejar de considerar muy oportuna y coherente con una política criminal que rechaza a las penas cortas privativas de libertad por sus efectos, en demasiadas ocasiones, mas desocializantes que resocializantes pero que, al mismo tiempo, no priva de los beneficios posibles en cuanto a su ejecución²⁸.

Este precepto nos va a permitir superar la definición de los delitos y faltas en función de su pena (art. 13) cuando ello «*resulte de la aplicación de la regla correspondiente*». A tenor de este art. 13, la imposición de la pena inferior en uno o dos grados no supone alteración alguna a la calificación del delito en grave o menos grave por lo que la pena inferior en grado puede suponer la imposición de una pena menos grave a un delito grave y de una pena leve a un delito menos grave. Es la penalidad el criterio utilizado por la ley para clasificar a las infracciones por su gravedad (art. 33) y no a la inversa. Por consiguiente, la pena legal abstracta contemplada en cada figura delictiva mas las causas de degradación es la que fija la clase de infracción por su gravedad²⁹. Es la pena de partida la que va a determinar la inclusión de la infracción penal en uno u otro grupo. Con todo

27. Bello Landrove, F., «*Determinación...*», *op. cit.*, p. 12.

28. *Cfr* Berdugo Gómez de la Torre, I., *et alt.*, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 322.

29. Vives Antón, T. S., (Coord), *Comentarios...*, *op. cit.* p. 411.

esto queda atrás la interpretación jurisprudencial que, con base a los anteriores arts. 6 y 28 no aceptaba que todas las penas impuestas por un delito fueran leves³⁰.

La novedad quizá más anecdótica es la de que la pena tipo se solapa en un día con la superior y la inferior en grado, evitando los problemáticos «y un día» y el «menos un día», aunque no todos los autores admiten dicho solapamiento³¹.

Ahora pasaremos a estudiar cuando se asciende o desciende sobre la pena en grado según los casos:

a.) *las formas imperfectas de ejecución*. El código actual al prescindir de la frustración simplifica el tema³² estableciendo en su art. 62 la *posibilidad* de, en caso de tentativa, *rebajar la pena en uno o dos grados* y la novedad respecto al anterior texto está en que ahora se precisan los criterios que fundamentan tal reducción en «*el peligro inherente al intento y en el grado de ejecución alcanzado*». Se subsumen en un mismo precepto ambas tentativas (acabada, o frustración según el código derogado, e inacabada) dejando a los tribunales la decisión de bajar la pena en uno o dos grados y no imponiendo distintas penas, según se trate de una u otra, como ocurría en el anterior texto (arts. 51 y 52). Lo que no es de aplicación cuando la tentativa venga expresamente penada por la ley (art. 64); v. gr., tentativa de homicidio del rey, art. 485.2.

También ha desaparecido la tentativa inidónea o delito imposible (antiguo 52.2) lo que plantea problemas sobre su punibilidad o no dependiendo que se considere o no subsumida en la definición de la tentativa en el art. 16.1. Para BELLO LANDROVE³³ «es la oportunidad para que los tribunales expulsen del ámbito penal los casos mas palmarios de inidoneidad o imposibilidad delictivas sancionando sólo aquéllos que revelen mayor peligrosidad o reproche social. Nada por otra parte, distinto a lo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido haciendo durante los últimos tiempos». Se está reafirmando el principio de ofensividad de manera que, para calificar una acción como intentada, al menos habrá tenido que significar un peligro potencial para el bien jurídico protegido, peligro que sólo existe a partir del comienzo de la ejecución del delito correspondiente por lo que nunca será suficiente la sola manifestación de una mala voluntad³⁴.

b) *actos preparatorios punibles*. En este tema el nuevo código penal también logra un significativo avance y simplifica mucho la cuestión ya que, según los arts. 18.3 y 18.2 *sólo son punibles en los casos*, probablemente demasiados³⁵, *en que la ley expresamente lo prevea* en algunos tipos penales de la parte especial por considerarse, especialmente peligrosos; v. gr., apología con banda armada y, cuando así lo hace, siempre les aplica la pena *inferior en uno o dos grados*. Se trata del mismo tratamiento punitivo dado a la tentativa por lo que, a juicio de BELLO LANDROVE³⁶, analógicamente deben regir para este arbitrio judicial los criterios del art. 62. El código, ahora derogado, también les asignaba la misma rebaja (art. 52.3) ahora bien, al recogerlos en la parte general los penalaba en cualquier tipo de delito.

30. Bello Landrove, F., *Determinación...*, op. cit., p. 12.

31. *Ibid.*, p.11.

32. Simplifica la cuestión porque no siempre resultaba sencillo delimitar frustración y tentativa, ni tampoco estaba libre de problemas la fijación del ámbito de aplicación de la frustración en determinados grupos de delitos como los de mera actividad.

33. Bello Landrove, F., *Determinación...*, op. cit., p. 6.

34. Vives Antón, T. S., (Coord), *Comentarios...*, op. cit., p. 371.

35. Bello Landrove, F., *Determinación...*, op. cit., p.6.

36. *Ibid.*

c) *formas de participación*. El texto vigente, al igual que el anterior, sigue «considerando» autores también a los inductores y a los cooperadores necesarios por lo que les aplica la misma pena que al autor —art. 28 frente al art. 49 del anterior texto—. En lo que respecta al encubrimiento —disminución de la pena en dos grados en la letra del viejo código—, al convertirse en un delito autónomo, deja de considerarse una forma de participación por lo que tan sólo nos queda la complicidad. En ella, el texto con su artículo 63 (al igual que el 53 anterior) adopta el principio de accesoriedad de la participación por el cual la pena del cómplice se fija a partir de la señalada para el autor. Se les fijará la *pena inferior en grado*.

En cualquier caso no estará de más recordar que la pena superior o inferior en grado en la participación, se calculará siempre a partir de la señalada a la tentativa o a la consumación lo que puede consistir en un descenso de la pena en hasta tres grados (4 grados en el código derogado si convergía el encubrimiento). Si al autor se le rebaja la pena por el grado de ejecución alcanzado; v. gr., se quedó en intentado, la del cómplice se establecerá a partir de ésta disminuyéndose en un grado más en atención a su grado de participación. Y, al igual que ocurría en el caso de la tentativa, el art. 64 nos advierte que lo anterior no se aplicará cuando la complicidad venga especialmente penada por la ley —coincide con el anterior art. 55 que incluye, claro está, al delito frustrado, el encubrimiento y los actos preparatorios punibles—.

d) *otros supuestos de movimiento cualitativo de la pena: circunstancias especiales de modificación de la responsabilidad*: se trata de supuestos de concurrencia de circunstancias atenuantes de especial consideración que posibilitan la aplicación de penas inferiores en grado:

– *Eximentes incompletas* (art. 21.1). Se les dota de una transcendencia atenuatoria superior a la normal. El nuevo código penal, en su art. 68, da al juzgador la *posibilidad* de imponer la *pena inferior en 1 o 2 grados* para lo cual deberá atender *al número y entidad de los requisitos que faltan o concurren* respecto de la eximente completa que le sirve de referencia, *las circunstancias personales del autor* y, en su caso, *el resto de las circunstancias agravantes o atenuantes* en base a lo cual tendrá que *motivar su decisión en la sentencia*. La mayor novedad, respecto al anterior código en su art. 66, es que dicha rebaja tiene un carácter *potestativo* para el Tribunal lo cual ya está planteando sus dudas: algunos lo interpretan como discrecionalidad en bajar la pena en uno o dos grados, no para mantener la pena en su nivel, y otros apoyan la discrecionalidad plena incluyendo el poder mantener la pena en su nivel³⁷. La libertad para moverse en los límites de la atenuación sigue siendo reglada, ahora bien, se amplían los criterios respecto del anterior art. 66 a «... *las circunstancias personales del autor y el resto de las circunstancias atenuantes o agravantes*.»

El caso especial de la minoría de edad

El texto vigente al regular específicamente en su art. 69, como el viejo código lo hacía en su art. 65, la punición de los menores delincuentes, cuya edad queda ahora fijada entre los 18 y los 21 años, extrae de su seno al menor de 18 años declarándolo no responsable con arreglo a su letra y lo deja en manos de una futura, aun no materializada, ley que regulará el tratamiento de los delincuentes menores y juveniles, que si lo puede hacer responsable (art. 19). De la misma forma concede al juez o tribunal la posibilidad de aplicar sus preceptos cuando sea mayor de 18 y menor de 21 años (art. 69). Pero, como ya

37. *Ibid.*, p. 9.

hemos adelantado la subsodicha ley aún no se ha elaborado por lo que, y de acuerdo con la Disposición Final 7ª del nuevo texto tales preceptos no son vigentes. Por consiguiente, se seguirán aplicando los preceptos del viejo texto en lo que a este tema se refieren. Según ellos, —y en concreto el art. 65— al mayor de 16 y menor de 18 años deberá aplicarse la pena *inferior en uno o dos grados* —aquí se trata de una obligación del juez y no de una discrecionalidad—, o *sustituir la pena por internamiento en institución especial de reforma por tiempo indeterminado hasta conseguir la corrección del culpable*. Con lo que la mayoría penal es aún de 16 años -antes de los cuales habrá una eximente completa-. Se trata de una atenuación extraordinaria que debe situarse junto a las que componen este apartado.

Para BELLO LANDROVE³⁸ «no parece que la opción llegue a ser muy distinta a la del art. 65: o la rebaja penal sustancial en uno o dos grados o la aplicación de medidas de carácter corrector o reeducador. Lo único deseable en todo caso es que las medidas alternativas a la pena no queden, como hasta ahora, en mera posibilidad no usada casi nunca, más por falta de medios y personal adecuados, que por insensibilidad de los jueces»³⁹.

– *Concurrencia de dos o más atenuantes o una sola muy cualificada* (art. 66.4): este artículo contiene una regla aplicable sólo cuando concurren circunstancias distintas de la eximente incompleta y la minoría de edad, que disfrutan de un régimen específico. Funciona de manera residual con, por consiguiente, aplicación preferente de las normas que regulan estos supuestos especiales. Se trata de la *potestad*, no obligación, de *atenuar la pena en uno o dos grados*, que debe ser *motivada en la sentencia* basándose en la «*entidad y número de dichas circunstancias*». Para algunos esto se dará siempre con independencia de la concurrencia o no de circunstancias agravantes, pues éstas no interfieren en la determinación del marco legal, sino en la concreción legal de la pena en el susodicho marco, o sea, en la ya segunda fase de la determinación legal de la pena⁴⁰. Pero no todo el mundo piensa lo mismo, algunos autores⁴¹ opinan que todos los casos de concurrencia de agravantes y atenuantes se reconducen al art. 66.1 por lo que no habría posibilidad de bajar la pena de grado ante la presencia de una o mas agravantes en concurrencia con dos o mas atenuantes o una muy cualificada. Para VIVES ANTON⁴², defendiendo un punto intermedio, la posibilidad de atenuación sigue subsistiendo si, pese a la compensación de unas y otras circunstancias, siguen subsistiendo dos o más atenuantes o una muy cualificada. El código derogado, en su art. 61.5, exigía para llevar a cabo la atenuación, la no presencia de ninguna agravante.

– *Error de prohibición vencible* (art. 14.3): *obligación* no discrecionalidad de imponer la *pena inferior en uno o dos grados*. El código no hace mención de los criterios a seguir por el juez en su decisión lo cual no significa que el juzgador no deba incluir y desarrollar en su sentencia, los motivos que lo han llevado a atenuar en uno o dos grados. En el letra del código anterior se establecía la pena inferior en uno o dos grados (art. 66). La mayor novedad del CP 95 en tema de punición del error, viene recogida en el art. 14.2 «*el error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia*

38. *Ibid.*, p.10.

39. «La incompatibilidad de la L.O. reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores con el nuevo sistema de medidas implantado en los arts. 95 a 104 hacen conveniente dejar en suspenso esta norma a no ser que se encuentre una interpretación compatible con las garantías constitucionales y con el modelo de medidas recientemente creado», Vives Antón, T.S., (coord.), *Comentarios....*, op. cit., p. 405.

40. Bello Landrove, F., *Determinación....*, op. cit., p. 8.

41. Muñoz Conde-García Arán, *Derecho....*, op. cit., p. 563; en el mismo sentido Llorca Ortega, J., *Manual*, op. cit., p. 86 y ss.

42. Vives Antón, T.S., (coord.), *Comentarios....*, op. cit., p. 398.

agravante impedirá su apreciación». Esto puede justificarse por un criterio de pena razonable: si se puede castigar por el «delito básico», se es indulgente con el error en materias agravatorias⁴³.

Ante todo lo dicho se nos plantea una pregunta, ¿Todas estas atenuaciones especiales son acumulables, v. gr., rebaja doble, triple o, en su caso cuádruple si se aplica una eximente incompleta y, además, la atenuación extraordinaria por ser el reo menor de 18 años?. Para MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN⁴⁴ «habrá que tener en cuenta la distinta naturaleza de las atenuaciones extraordinarias y las relaciones entre los arts. 66.4, 68 y antiguo art. 65». En base a ello consideran que el régimen adoptado por el art. 66.3 y el de los arts. 68 y antiguo 65 son excluyentes⁴⁵ entre sí ya que, cuando se establece el régimen especial de los arts. 68 del nuevo texto y 65 del viejo para la eximente incompleta y la minoría de edad, se hace permitiendo al Tribunal imponer la extensión concreta de la pena que estime pertinente dentro del marco legal elegido y por tanto, excluyendo la aplicación de las reglas específicas del art. 66 para el juego de las circunstancias atenuantes y agravantes, aunque unas y otras pueden ser tomadas en consideración libremente junto a los restantes criterios señalados en los arts., 68 y aún vigente art. 65. Sin embargo, afirman la compatibilidad de concurrencia de una eximente incompleta con arreglo al art. 68 con la minoría de edad del anterior art. 65 por considerarse atenuantes, con una naturaleza distinta, previstas para supuestos diferentes y, por lo tanto, acumulables⁴⁶. «... resultaría injusto que el menor de dieciocho años no pudiera beneficiarse de la concurrencia de una eximente incompleta, no existen motivos para tener que optar por una u otra, del mismo modo que en el cómplice de tentativa son acumulables las rebajas por el grado de ejecución y la forma de participación».

B) *Determinación cuantitativa o concreción del marco penal*

Una vez fijado el marco legal, y en un segundo momento, habrá que pasar a la fijación de la extensión -el anterior grado- en que debe imponerse la pena según las circunstancias modificativas concurrentes con reglas especiales para el delito continuado y el concurso de delitos. En esta ocasión hablamos de determinación cuantitativa de la pena o concreción legal del marco penal. Se trata de la elección de la extensión o cantidad concreta de pena a cumplir. En esta fase no vamos a jugar con grados, ni por lo tanto penas superiores o inferiores en grado, no nos vamos a mover del marco penal señalado. Nos vamos a mover dentro de este marco. La existencia o no de agravantes o atenuantes llevará al juez, por imperativo legal, a moverse exclusivamente por una de las mitades de la pena correspondiente, ya sea la mitad superior o la mitad inferior, (art. 66 en relación con el antiguo art. 61). En esta fase VIVES ANTON⁴⁷ considera que, el marco legal concreto viene determinado no sólo por el mayor o menor reproche de la culpabilidad, sino sobremanera, por consideraciones utilitaristas de prevención general y especial que obedecen a motivos externos a las categorías del delito y que no guardan relación directa alguna ni con la intensidad del ataque ni, por lo general, con el grado de reproche.

Cuestiones generales sobre la estimación de las circunstancias

Partimos de que nuestro actual código, de manera no diversa al viejo art. 60, se ane-

43. Bello Landrove, F., «Determinación...», *op. cit.*, p. 19.

44. Muñoz Conde-García Arán, *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 558.

45. En la postura contraria se encuentra Llorca Ortega, J., *Manual...*, *op. cit.*, p. 102.

46. En este sentido se muestra en contra Antón Oneca, en forma dubitativa Quintano Ripollés y Cordoba Roda y a favor Casabo Ruiz, *cit.* por Llorca Ortega, *ibid.*

47. Vives Antón, T. S., (coord.), *Comentarios...*, *op. cit.*, p.367.

xiona al principio de comunicabilidad de las circunstancias a los distintos partícipes intervinientes en el hecho o, lo que es lo mismo, plasma el principio de culpabilidad y personalidad de la pena en el art. 65 según el cual se comunicarán las circunstancias materiales a aquéllos que las conocieran y no se comunicarán las personales en aquellos en que no concurrían.

Con la excepción, imagino ya sobreentendida, de no estimar las circunstancias inherentes a la infracción (art. 67). Prohibición de doble valoración que en el concurso de leyes se resuelve desplazando la aplicación de la circunstancia que ya haya sido tomada en consideración al calificar el delito. Lo que es lógico ya que, de otra forma se incurriría en un claro y rechazable «*bis in idem*»⁴⁸.

Reglas de aplicación de la pena según las circunstancias modificativas de la responsabilidad concurrentes (art. 66 versus antiguo art. 61):

– *Si concurre una sola atenuante* (art. 66.2): se aplicará *obligatoriamente* la misma pena en su mitad inferior. Para el texto precedente se trataba de la misma pena en su grado mínimo. Necesaria no concurrencia de ninguna agravante.

– *Si concurren una o varias agravantes* (art. 66.3): misma pena en su *mitad superior*. El código penal anterior discriminaba las situaciones según concurría una o varias agravantes: si concurría sólo una (art. 61.2) se señalaba la pena en su grado medio o mínimo, salvo en delitos relacionados con la actividad de bandas armadas o elementos terroristas que llevaban el grado máximo. Si concurrían varias agravantes: pena en su grado máximo.

Para MUÑOZ CONDE Y GARCIA ARAN⁴⁹ deben concurrir sólo agravantes pues si concurren atenuantes se aplicaría el art. 66.1.

– *Si no concurren ni agravantes ni atenuantes* (art. 66.1): posibilidad de moverse *a lo largo de toda la pena*, de todo el marco legal atendiendo a las circunstancias del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho. Ha aumentado la discrecionalidad judicial respecto a un antiguo art. 61.4 cosa, tal vez debida, a la división en sólo dos partes de la pena —frente a los tres grados anteriores—.

– *Si concurren agravantes y atenuantes* (art. 66.1): al igual que en el supuesto anterior, en el que no concurrían ni unas ni otras circunstancias, el Juez podrá moverse *a lo largo de toda la pena* utilizando los mismos criterios de concreción. Si lo analizamos separadamente del caso anterior se percibe una notable diferencia entre el código actual y el que le precede en este punto. Mientras nuestro vigente texto potesta al juzgador para moverse libremente por toda la extensión de la pena, si bien ateniéndose a los mencionados criterios de circunstancias personales y gravedad del hecho, que debe motivar razonadamente en la sentencia, el derogado, en su art. 61.4, confía al Tribunal la compensación racional del valor de unas y otras circunstancias. Para VIVES ANTÓN⁵⁰ el hecho de que haya desaparecido el término «racional» que acompañaba al de «compensación» no significa una ampliación del marco de juego a la discrecionalidad del juez, sino justamente lo contrario, pues ahora se contienen explícitamente los parámetros de racionalidad «circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho».

Para MUÑOZ CONDE Y GARCIA ARAN⁵¹ la igualdad de trato dada tanto a la concurrencia de ambos tipos de circunstancias como a la no concurrencia de ninguna pone

48. Bello Landrove, F., «*Determinación...*», *op. cit.*, p. 9.

49. Muñoz Conde-García Arán, *Manual...*, *op. cit.*, p. 563; en el mismo sentido Vives Antón, T. S., (coord.), *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 397.

50. Vives Antón, T. S., (coord.), *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 397.

51. Muñoz Conde-García Arán, *Manual...*, *op. cit.*, pp. 563 y ss.

en evidencia que en el primer supuesto —conurrencia de ambas— está previsto para la compensación de las que atenúan con las que agravan, resultando un caso igual al de la ausencia de circunstancias, v. gr., si concurren dos agravantes y una atenuante, resulta compensada sólo una agravante pasando la otra a ser objeto del art. 66.3.

Distinto es el tema sobre los criterios a utilizar por el Juez en la determinación concreta de la pena. La novedad está en la obligación de explicitar los argumentos tradicionales del viejo 61.4 en el fallo. La ponderación de las características del hecho y del autor es discrecional para el Tribunal y por tanto, no recurrible, pero en todo caso el código penal obliga a que la decisión sobre la pena impuesta sea motivada expresamente en la sentencia. La obligación general de motivar las sentencias⁵² se establece en el art. 120.3 de la constitución y, por tanto, podría afirmarse que la previsión específica de esta exigencia en el art. 66.1 del texto penal es innecesaria; sin embargo, no está de más referirla expresamente a la determinación de la pena para evitar que se limite exclusivamente a la calificación de los hechos⁵³.

No es de recibo olvidar, como señala el art. 67, que «*nunca se tendrán en consideración las circunstancias agravantes o atenuantes que el legislador haya tenido en cuenta la describir la infracción o las que sean inherentes al delito*»; v. gr., la alevosía con respecto al asesinato.

Excepciones a la regla general del art. 66:

– *En materia de faltas:* (art. 638 frente al antiguo 601): en el código vigente, al igual que en el anterior, aquí no rigen las reglas ya explicadas para la determinación cualitativa de la tentativa y de la complicidad, ni las indicadas para la determinación cuantitativa o concreción de la penalidad por concurrencia o no de circunstancias modificativas de la responsabilidad. En este campo de las faltas, a la hora de penarlas el Juez, por orden del art. 638, lo hará *según su prudente arbitrio atendiendo a las circunstancias del caso y del culpable sin ajustarse a las reglas de los arts 61 a 72*. La discrecionalidad judicial prácticamente se convierte en el único modo ya que los criterios dosimétricos carecen de la más mínima precisión: «*circunstancias del caso y del culpable.*». No parece justo que resulte insuperable el límite mínimo de las penas previstas en el Libro III debiéndose extender a las faltas la tolerancia del nuevo art. 71.1, cuando menos, en los casos en que la pena base de la falta sobrepasara el tope mínimo de los previstos en el art. 33.4⁵⁴.

– *En la pena de multa* (art. 52.1 versus anterior art. 63): nos estamos refiriendo a los casos de multa establecida en proporción al daño causado, al valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo. En estos supuestos el Tribunal, con base en el art. 55.2 y para determinar en cada caso la suma global o la cuantía de las cuotas, podrá recorrer la *pena en toda su extensión* teniendo en cuenta, en forma primordial, la *situación económica del culpable* junto, por supuesto, a las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho.

En los demás casos, para la determinación del número de cuotas dentro del marco penal, se seguirán las directrices del art. 66 salvo que el código expresamente proporcione los criterios. Una vez determinadas las cuotas, la fijación del importe se hará «*teniendo en cuenta la situación económica del reo, deducido de su patrimonio, ingresos, obli-*

52. Vid. Zugaldía Espinar, J.M., «El derecho a obtener una sentencia motivada y la individualización de la pena», en *Poder judicial*, n.º 18, 1990, pp. 133 y ss.

53. Muñoz Conde-García Arán, *Manual...*, op. cit., p. 564.

54. Bello Landrove apunta, como caso curioso en este apartado, el que aunque el art. 33.4 establezca para la multa leve el tope mínimo de cinco días-multa, el art. 625.1 habla de una multa de uno a veinte días lo que supone un caso claro de incoherencia legislativa; en «*Determinación...*», op. cit., p. 11.

gaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo». Para BERDUGO, ARROYO ZAPATERO⁵⁵,... es un criterio políticamente correcto amenazar directamente con la razón del ser del sistema de días-multa.

El nuevo código penal prescinde de un artículo análogo al viejo art. 76, en lo referente a la determinación de los grados superior e inferior de la pena de multa. El silencio no puede interpretarse sino como inspirado en el deseo de evitar una redundancia: el criterio general de los cincuenta por ciento del art. 70.1 es aplicable a las penas de multa -proporcionadas o días-multa-, lo mismo que si se tratara de penas privativas de libertad o privativas de derechos⁵⁶.

– *En los delitos imprudentes*: el trato cambia en concordancia con la nueva forma de tratar la imprudencia considerándola únicamente punible en aquellos casos en que expresamente lo prevea la ley que, al mismo tiempo, señala la pena correspondiente. En el viejo código con su cláusula general (art. 565) en ningún caso las penas podían ser iguales o superiores a las del delito doloso correspondiente en cuyo caso se impondría la pena prevista para éste atenuada en un grado (art. 565.4). En su punto 2 preveía unos supuestos agravados que podían, en función de su entidad, incidir en la determinación cuantitativa y cualitativa de la pena. Fuera de los cuales se permite acudir a las reglas generales (anterior art. 61) para concretar la pena. Lo que, como matizan MAPELLI Y TERRADILLOS⁵⁷, no significa actuar sin criterio, sino que pueden considerarse como reglas de referencia para la actuación del tribunal o juez.

C) *Determinación de la pena y pluralidad de delitos. El delito continuado y el delito masa.*

En ambos códigos penales se da el mismo concepto y, en ambos, se trata de igual forma al concurso medial que al ideal con un tratamiento mas favorable que al concurso real. El nuevo texto sigue recogiendo reglas especiales para los supuestos de pluralidad de infracciones que toman como punto de partida las del viejo código sobre las que se introducen modificaciones que tienden por lo general a agravar la pena resultante.

a) *Los concursos ideal y medial de delitos* (art. 77): principio de exasperación o asperación que conduce a una única pena más agravada, siempre que ello sea más favorable que la acumulación de penas. El art. 77 dice que se aplicará la *pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones*. Art. 77.3: ...cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las conductas por separado. Este artículo ha mantenido íntegramente la regulación del viejo art. 71 con las novedades de: hablar de «infracciones» en vez de delitos lo que acaba con la vieja polémica entendiéndose también incluidas a las faltas —el anterior código sólo se refería a los delitos aunque se solía entender en sentido amplio⁵⁸— y la obligada de aludir a la mitad superior de la pena en lugar de al grado máximo. Lo cual no deja de constituir cierta dulcificación en las penas que hará mas frecuente la imposición de una pena única en estos casos⁵⁹. Pero, ¿Cuál es el delito más grave? ¿A qué penas debe atenderse,

55. Berdugo Gómez de la Torre, II, *et alt.*, *Lecciones*, op. cit., p. 326.

56. Bello Landrove, F., «*Determinación.....*», op. cit., p. 11

57. Mapelli Caffarena, B., y Terradillos Basoco, J., *Consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, Madrid, 1990. p. 120 y ss.

58. El fundamento se encontraba en que si se admitía el trato mas benigno en el concurso ideal de delitos no había razones materiales para excluirlo de las faltas. Además el art. 601 sólo excluía a las faltas de las reglas de aplicación de la pena en los arts. 49 a 66 y en este caso se jugaba con el art. 71.

59. Bello Landrove, F., «*Determinación.....*», op. cit., p.15.

a las previstas en abstracto por las preceptos penales o a las que en concreto resultan aplicables por el juego de determinación de la pena?. Para la mayor parte de la doctrina⁶⁰ habrá que estar a las penas concretas correspondientes, una vez bajadas o subidas en grado, pero sin ser fijadas en su mitad superior o inferior⁶¹ en atención a las circunstancias modificativas concurrentes o al posible uso del arbitrio judicial, ya que la ley remite a la mitad superior de la pena más grave y ello parece presuponer que se refiere a la pena que corresponda antes de considerar si debe aplicarse en su mitad superior o inferior⁶² ⁶³. Sólo así se garantiza el efecto atenuatorio de esta disposición. En opinión de LLORCA ORTEGA⁶⁴ practicada la operación de seleccionar la pena más grave en su mitad superior, hay que compararla con la suma de todas las concurrentes por separado pues de otro modo se esconde la conveniencia o no de aplicar el concurso ideal.

b) *El concurso real de delitos* (art. 76): tanto el código vigente como su predecesor parten de la acumulación material del art. 73. El art. 75 (69 antiguo) implica el cumplimiento simultáneo o sucesivo de todas las penas concurrentes pero con unos límites, los fijados por la acumulación jurídica en el art. 76 que supone el establecimiento de unos topes de gravedad. El cumplimiento simultáneo de las penas, en la acumulación material, es posible cuando no se vacían de contenido al cumplirse al mismo tiempo, v. gr., prisión y multa; sin embargo, no pueden cumplirse al mismo tiempo dos penas de prisión lo que haría precisa su acumulación sucesiva siguiendo el orden de su respectiva gradación en el art. 33.

Según el art. 76.1, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya concurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubrieran dicho máximo que no podrá exceder de 20 años (30 años en el anterior). El límite de los 20 años se amplía a 25 o 30 en función de los delitos que se hayan acumulado según el art. 76.1: *a 25 años cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la Ley con pena de prisión de hasta 20 años y a 30 años cuando alguno de ellos esté castigado con pena superior a 20 años.*

Aunque esta limitación en opinión de algunos puede favorecer la «delincuencia al por mayor» —ya que una vez cometidos delitos que equivalgan a 30 años de cárcel, los restantes carecen en la práctica de pena de prisión— MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN⁶⁵ consideran que su razón de ser está en que la carencia de dicho límite podría llevar a imponer penas no previstas en el Código Penal como la cadena perpetua y, en todo caso, una duración desorbitada de las penas sería contraria a la orientación a la reinserción social prevista en el art. 25 de nuestra Constitución. En ambos códigos se dice que «*los límites señalados se aplicarán aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo*» (art. 76.2 actual y 70 viejo código)⁶⁶.

60. *Vid.*, Muñoz Conde, García Arán, Berdugo, Mir Puig...

61. Para Vives Antón «nunca podrá cuestionarse lo inadecuado que resulta acudir hasta las circunstancias para condicionar la aplicación del concurso ideal de delitos»; *Comentarios...*, *op. cit.*, p.445.

62. Bajo los Códigos anteriores habían seguido un criterio intermedio semejante la STS de 1- julio- 75, las Circulares de la Fiscalía del TS de 10 enero y 11 febrero 1908, 30 noviembre 42, y Consulta de la Fiscalía del TS 5/1978. Cfr. *ADPCP* 1979, p. 790.

63. Mir Puig, S., *Manual...*, *op. cit.*, pp. 664 y 665.

64. Llorca Ortega, J., *Determinación...*, *op. cit.*, pp. 188 y ss.

65. Muñoz Conde-García Arán, *Manual ...*, *op. cit.*, p. 569.

66. Disposición introducida por reforma de 8 de abril de 1967. Los requisitos procesales de los arts. 76.2 o anterior 70 sólo afectan al tratamiento del concurso real y no a la presencia de éste.

c) *El concurso de leyes*: se define en un precepto de nuevo cuño, el art. 8 —el anterior texto no lo preveía expresamente— con dos novedades importantes: su no aplicación en los casos en que los Libros II y III regulen expresamente el problema y la formulación, en su apartado cuarto, del principio de alternatividad «... *en defecto de los criterios anteriores el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor*». Lo cual sólo se daría cuando, por un descuido del legislador dos o más preceptos vengan a prever exactamente el mismo hecho. Deberá aplicarse el que señale la pena más grave lo que significaría que el menos grave nunca se aplicaría por lo que debe entenderse derogado. Luego no estamos ante un verdadero concurso de leyes ya que éste exige que todos los preceptos se hallen en vigor y puedan ser aplicados en algún caso⁶⁷.

El delito continuado y el delito masa (art. 74)

Son dos excepciones al principio de acumulación material de las penas previstas para el concurso real de delitos, (arts. 73 y 75 *versus* anteriores. 69 y 70.1). Aunque se trate de figuras evidentemente próximas, estudiando su contenido puede percibirse su nacimiento atendiendo a dos propósitos distintos⁶⁸: mientras que en el delito continuado se pretende evitar las penas excesivamente graves que se derivarían de la acumulación de penas —y, por tanto, se trata de una figura que pretende beneficiar—, en el delito masa se pretende evitar que los límites de la acumulación beneficien al autor de conductas de especial gravedad por afectar a una pluralidad de personas y, por tanto, se trata de una figura agravatoria.

Pese a ello el art. 74 establece unas reglas de determinación de la pena encadenadas entre sí, con una referencia a infracciones patrimoniales que provoca problemas diferenciados en el delito continuado y en el delito masa:

El delito continuado

Su tratamiento punitivo en el art. 74 sigue la línea del anterior art. 69 *bis* y señala la *pena correspondiente a la infracción más grave impuesta en su mitad superior* lo que constituye un endurecimiento de la represión respecto al anterior texto donde hablaba de «en cualquiera de sus grados» pero, al mismo tiempo constituye una suavización del rigor punitivo al no permitir la subida general «hasta el grado medio de la pena superior» como hacía el derogado art. 69 *bis*⁶⁹.

Los problemas planteados por su parte son dos: un primer problema lo supondría el establecer cuál es la pena más grave sobretodo en aquellos casos en que no puedan probarse todas y cada una de las infracciones y, en consecuencia, no se conozcan todas las penas concurrentes⁷⁰. El segundo problema lo trae a colación el art. 74.2 diciendo: «*si se tratare de infracciones patrimoniales se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado*» a partir de lo cual se nos plantea la duda de si varias infracciones de menor cantidad pueden convertirse en una más grave por la suma de sus respectivos perjuicios o lo que es lo mismo, ¿Las faltas pueden convertirse de esta forma en delitos? Para MUÑOZ CONDE y GARCIA ARAN⁷¹ la conversión de las faltas en delitos no puede evitarse en base al art. 638 porque el art. 74 se refiere expresamente al responsable de un delito o falta continuados pero, por otra parte, toda mención a la continuidad

67. Mir Puig, S., *Manual...*, *op. cit.*, p. 673.

68. Muñoz Conde-García Arán, *Manual...*, *op. cit.*, p. 570.

69. Bello Landrove, F., «*Determinación...*», *op. cit.*, p. 15.

70. Para Muñoz Conde y García Arán parece evidente que con la nueva regulación sólo podrán tomarse en cuenta las infracciones efectivamente probadas, en *Manual...*, *op. cit.*, p. 571.

71. *Ibid.*

de las faltas resulta prácticamente inaplicable si se acumulan los perjuicios, porque casi siempre darán como resultado la aplicación del delito. Por ello la doctrina mas moderna se inclina por aplicar la regla sobre el perjuicio patrimonial sólo al delito masa.

El delito masa

Se plantea en el art. 74.2 (viejo art. 69) donde se castigan las infracciones contra el patrimonio «*si el hecho revistiere notoria gravedad o hubiere perjudicado a una generalidad de personas el tribunal impondrá motivadamente la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente*». La suma de perjuicios patrimoniales provoca aquí los mismos problemas de cambio de tipo que en el delito continuado. Aunque los efectos puedan considerarse mas justificados porque ahora el art. 74 habla de «notoria gravedad» y porque la finalidad del delito masa es precisamente, evitar los límites de la acumulación de penas. En lo que respecta a la inclusión aquí o no de las faltas, mientras en el anterior caso el código menciona la posibilidad de falta acumulada, en el actual texto se omite cualquier mención a la «falta masa».

Con toda probabilidad es uno de los supuestos en los que el código penal concede un mayor arbitrio al juez o tribunal. En cualquier caso, a diferencia de lo que ocurría con el anterior art. 69, el 74.2 exige una *motivación judicial* para imponer la pena superior en uno o dos grados proporcionando las pautas a seguir por el Juez o Tribunal en su decisión. Claro endurecimiento de las penas al potestar al Juez para incrementar la pena en uno o dos grados frente al anterior «en un grado» del viejo texto.

D) Especial referencia al art. 78

Es una disposición absolutamente novedosa⁷² en nuestro derecho, una excepción endurecedora que responde a razones políticas dudosamente aceptables⁷³. Su nacimiento se debe a una fuerte presión de la opinión pública, con una concepción de la justicia encubierta de un retribucionismo vengativo, y previamente manipulada por ciertos grupos ultraconservadores que, cuando no tienen nada mejor para aportar doctrinalmente, reabren la polémica sobre la inseguridad ciudadana y el cumplimiento «íntegro» de las penas⁷⁴.

Es aplicable a toda clase de infracciones en concurso real cuando la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas —por lo que queda absolutamente descartada su aplicación al delito continuado, al concurso ideal y a los casos de acumulación de penas en distintos procesos—, con la barrera de que, en ningún caso, podrá variar los límites establecidos para la pena con arreglo al art. 76⁷⁵.

Se trata de una excepción a la regla general de los arts. 90 y ss que faculta a los jueces y tribunales para que puedan establecer para determinados sujetos «*atendiendo a su peligrosidad criminal*» un régimen de acceso a los beneficios penitenciarios distinto al general. Son casos de acumulación de delitos que tiende al cumplimiento efectivo de las penas, mal llamado «cumplimiento íntegro»⁷⁶ establecidas en la sentencia. En tales casos

72. En puridad no posee ningún antecedente legal en nuestra tradición jurídica. Sólo hay ciertos precedentes en el Proyecto de L.O. de CP de 1992 y en el propio Anteproyecto de L.O. de CP de 1994 con evidentes cambios llevados a cabo durante la tramitación parlamentaria., en Vives Antón, T. S. (coord.), *Comentarios...*, op. cit., p. 447.

73. Bello Landrove opina que se trata mas bien de una solución de consenso adoptada para llegar a la aceptación definitiva y entrada en vigor del CP para lo cual unos pedían el cumplimiento íntegro de las penas que otros consideraban desaforado e inconstitucional, en «*Determinación...*, op. cit., p. 16.

74. En opinión de Vives Antón, T.S., (coord.), *Comentarios...*, op. cit., p. 449.

75. *Ibid.*, p. 451.

76. Muñoz Conde-García Arán, *Manual...*, op. cit., p. 573.

podrá decidirse, motivándolo en la sentencia, que el cómputo del tiempo necesariamente cumplido para acceder a los beneficios penitenciarios y a la libertad condicional se lleve a cabo a partir de la pena total impuesta, en lugar de hacerlo sobre el límite de cumplimiento resultante (los 20, 25 o 30 años); v. gr., el condenado a 100 años deberá ser excarcelado a los 30 años, pero sin poder acceder a la libertad condicional, puesto que sólo podría concedérsele a los 65 años de prisión (3/4 partes de los 100 años totales (art. 90.1). Se trata de una discutible limitación en función de exigencias preventivo-generales atendiendo a la peligrosidad del sujeto donde la única exigencia objetiva es que la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas.

Sin embargo, con ánimo de evitar una posible inconstitucionalidad, y hacer definitiva esta vía, en el segundo párrafo del mismo precepto, con igual filosofía que las medidas de seguridad, se incluye la revisabilidad de la situación por el Juez de Vigilancia según la evolución experimentada por el reo, en su reeducación y pronóstico de reinserción pudiendo acordar, oído el Ministerio Fiscal, su retorno al régimen general de cumplimiento. Sin olvidar que, en cualquier caso, se trata de un *efecto agravatorio de aplicación facultativa* y no obligada, donde el Juez siempre debe motivar su utilización *en razón de la peligrosidad criminal del penado.*

Sírvanos también señalar que, el legislador que, el deseo de no atentar contra el principio de igualdad ante la ley ha *limitado su aplicación a los culpables de determinadas modalidades delictivas generadoras de especial desasosiego e indignación social*⁷⁷.

3. DETERMINACION JUDICIAL DE LA PENA

Una vez determinado el marco penal concreto, el Juez puede imponer dentro de sus límites la pena en la extensión que considere conveniente ya que el texto penal, para ésta última decisión, no proporciona ningún criterio a seguir. Incluso puede proceder a pronunciarse sobre si procede la suspensión o sustitución de la pena —determinación judicial en sentido amplio—⁷⁸.

Pero, para que podamos alejar a este arbitrio de la siempre temible arbitrariedad, la decisión del Juez siempre ha de orientarse con arreglo a determinados principios sacados de declaraciones expresas de la ley y de los fines atribuibles al Derecho Penal. En un Estado Social y Democrático de Derecho, como el que proclama nuestra Constitución en su primer artículo, el Derecho Penal está obligado a proteger a la sociedad mediante sendas prevenciones —general y especial— sometidas a principios limitadores como los de legalidad, utilidad, exclusiva protección de bienes jurídicos, humanidad, culpabilidad y resocialización pero, en lo que a la determinación judicial de la pena se refiere, ¿En qué medida ha de atender el juez a la prevención general, a la prevención especial y al principio de culpabilidad? Mientras la prevención general puede recomendar una pena superior a la adecuada a la gravedad del hecho, la especial puede exigir una menor —o incluso la renuncia a toda pena—. Estamos, como no podía ser de otra manera, ante el siempre latente problema de la antinomia de los fines de la pena. La solución depende de

77. Sírvanos como ejemplos el caso de Alcáser, la muerte de Anabel Segura y los actuales secuestros de Ortega Lara y Declaux...en buena parte casos de gran sensacionalismo periodístico.

78. Como manifiesta VIVES ANTÓN "aunque la individualización judicial en sentido estricto acaba aquí, no terminan todas las habilitaciones legales de arbitrio judicial; v. gr., las contenidas en los arts. 66 y 68 donde se le autoriza a imponer la pena inferior en uno o dos grados. La jurisprudencia viene entendiendo estas cláusulas como potestades o facultades discrecionales de naturaleza absoluta y, en consecuencia, no revisables en instancias judiciales superiores (STS de 20 de marzo de 1986). Sin embargo la doctrina, de forma unánime, (Cobo del Rosal, González Cussac, Silva Sánchez, etc..) las considera como facultades discrecionales relativas, que si no se ajustan a determinados parámetros recogidos en la Ley, o no generalizables, pueden ser revocables. De otro modo más que arbitrio esto sería arbitrariedad", en *Comentarios...*, op. cit., p. 368.

la corriente doctrinal que se adopte cuyo estudio pormenorizado desbordaría el presente trabajo⁷⁹. A grandes líneas, y partiendo de la aseveración de ZIPF de que todo proceso de medición de la pena se halla en el «triángulo mágico» de la culpabilidad, la prevención general y la prevención especial⁸⁰, sólo podemos adelantar que la corriente doctrinal mayoritaria, coincidente con la opinión de CEREZO MIR, considera que constituye un principio de justicia material el que la medida de la pena no puede rebasar la medida de la culpabilidad, dado que es fundamento y, con ello límite de la pena. Pero en la fase de la individualización judicial la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad puede reducirse por motivos de prevención general o de prevención especial⁸¹. Como explicita HASSEMER⁸² el creciente interés en la producción de consecuencias favorables a través del Derecho Penal está haciendo que el principio de culpabilidad vaya perdiendo cada vez mas poder de fundamentar o medir la pena en base a la culpabilidad. Un Ordenamiento Jurídico que procure evitar en lo posible molestias a las personas, y fundamentar honestamente sus intervenciones, debe renunciar al reproche de culpabilidad como reproche moral. Por ello y, siguiendo de nuevo las tendencias mayoritarias en la doctrina, ante el fracaso que siempre supondría la imposición unilateral de cada uno de los fines de la pena, la determinación judicial de la pena debe combinar ambas prevenciones general y especial. Para una concepción moderna la resocialización debe considerarse el fin principal de la pena por lo que los efectos preventivos generales, además de previamente inspirar las conminaciones penales, deben subordinarse, en lo posible, a este fin ya que la pena resocializadora también sirve para apartar a la comunidad de la infracción penal⁸³. Siempre, como ya hemos anticipado, con el límite máximo fijado por la culpabilidad como proporción de la pena con el hecho antijurídico llevado a cabo.

El actual texto penal en mayor o menor medida sigue esta línea y, sin olvidar el mandato del art. 25 de nuestra norma fundamental que declara *que las penas privativas de libertad han de orientarse a la reinserción social del delincuente*, obliga a tener en cuenta sus características personales, con carácter general⁸⁴, a la hora de determinar la pena que en concreto —ahora ya hablamos de años, días y meses— se le va a imponer. Prefiriendo con ello la expresión «circunstancias personales» de los arts 66.1 y 68 a la de «personalidad»⁸⁵. En el resto de las penas no privativas de libertad, podrá aplicarse por

79. Vid. Hassemer, W., ¿Alternativas al principio de culpabilidad?, en *CPC*, nº 18, 1982, pp. 473 y ss; Kaufmann, H., "Derecho penal de culpabilidad, concepto de la pena y ejecución orientada al tratamiento", en *Nuevo Pensamiento Penal*, nº 3, 1974, pp. 109 y ss.; Stratenwerth, G., "El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad", Publicaciones del Instituto de criminología de la UCM; Muñoz Conde, F., "Culpabilidad y prevención en derecho penal", en *CPC*, nº 12, 1980, pp. 41 y ss; Roxín, C., "Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad", en *CPC*, nº 12, 1980, pp. 41 y ss; el mismo, "Prevención y determinación de la pena", en *CPC*, Nº 9, 1979, pp. 55 y ss; Bacigalupo, E., "La individualización de la pena en la reforma penal", en *RDFCM*, 1978-81, Monográfico 1-4, pp. 55 y ss; Córdoba Roda, J., "Culpabilidad y pena", Barcelona, Bosch, 1977; Gómez Benítez, J. M. "Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma española.", en *RDFCM*, 1978-81, Monografía 1-4; Quintero Olivares, G., "Determinación de la pena y política criminal", en *CPC*, Nº 4, 1978, pp. 49 y ss.

80. Zipf, cit. por Magariños, M., "Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena", en *Doctrina penal*, año 15, 1992-B, pp. 325 y ss.

81. Cerezo Mir, cit. por Boldosa Pasamar, M.A., en Gracia Martín, L., (coord.), *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 233.

82. Hassemer, W., ¿Alternativas al principio de culpabilidad?, en *CPC*, nº 18, 1982, pp. 473 y ss.

83. Vid. entre otros a: Roxín, C., *Iniciación al derecho penal de hoy*, (Trad. Muñoz Conde y Luzón Peña), Secretaria de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1981; Jakobs, G., *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 35 y 36; en España Silva Sánchez, J. M., *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 201 y 202.

84. Cfr. García Arán, M., *Criterios...*, op. cit., p. 212.

85. En el código derogado la innovación introducida por el CP de 1944 de manejar la personalidad como nuevo criterio supuso una cierta contradicción con el régimen mantenido en el art. 61.7 ya que, mientras que para la elección del grado de la pena en caso de ausencia de circunstancias debía tomarse en cuenta la personalidad del delincuente, para la determinación de la pena dentro del grado no se aludía a ese factor.

analogía en cuanto no perjudique al reo. De acuerdo con PUIG PEÑA⁸⁶, este sistema intermedio o ecléctico —de tenerse en cuenta tanto la gravedad de la infracción como las condiciones personales del delincuente— es el que mejor satisface las exigencias de la justicia penal y el seguido por la mayoría de los códigos modernos para alcanzar la determinación de la pena.

Para MIR PUIG⁸⁷ el código penal español atiende tanto a la proporcionalidad con la gravedad del hecho, que puede interpretarse como la intención de limitar la prevención general a una prevención proporcionada⁸⁸, como a las necesidades de prevención especial que se tienen en cuenta al exigir la contemplación de las circunstancias personales del delincuente, que no deben tomarse como base para una retribución de la culpabilidad sino, que deben encaminarse hacia una orientación resocializadora como propugna la Constitución en clara discordia con un derecho penal que reprochase circunstancias puramente personales sobretudo a partir de la reforma de 1983 donde se declara firmemente el principio de dolo o imprudencia.

No obstante, como nuestro derecho no se decanta por tomar como primer criterio a la gravedad del hecho o a las circunstancias personales⁸⁹, se puede considerar compatible con nuestra actual regulación toda teoría que de una u otra forma combine en ambas etapas de determinación judicial (en sentido amplio y estricto) esos fines siempre que, claro está, consideremos representados en esos factores todos los fines de la pena.

No olvidemos que todo lo hasta ahora relatado no significa que el juzgador, por añadidura, deje de lado todo los principios que han de limitar *el ius puniendi* en un Estado Social y Democrático de Derecho como son el de utilidad, humanidad, resocialización,... En especial el principio de igualdad, como principio constitucional básico que rige la determinación judicial de la pena⁹⁰ y que debe poner freno a todas las razones que esgriman la prevención general para elevar la pena de algunos sujetos mas que las de otros o que la idea de prevención especial se administre desigualmente⁹¹.

En cuanto a la determinación judicial de la pena de multa el nuevo código penal establece que para determinar la cuantía de las cuotas en la multa fijada en días-multa, los jueces tendrán en cuenta «*exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales*» (art. 50.5). Si se trata de una multa proporcional el juzgador considerará «no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho (a valorar sin los efectos tasados previstos para las demás penas), sino principalmente la situación económica del culpable» (art. 52.2).

En lo que a las faltas se refiere, tanto el código vigente, en su art. 638, como el anterior, en el 601, obligan a «*atender a las circunstancias del caso y del culpable*». Y por «circunstancias» puede entenderse en un sentido amplio comprendiendo, no sólo las atenuantes y agravantes sino también las demás que afecten al hecho y al sujeto. Se trata del mayor ámbito para la discrecionalidad judicial de la pena.

Tocando, aunque sea soslayadamente, el tema de la determinación judicial de la pena en sentido amplio partiremos de que la ley permite al juez la suspensión condicional de la ejecución de la pena en los arts. 80 y ss. (anteriores 92 y ss.) y la sustitución de las penas privativas de libertad por otras o por una medida correctiva en el caso del menor

86. Puig Peña, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1986, pp. 606 y ss.

87. Mir Puig, S., *Manual...., op. cit.*, p. 749.

88. Cfr. Luzón Peña, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Instituto de criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1979, p. 38.

89. A diferencia del StGB alemán, cuyo parágrafo 46 da preferencia a la «culpabilidad del autor» al declarar que «es la base de la determinación de la pena».

90. Insiste en esto Jescheck, *Tratado....op. cit.*, p. 1192.

91. Mir Puig, S., *Manual....., op. cit.*, p. 751.

de 18 años⁹². El art. 80 obliga al juzgador a fijarse en la peligrosidad criminal del sujeto a la hora de decidir si procede la sustitución de la pena de prisión que no exceda de un año por la de arresto de fin de semana o multa según las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado». El 80.2, de forma excepcional, permite la sustitución de las penas privativas de libertad que no superen los dos años cuando «*de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y de reinserción social*». La sustitución de la pena por medida prevista para el menor de 18 años deberá decidirse «*en atención a las circunstancias del menor y del hecho*» (anterior art. 65).

IV. CONCLUSIONES

El CP 95, no obstante las mejoras que ha conseguido en materia de determinación de penas, siguiendo la tradición española, es más proclive a la determinación matemática mediante complicadas reglas que a la discrecionalidad o arbitrio judicial. La filosofía legislativa no ha cambiado; el arbitrio judicial se ve frenado por reglas cuasi-matemáticas cuyo efecto devastador se intenta atenuar estableciendo limitaciones a una ciega y matemática acumulación de penas⁹³. Sin embargo, como ya hemos adelantado a lo largo de todo el trabajo, se han dado pasos importantes respecto al anterior texto hacia la ampliación de las facultades decisorias del juez.

En general, el sistema de aplicación de la pena se simplifica con la previsión en la parte especial, y no en la general, de los actos preparatorios punibles en los tipos que específicamente los prevean, y que al mismo tiempo marcan la pena, al igual que ocurre con los delitos imprudentes —que así prescinden de una cláusula general como la del art. 565 y de todos los problemas que conllevaba— y el olvido de la frustración y el encubrimiento.

Con la supresión del sistema de escalas se logra una importante simplificación del cálculo numérico, al que hemos aludido antes, dentro de la fase de determinación cualitativa en la cual el incremento de la discrecionalidad judicial ha comenzado a disfrutar de un mayor margen; v. gr., la libertad de movimiento de la pena en toda su extensión cuando no concurren ni atenuantes ni agravantes o cuando concurren ambas (art. 66.1); si bien la ley prevé unos criterios a los que el juez se debe sujetar en la motivación de la sentencia para que el arbitrio no se traduzca en auténtica arbitrariedad que, en cualquier caso siempre afectaría notoriamente al principio de igualdad.

También en la fase de determinación cuantitativa, o concreción de la pena dentro del marco legal, el actual texto también resulta más simple que el anterior ya que, evitando la expresión «grado» con la utilización de los términos «mitad superior y mitad inferior» se libera de las antiguas confusiones provocadas por el uso, en el anterior código, de la palabra «grado» tanto en forma cualitativa como cuantitativa. En lo que respecta a las reglas puntuales de determinación en esta etapa, el art. 66 sigue casi idéntico planteamiento que el a viejo art. 61 si bien con algunas diferencias como el que ahora sea indiferente la presencia de una sola o de varias agravantes para que el agravamiento sea el mismo.

En otro orden de cosas, el humanitarismo y los nuevos valores que deben cubrir todos los códigos penales modernos también han hecho mella en el nuestro ya que, en conjunto y como advierte BELLO LANDROVE⁹⁴, da una imagen de mayor benignidad tra-

92. Conviene recordar que en tanto no se sea efectiva la ley de responsabilidad penal de menores y jóvenes delincuentes se seguirá aplicando el antiguo art. 65.

93. Bello Landrove, F., «*Determinación...*», *op. cit.*, p. 19.

94. *Ibid.*, p. 24.

ducida, sobre todo, en la sustitución de las penas de prisión, la mayor amplitud de la suspensión de la condena, la mayor importancia dada a las medidas de seguridad... .

En todo caso, como también reflexiona el mismo autor, el papel que puedan jugar las reglas de aplicación de las penas, en orden a suavizar o rigorizar un ordenamiento penal, es modesto y no exento de dificultades prácticas. Incluso las modificaciones más ambiciosas pueden aquí fracasar, ante la falta de uso por los jueces, o la falta de sintonía de las reformas con los medios de que se dispone, o con la supuesta opinión general de la sociedad.

BIBLIOGRAFIA

- BACIGALUPO, E., «La individualización de la pena en la reforma penal», en *RDFCM*, 1978-81, Monográfico 1-4, pp. 55 y ss.
- BELLO LANDROVE, F.: «Determinación de la pena» en *Curso sobre penas y medidas de seguridad*, Ponencia nº 8, Consejo General del Poder judicial, Madrid, 21 a 23 de octubre, 1996.
- BERDUGO-ARROYO ZAPATERO-GARCIA RIVAS-FERRE OLIVE Y SERRANO PIEDECASAS, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Praxis, Barcelona, 1996.
- BERDUGO-FERRE OLIVÉ Y SERRANO PIEDECASAS, *Manual de derecho penal. Parte general III. Consecuencias jurídicas*, Praxis, Barcelona, 1994.
- CORDOBA RODA, J., *Culpabilidad y pena*, Bosch, Barcelona, 1977.
- GARCIA ARAN, M., *Criterios de determinación de la pena en el derecho penal español*, 1982.
- GOMEZ BENITEZ, J. M., «Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma española. (Proyecto de 1980).», en *RDFCM*, 1978-81, Monografía 1-4.
- GRACIA MARTIN, L. *Consecuencias jurídicas del delito en el nuevo código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 177 y ss.
- HASSEMER, W., «¿Alternativas al principio de culpabilidad?», en *CPC*, nº 18, 1982, pp. 473 y ss.
- JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Fundamento y teorías de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, 1981.
- KAUFMANN, H., «Derecho penal de culpabilidad, concepto de la pena y ejecución orientada al tratamiento», en *Nuevo Pensamiento Penal*, Nº 3, 1974, pp. 109 y ss.
- LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena conforme al código penal de 1995*, 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- LUZON PEÑA, D. M., *Medición de la pena y substitivos penales*, Instituto de criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1979.
- MAGARIÑOS, M., «Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena», en *Doctrina penal*, año 15, 1992-B, pp. 325 y ss.
- MAPELLI CAFFARENA, B Y TERRADILLOS, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Cívitas, Madrid, 1990.
- MIR PUIG, C., *El sistema de penas y su medición en la reforma penal*, Bosch, Barcelona, 1986.
- MIR PUIG, S. *Manual de derecho penal. Parte general*, PPU, Barcelona, 1985, pp. 663 y ss.
- MIR PUIG, S., *Manual de derecho penal. Parte general*, PPU, Barcelona, 1996, pp. 735 y ss.
- MUÑOZ CONDE, F., «Culpabilidad y prevención en derecho penal», en *CPC*, nº 12, 1980, pp. 41 y ss.
- MUÑOZ CONDE-GARCIA ARAN., *Manual de derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- PUIG PEÑA, F., *Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1988, pp. 606 y ss.
- QUINTERO OLIVARES, G., «Determinación de la pena y política criminal», en *CPC*, nº 4, 1978, pp. 49 y ss.
- ROXIN, C., *Iniciación al derecho penal de hoy*, (trad. de Muñoz Conde y Luzón Peña), Secretaría de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1981.
- ROXIN, C., «Prevención y determinación de la pena», en *CPC*, nº 9, 1979, pp. 55 y ss.

- ROXIN, C., «Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad», en *CPC*, nº 12, 1980, pp. 41 y ss.
- SILVA SANCHEZ, J.M., *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, J. M. editor, Barcelona 1992.
- STRATENWERTH, G., *El futuro del principio jurídico penal de la culpabilidad*, en Publicaciones del Instituto de criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1980.
- VIVES ANTON, T.S., (coord.), *Comentarios al código penal de 1995*, Vol. I, (arts. 1 a 233), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- ZIPF, H., «Principios fundamentales de la medición de la pena», en *CPC*, nº 17, 1982, pp. 353 y ss.
- ZUGALDIA ESPINAR, J.M., «El derecho a obtener una sentencia motivada y la individualización de la pena», en *Poder Judicial*, nº 18, 1990.