

# SECCION DE JURISPRUDENCIA

## Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por:

SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona

### **LA INCOMPATIBILIDAD DEL ARTICULO 61 DEL CODIGO PENAL CON LAS PENALIDADES COMPUESTAS DE PENAS FACULTATIVAS CORRELATIVAS**

(Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1989.

Ponente Manuel García Miguel. RA 7546)

DAVID FELIP I SABORIT

Estudi General de Girona. Universitat Autònoma de Barcelona

#### I. INTRODUCCION

Los procesados, José Ramón T. P. y José Luis M. C., asaltaron una sucursal bancaria utilizando armas de fuego para intimidar a los empleados, dándose a la fuga una vez conseguido el botín. La Audiencia Provincial de Bilbao los condenó por un delito de robo con intimidación en las personas y uso de armas (art. 501.5 y 501 párr. últ. C.p.) y otro de tenencia ilícita de armas (art. 254 C.p.). El Tribunal apreció también la existencia de dos circunstancias agravantes genéricas (reincidencia y disfraz). Respecto al robo, el artículo 501.5 (tipo básico de robo contra las personas, pena de prisión menor) efectúa una remisión a la aplicación de la penalidad prevista para el delito de robo con fuerza a las cosas cuando, por la existencia de las circunstancias agravantes de esta última modalidad (art. 506), la pena correspondiente fuera mayor (art. 505, prisión menor en su grado máximo) (1). Al observar la Audiencia que concurrían las circunstan-

---

(1) Sanción a la que se llega igualmente a través de la modalidad de uso de armas prevista en el artículo 501, párrafo último, por lo que en este caso, la remisión a la regulación del robo con fuerza en las cosas, sólo tiene sentido si se admite la aplicación de la agravación del artículo 506. *vid. infra* nota 4.

cias 1.<sup>a</sup> (porte de armas) y 4.<sup>a</sup> (oficina bancaria), entendió que podía utilizar además la facultad de aumentar la pena en un grado recogida en el párrafo último del mencionado artículo 506. Por el delito de robo, los acusados fueron condenados a una pena privativa de libertad de ocho años (prisión mayor en grado mínimo).

Contra esta sentencia recurrieron el Fiscal y los procesados. El recurso presentado por el Ministerio Público afecta a la medición de la pena realizada y constituye el objeto principal del presente comentario. Si, se alega, la Audiencia ha hecho uso de la previsión del artículo 506 párrafo último y ha impuesto la pena superior en grado (prisión mayor), debería haber sido en su grado máximo al concurrir dos agravantes, tal como dispone el artículo 61.2 del Código penal.

A través de la sentencia de 3 de octubre de 1989, el Tribunal Supremo rechaza tal pretensión y considera ajustada a Derecho la determinación de la pena efectuada en la decisión impugnada, pese a su abierta contradicción con el literal del artículo 61. Entiende que en el Código penal español existen supuestos excepcionales liberados del método ordinario de determinación legal de la pena. Al reconocerse al Juez una discrecionalidad máxima o de primer grado para escoger el marco penal aplicable a un delito (como es el caso del artículo 506 párr. últ. cuando se opta por la pena superior en grado), la excepcionalidad debe hacerse extensible a la concreción del grado interno de la pena: «...la individualización judicial no viene sujeta a otros límites que los determinados por los inherentes a los respectivos grados mínimo y máximo señalados por la correspondiente pena por la individualización legal, y en definitiva, que no son aplicables las reglas contenidas en el artículo 61...».

La propia sentencia reconoce su adscripción a una moderna doctrina jurisprudencial (2) creada para solventar problemas similares planteados por las atenuaciones previstas en los artículos 65 y 66 del Código penal. La nueva línea entiende «...que el artículo 61 es de aplicación obligada cuando el aumento o disminución de la pena se haga en un solo grado impuesto como preceptivo, pero si se elige el aumento o la disminución en dos grados, como esto es absolutamente discrecional, la discrecionalidad se propaga a todo el dispositivo y funciona de modo absoluto sin vinculación alguna al artículo 61...».

En esta decisión se trata un interesante problema que afecta al proceso de determinación legal de la pena. Admitiendo que el supuesto de hecho estuviera bien calificado, el Tribunal debía elegir, en un primer momento, entre imponer la pena de prisión menor en grado máximo (mínimo obligatorio) o prisión mayor (pena superior en grado, máximo facultativo). Veamos los resultados que se obtendrían aplicando el artículo 61:

---

(2) Se hace referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1989 (RA 3196) y de 8 de mayo de 1989 (RA 4140).

a) Si se opta por la primera sanción, al concurrir dos circunstancias agravantes, la pena aplicable es de 5 años 4 meses y 21 días a 6 años (grado máximo de la prisión menor en grado máximo).

b) Si se escoge la pena superior en grado, de 10 años y un día a 12 años (prisión mayor en grado máximo).

Existe un tramo intermedio vacío de 4 años de privación de libertad. Para evitarlo, tanto la Audiencia como el Tribunal Supremo prefieren inaplicar los cuatro primeros apartados del artículo 61 y tener a su disposición la pena superior en grado en toda su extensión.

Se tratará de discernir:

a) Si el sistema general de circunstancias modificativas generales provoca situaciones absurdas.

b) Si es posible obviar el empleo forzoso del artículo 61 y ampliar el margen de individualización judicial en la delimitación del grado de pena sin vulnerar el principio de legalidad.

c) Qué características observaría este hipotético régimen excepcional que lo distinguirían del sistema de determinación ordinario.

d) Partiendo de los casos más habituales, a qué otros ámbitos podría ser admisible esta solución especial.

Este cúmulo de cuestiones han sido tratadas por la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1989, distanciándose de la doctrina hegemónica hasta 1988. Desde entonces habían empezado a aparecer algunas sentencias que alteraron la aplicación del artículo 61. Con la presente resolución se culmina parcialmente el proceso y se abren nuevos interrogantes.

La sentencia presenta otros puntos de interés que no se abarcarán en este comentario. La compatibilidad del delito de tenencia ilícita de armas con las agravantes de uso y porte de armas presentes en la regulación del robo (3); la debatida cuestión de la aplicación del párrafo último del artículo 506 a los robos con violencia o intimidación en las personas y el tema conexo de la utilización de la agravante de porte de armas (art. 506.1) en sustitución del uso de armas (art. 505 párr. últ.) para poder emplear el aumento facultativo de pena del artículo 506 (4); o, incluso, los problemas que suscita la determi-

---

(3) Jurisprudencia habitual del Tribunal Supremo; *vid.* DÍAZ MAROTO VILLAREJO, J.: *El delito de tenencia ilícita de armas de fuego*, Madrid, 1987, pp. 181-185. Algunos autores discrepan en mayor o menor medida de la posición del Tribunal Supremo. VIVES ANTÓN, T. S. en COBO/VIVES/BOIX/ORTS/CARBONEL: *Derecho pena, Parte Especial*, Valencia, 1988, p. 793, *acepta la posibilidad de un concurso de leyes cuando la tenencia esté directa o estrechamente ligada a la comisión del robo. Refiriéndose a delitos contra las personas*, RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español, Parte Especial* (puesta al día por A. Serrano), Madrid, 1988, p. 911 y QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho penal español, Parte Especial*, vol. I, Barcelona, 1987, p. 502, aprecian que el uso del arma debería consumir su tenencia ilícita al verificarse el peligro abstrato en la realización del delito más grave.

(4) La jurisprudencia se manifiesta afirmativamente en ambas cuestiones. Ver, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1987 (RA 9886)

nación de la pena superior en grado a una pena no impuesta en toda su extensión (5).

## II. LA DETERMINACION DE LA PENA EN EL CODIGO PENAL

### 1. Generalidades

Como ya es sabido, el sistema de fijación de la pena en el Código penal español, es un sistema de penas relativamente determinadas que se estructura en torno a dos fases sucesivas, la determinación legal y la judicial (6).

Como punto de partida se dispone de la conminación penal genérica para un comportamiento delictivo, prevista en los tipos de la Parte Especial. Usualmente, corresponde al autor del delito consumado. Normalmente, establece una pena expresa, aunque en ocasiones, se toma como punto de referencia la sanción establecida en otros artículos, por lo que la complejidad del proceso puede aumentar. Esta pena abarca un período temporal más o menos amplio, denominado marco penal abstracto (7), que suele coincidir exactamente con alguna de las penas contenidas en las escalas graduales del artículo 73 del Código penal. En caso de tratarse de un delito imperfectamente ejecutado, actos preparatorios punibles o alguna forma de participación, el marco penal abstracto se construye a partir de la correspondiente combinación entre el marco penal abstracto previsto para el autor del delito consumado y los artículos 49 y siguientes

---

o la del 14 de abril de 1989 (RA 3196). En sentido contrario, se pronuncia mayoritariamente la doctrina. *Vid.* por todos, RUIZ ANTÓN: *Los robos con violencia o intimidación en las personas*, en «Comentarios a la legislación penal», vol. II, Madrid 1985, p. 1068 y ss. Adopta una interesante posición intermedia VIVES ANTÓN: *Parte Especial*, *ob. cit.*, p. 794.

(5) Tanto jurisprudencia como doctrina coinciden en entender que se aplican las normas previstas en el artículo 56, siendo, por tanto, la pena superior en grado la compuesta por los tres grados siguientes al grado máximo de la parcialmente impuesta. Por contra, BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho penal, Parte General*, Barcelona, 1989, pp. 399-380, interpreta que la pena superior se compone solamente por el grado interno de pena inmediatamente superior.

(6) Y en las penas privativas de libertad, la determinación penitenciaria.

(7) Discutida es la incidencia en la formación del marco penal abstracto inicial del conjunto de elementos no esenciales previstos directamente en el Parte Especial que gradúan o modifican las penas (por ejemplo, arts. 506 o 516 del Código penal). Se debate sobre si inciden en la creación de subtipos cualificados o privilegiados sobre los que debe de iniciarse el proceso de determinación (postura mayoritaria), o si deben de tratarse al igual que las circunstancias atenuantes y agravantes genéricas, posibilitando la mutua compensación (cfr. ALONSO ALAMO, M.: «La compensación de circunstancias generales y especiales ante la reforma del Derecho penal», en *CPC*, 1983, pp. 5 y ss.). Para una exposición general de posturas, *vid.* GONZÁLEZ CUSSAC, J. M.: *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Valencia, 1988, pp. 72 y ss.

del Código penal. Se culmina así la determinación cualitativa de la pena.

En nuestro Código el legislador no se conforma con restringir hasta este punto los márgenes judiciales. Sobre la base del marco penal abstracto, se procederá a la concreción legal o punto máximo de determinación expresa de los límites de la pena según el concurso de las diversas circunstancias modificativas genéricas de la responsabilidad penal, regulado en el artículo 61. Este procedimiento se denomina *determinación cuantitativa de la pena o señalamiento del grado o grados internos de pena* que correspondan. Se habrá obtenido el marco penal concreto con el que finaliza la fase de determinación legal de la pena.

Existen sin embargo casos excepcionales en los que la apreciación de circunstancias modificativas afecta, no a la determinación de la extensión interna de la pena, como es usual, sino que comportan la imposición de un marco penal distinto. Se trata de las denominadas *atenuantes privilegiadas*: artículo 61.5, 65 y 66 del Código penal. Tras la aplicación de estos artículos, operación que supone la utilización del arbitrio judicial dentro de la fase de determinación legal (8), la jurisprudencia consideraba que se debía continuar con el proceso ordinario de determinación del marco penal concreto mediante la utilización del resto de preceptos del artículo 61.

Finalizada la determinación legal de la pena, se inicia la fase de determinación o individualización judicial. A partir de este instante, el Juez puede, dentro del marco penal concreto, establecer exactamente la pena siguiendo las orientaciones legales al respecto, los fines del Derecho penal y los límites de la potestad punitiva en un Estado social y democrático de Derecho (9).

Importa señalar que:

a) En la fase de determinación legal (salvo las excepciones que se verán más adelante), las normas son absolutamente tajantes respecto al marco penal que se obtiene antes de la determinación judicial, es el resultado obligado y único de las previsiones del legislador. Así, por ejemplo, el marco penal concreto correspondiente al cómplice de un delito de homicidio consumado sin la presencia de circunstancias modificativas, es necesariamente prisión mayor en grado mínimo o medio. Cualquier otra solución contraría abiertamente los artículos 407, 53 y 61.4 del Código penal. La actividad del Juez se limita a los presupuestos que fundamentan la existencia de un delito y su incardinación en el marco penal correspondiente.

---

(8) Fenómeno que ya se observa en fases anteriores en determinación, como por ejemplo, en la tentativa o en los denominados preceptos especiales moderadores de la penalidad. Cfr. LLORCA ORTEGA, J.: *Manual de determinación de la pena*; Valencia, 1988, pp. 27 y ss. *Vid. infra* la enumeración de IV.5.

(9) MIR PUIG, S.: *Derecho penal, Parte General*, Barcelona, 1990, pp. 825 y ss.

b) En la fase de determinación judicial no existe un resultado que se pueda obtener aritméticamente de forma inequívoca a través de una simple subsunción, sino que es preciso una actividad valorativa respecto a la magnitud de la pena. Cuando el responsable de un homicidio consumado sin presencia de circunstancias atenuantes o agravantes es condenado a la pena de 12 años y un día de reclusión menor, esta sanción no está expresada directamente por ningún imperativo legal, sino que es fruto de la ponderación de la gravedad del hecho, la personalidad del delincuente y el mal producido (art. 61.4 y 61.7), sobre la base de los márgenes férreamente establecidos en el momento de determinación legal.

Las dificultades de la determinación de la pena se ven notablemente acrecentadas cuando las dos fases de determinación se interpenetran. Ya se ha indicado que, en ocasiones, durante el proceso de determinación legal se presenta un momento de discrecionalidad judicial para volver nuevamente a la fase legal. Este es el caso, entre otros, de las atenuantes privilegiadas o del párrafo último del artículo 506 (posibilidad de optar entre dos marcos penales distintos —momento de arbitrio judicial— antes de proceder a la determinación cuantitativa de la pena a través de las circunstancias genéricas —vuelta a la determinación legal tasada—).

La situación se hace aún más anómala ya que, por la distinta naturaleza de las dos fases, el control de las decisiones, en uno u otro campo, se presenta diferenciado.

Está absolutamente aceptado que cualquier divergencia o error sobre la determinación aritmética de la pena en la fase de determinación legal constituye una infracción de ley susceptible de recurso y consiguiente casación (10).

Por el contrario, en la fase de determinación judicial, las opiniones respecto al margen de maniobra judicial no son unánimes. El Tribunal Supremo entiende que, en los casos de discrecionalidad o arbitrio judicial, cabe distinguir entre:

a) *Discrecionalidad máxima o de primer grado*, no susceptible de control casacional. El Tribunal *a quo* puede establecer la pena que crea más conveniente con la única cortapisa de los límites mínimos y máximos, legalmente señalados y sin posibilidad de casación. La jurisprudencia considera que los artículos 65 y 66 son claros exponentes de esta discrecionalidad máxima. La misma opinión mantiene el artículo 61, tanto en los casos en que no se ofrece ninguna directiva

---

(10) El Tribunal Supremo ha llegado a apreciar, correctamente, que un error de un solo día en la determinación legal, es motivo de casación. *Vid.*, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de abril (RA 2907) y 17 de mayo de 1988 (RA 3678). A título de curiosidad, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1986 (RA 2102), efectúa una división errónea de la pena de prisión menor en grado máximo que es idéntica a la primera de las anteriores sentencias.

expresa (aps. 1 y 2), como en aquéllos en que está concretado algún criterio (aps. 3, 4, 5 y 7) (11).

b) *Discrecionalidad mínima o de segundo grado* «en la que la operación intelectual sobre la fijación de la pena está vinculada a ciertos condicionamientos fijados normativamente, consistiendo la discrecionalidad en hacer o no hacer uso de los mismos, pero una vez los Tribunales la utilizan o ejercen, quedan obligados por los mismos» (12). Esta ponderación puede ser errónea y, por tanto, objeto de revisión casacional aunque se mantenga dentro de los márgenes legales. Suele ponerse como ejemplo paradigmático la posible atenuación de la pena para el delito de tenencia ilícita de armas, prevista en el artículo 256 o la modalidad de destierro del artículo 67 (13).

En realidad la distinción entre dos tipos de discrecionalidad no es tan amplio como parece. De la misma forma que determina la existencia o no de una atenuante muy cualificada, el Tribunal Supremo entra a discernir, por ejemplo, si concurren los condicionamientos de la atenuación del artículo 256 en caso que se haya hecho uso de éste, más no la decisión en sí de utilizarlo o su empleo adecuado, elementos que continúan siendo vistos como plenamente discrecionales (14).

La doctrina es mucho más restrictiva respecto al concepto de discrecionalidad en la individualización de la pena. En todo caso se trataría de una discrecionalidad jurídicamente vinculada, un acto de aplicación del Derecho, de las normas y principios que expresa o implícitamente rigen el proceso de individualización y, por tanto, controlable casacionalmente (15).

Será difícil vencer las reticencias jurisprudenciales ante el temor a una avalancha de recursos contra la determinación efectuada en

---

(11) Cfr. en la jurisprudencia reciente: artículos 65 y 66 (sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1990, RA 482), y las recogidas *infra* en III; artículo 61.1 (sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1989, RA 2485); artículo 61.2 (sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1988, RA 9376); artículo 61.3 (sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1988, RA 301); artículo 61.4 (sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1989, RA 2702), artículo 61.5 (sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1988, RA 2702), y artículo 61.7 (sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1988, RA 1515). Referencia a sentencias anteriores en SILVA SÁNCHEZ, J. M.: «La revisión casacional de la individualización judicial de la pena», en *Poder Judicial*, núm. 6, 1987, p. 138 nota 2 y ss.

(12) Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1986 (RA 1939) citada por GONZÁLEZ CUSSAC, J. M.: «Arbitrio judicial y artículo 61.4 del Código penal: comentario a la sentencia de 20 de marzo de 1986», en *Poder Judicial*, núm. 4, 1986, p. 143. En términos parecidos, sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1988 (RA 402).

(13) *Vid.*, sentencias del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1988 (RA 2039) y de 26 de noviembre de 1989 (RA 9321), respectivamente.

(14) Así, claramente en la sentencia del Tribunal Supremo de ) de octubre de 1987 (RA 7552).

(15) *Vid.*, SILVA SÁNCHEZ: «La revisión...», *ob. cit.*, pp. 138-141.

cada condena (16). Sin embargo, ya se observan los primeros progresos en la exigencia de motivar en las sentencias la individualización efectuada (17).

El problema planteado por la sentencia que se omenta, si bien está vinculado a la discrecionalidad judicial (buena parte de la argumentación del Supremo pivota sobre ella), es previo a ésta. Para evitar espacios vacíos intermedios en las penas aplicables, se adelanta la fase de individualización judicial, suprimiendo la determinación legal cuantitativa.

## 2. Excepciones admitidas en la determinación cuantitativa de la pena

Cuando las penas son divisible, la determinación de los grados internos de pena se efectúa en base a las normas del artículo 61. Sin embargo, están previstas algunas excepciones comunmente reconocidas:

a) En los casos de concurrencia de dos o más atenuantes o de una muy cualificada (art. 61.5), los Tribunales pueden imponer la pena inferior en uno o dos grados, aplicándola en el grado que estimen pertinente, según la entidad y número de circunstancias.

b) En el delito continuado y delito masa (art. 60 bis) tampoco rige el mérito usual de determinación cuantitativa.

c) El artículo 340 bis c establece la inaplicación del artículo 61 para los delitos contra la seguridad del tráfico (18). Los Tribunales procederán «según su prudente arbitrio» a determinar el grado de pena.

d) El artículo 344.3 párrafo último indica que, en los casos sumamente graves de alteración o simulación de sustancias medicinales, los Tribunales podrán imponer las penas inmediatamente superiores a las ordinariamente señaladas en el grado que estimen conveniente, atendiendo a las circunstancias del culpable y del hecho.

e) El artículo 565 sustrae de la observancia del artículo 61 a los delitos culposos de la modalidad de imprudencia temeraria (las demás

---

(16) CÓRDOBA RODA, J.: «Consideraciones sobre la jurisprudencia penal», *Revista Jurídica de Catalunya*, 1947, p. 125, señalaba que la inclinación de ampliar más allá de la ley el arbitrio judicial, responde en parte a la tendencia de evitar la casación de sentencias.

(17) Cfr., sentencias del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1989 (RA 665), 20 de junio de 1989 (RA 5181) y 11 de noviembre de 1989 (RA 9321), y ZUGALDIA ESPINAR, J. M.: «El derecho a obtener una sentencia motivada y la individualización de la pena», en *Poder Judicial*, núm. 18, 1990, p. 133. Sin embargo, se suelen corroborar las decisiones siempre que se mantengan dentro de los márgenes de determinación legal. Como ejemplo sangrante de la ausencia de motivación *vid.*, sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1987 (RA 9737).

(18) VIVES ANTÓN, T. S.: *La reforma penal de 1989*, Valencia, 1989, p. 74, no considera afectado por este artículo al reciente delito de conducción temeraria con consciente desprecio por la vida de los demás (art. 340 bis d).

formas de imprudencia, al constituir faltas, tampoco siguen las normas del art. 61).

f) Tampoco tiene efectos para la pena de multa (art. 63), ni para las faltas (art. 601, que les exime de cualquier disposición comprendida entre los arts. 49 y 66).

De todas formas, no parece que la voluntad del legislador sea que no se tengan en cuenta en absoluto la existencia de circunstancias modificativas, sino que no produzcan los efectos penológicos previstos en el artículo 61.

### 3. Excepciones discutidas en la determinación cuantitativa de la pena

Fuera de estas excepciones el artículo 61 es de aplicación general y obligatoria. Esta ha sido la posición dominante en la jurisprudencia española en los últimos años. Sin embargo la doctrina ha señalado la existencia de otros casos en los que el Juez, posiblemente, está liberado de tal prescripción.

En la Parte Especial ha sido objeto de polémica la concreción de la pena en la receptación. En el artículo 546 bis e C.p., se indica que la personalidad del delincuente y las circunstancias del hecho son el criterio de graduación de las penas previstas para las distintas modalidades del delito de receptación. ¿Significa ello que no se utilizará el sistema ordinario del artículo 61? Las interpretaciones al respecto han sido dispares. Algunos autores se inclinan por entender que, simplemente se está exceptuando la aplicación del artículo 61.4 (ausencia de atenuantes y agravantes) en los delitos de receptación, mientras que se mantienen vigentes el resto de apartados (19). Por contra, la mayoría de la doctrina afirma que en este ámbito no son operantes las normas del artículo 61 (20). La jurisprudencia ha asumido posturas diversas, si bien en los últimos años opta por entender que los parámetros del artículo 546 bis e deben de ser utilizados como criterios de individualización una vez aplicado el artículo 61 y que, en el caso del apartado 4 de este artículo, las previsiones especiales para el delito de receptación no son más que una concreta especialización de los criterios generales de graduación. En consecuencia, se rechaza que el artículo 546 bis o sea ley especial respecto a la totalidad del artículo 61 (21).

(19) En este sentido, BAJO FERNÁNDEZ: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial), Delitos patrimoniales y económicos*, Madrid, 1987, pp. 340-341; BUSTOS RAMÍREZ: *Manual de Derecho penal, Parte Especial*, Barcelona, 1986, p. 252.

(20) QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal español*, tomo III (puesto al día por C. García Valdés), Madrid, 1978, pp. 423-424; RODRÍGUEZ DEVESA: *Parte Especial*, vol. II, *ob. cit.*, p. 703.

(21) Ultimamente, sentencias del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1987 (RA 7567), 10 de mayo de 1988 (RA 3527), 11 de abril de 1989 (RA 6733) y de 2 de

Sin embargo el caballo de batalla fundamental en esta controversia ha sido, principalmente, el artículo 66 y, en menor medida, el artículo 65.

Según el artículo 66 C.p. en caso de concurrir una eximente incompleta, debe de aplicarse la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley. Las desavenencias aparecen en el momento de determinar el grado de pena interno, una vez efectuada la rebaja. Se trata de establecer si juega plenamente el sistema de atenuantes y agravantes genéricas según los cánones habituales o si el Juez goza de mayor discrecionalidad. La discusión orbita sobre la ambigua referencia al respecto del propio artículo 66. Puede entenderse que el Juez determinará cualitativamente la pena según las características de la eximente y que utilizará, posteriormente, las circunstancias genéricas para la determinación cuantitativa, como en cualquier otro caso ordinario. Pero también es posible interpretar que se está facultando al juzgador para indicar grado que considere más conveniente dentro de la clase de pena, en base a la naturaleza de la eximente, librándose del artículo 61. En otras palabras, se trata de discernir si en el artículo 66 se está haciendo referencia al grado de escala o al grado interno de pena, cuando se afirma que «la impondrá en el grado que estime conveniente».

Veamos los argumentos esgrimidos, desde posiciones encontradas, por CÓRDOBA RODA y GIMBERNAT ORDEIG.

CÓRDOBA opina que el artículo 61 no está derogado por el artículo 66, ya que del contenido de éste no se extrae ningún régimen especial. La expresión «grado» de su última parte, debe interpretarse como pena y, en consecuencia, el Tribunal continúa vinculado por las normas del artículo 61 una vez efectuada la degradación de la pena (22). Sus argumentos son los siguientes:

A. Si la presencia de una eximente incompleta motiva la rebaja de la pena en uno o dos grados, parece lógico que las características concretas de la eximente incompleta concurrente, determinen la magnitud de la atenuación. Sería absurdo utilizar la naturaleza de la eximente únicamente para graduar la pena una vez determinado el grado de escala (23).

---

octubre de 1989 (RA 7537). Sin embargo, el Tribunal Supremo había mantenido posiciones distintas anteriormente. Durante los años sesenta (*vid.*, por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1965. RA 5395), se inclinó por la solución opuesta sobre la base argumental que de otra forma el artículo 546 bis e sería una norma absolutamente superflua. A partir de 1970, mantiene la jurisprudencia actual (sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1970, RA 1612).

(22) CÓRDOBA RODA, J.: *Las eximentes incompletas*, Oviedo, 1966, pp. 25-34. Del mismo autor, *Comentarios al Código penal*, II, Barcelona, 1972, pp. 299-301.

(23) CÓRDOBA: *Las eximentes...*, *ob. cit.*, pp. 32-33. La argumentación se inspira también en el origen histórico del artículo 66. Con una reducción prácticamente idéntica a la actual, el artículo 73 del Código de 1848 indicaba que, en caso de concurrencia de una eximente incompleta, debía imponerse la pena inmediatamente inferior en grado

B. Si la mayoría de circunstancias modificativas son compatibles con la atenuación privilegiada del artículo 66 existen motivos para imposibilitar su funcionamiento ordinario. Por otra parte, cuando el legislador ha querido derogar las normas del artículo 61, lo ha hecho expresamente.

Comparten en la actualidad este criterio, o al menos su resultado práctico, LLORCA y QUINTERO (24).

Frente a esta interpretación, GIMBERNAT sostiene, por el contrario, que «grado» significa en esta ocasión *grado de pena* (grado-extensión) y que, en consecuencia, no es de aplicación preceptiva el artículo 61 una vez realizada la correspondiente atenuación (25).

Evidentemente, afirma, la imposición de la pena inferior en uno o dos grados, está absolutamente vinculada a la existencia de una eximente incompleta y de su magnitud. Pero para ello, no es preciso una mención expresa puesto que la propia rebaja y su alcance dependen directamente de ello. Si el legislador se manifiesta sobre de los efectos de la eximente incompleta sobre la graduación, no es para repetir lo que ya es obvio, sino hacer hincapié, precisamente, en aquéllas que no sucedería sin la indicación específica: el número y entidad de requisitos que faltaren y concurrieren, inciden en la determinación del grado-extensión y no simplemente (que también) en la del grado-escala. Esta fundamentación básica encuentra otros puntos de apoyo:

A. Gramaticalmente la segunda parte del artículo 66 no sería más que una inútil reiteración de lo expresado en la primera parte del mismo precepto, o sea, que la atenuación en uno o dos grados depende de la eximente incompleta.

B. Históricamente sólo puede afirmarse, sin lugar a dudas, que la palabra grado significaba grado-extensión en el Código de 1848. La modificación legislativa posterior (*vid.* nota 23) en la que crea el problema interpretativo a solventar, pero no supone «*per se*» un cambio de orientación normativa.

C. Sistemáticamente expresiones idénticas o parecidas se utilizan para hacer referencia a la elección de grados internos de pena. Así

---

como solución única. Por tanto, el número y entidad de requisitos presentes y ausentes estaban llamados a regular el grado concreto de pena. Sin embargo el Código de 1870 (art. 87) introdujo la posibilidad de rebajar la pena en uno o dos grados. CÓRDOBA aduce que, si la intención del legislador fue ampliar la potencia atenuatoria de las eximentes incompletas, no tenía sentido continuar limitando el efecto de su mayor o menor magnitud a la determinación del grado dentro de la clase de pena.

(24) *Vid.*, LLORCA ORTEGA, J.: *Manual...*, *ob. cit.*, pp. 67 y 68, considera correcta la interpretación de CÓRDOBA, si bien entiende que, desde un punto de vista histórico y gramatical, «grado» significa «grado de pena». QUINTERO OLIVARES, G.: *Derecho penal, Parte General*, Madrid, 1989, p. 602.

(25) GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Tres problemas de reglas de aplicación de penas», en BARBERO SANTOS y otros: *La pena de muerte, seis respuestas*, Madrid, 1978, pp. 225-236. Concretamente señala la inaplicación del artículo 61.1 y 61.2. Tras la reforma de 1983, el elenco se ampliaría con el apartado 4.

menciona al actual artículo 61.5 y los artículos 61.4, 61.6, 516 y 530 modificados o suprimidos por la reforma de 1983.

D. Lógicamente quien puede lo más (determinar un grado de escala u otro) ha de poder también lo menos (elegir el grado interno de pena).

ANTÓN ONEGA, CEREZO MIR, COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN, CUELLO CALÓN, GALLEGO DÍAZ, GARCÍA ARÁN, GONZÁLEZ CUSSAC, C. MIR PUIG Y RODRÍGUEZ DEVESA (26) coinciden con esta posición.

Mientras tanto, la jurisprudencia española se ha decantado claramente por la primera interpretación desde mediados del presente siglo (27). Hasta 1988 se ha manifestado contundentemente en favor de la aplicación del artículo 61, una vez efectuada la degradación prevista en el artículo 66 (28), fundándose, además en los argumentos ya indicados por la doctrina, en el posible agravio comparativo que supondría no apreciar las circunstancias genéricas que en cada caso concreto pudieran concurrir (29). Circunstancialmente habían aparecido algunas sentencias en sentido contrario, sin llegar a constituir ni siquiera una línea minoritaria (30).

Algo parecido sucede con la atenuante de minoría de edad, regulada en el artículo 65. Si bien la facultad es idéntica (rebaja de la

(26) Cfr. ANTÓN ONEGA, J.: *Derecho penal*, Madrid, 1986, p. 601; CEREZO MIR, J.: «El tratamiento de los semiimputables», *ADPCP*, 1973, p. 28, n. 58; COBO DEL ROSAL, I. M./VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho penal, Parte General*, Valencia, 1987, p. 657; CUELLO CALÓN, E.: *Derecho penal, Parte General (revisado por Camargo Hernández)*, Barcelona, 1980, p. 764; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Teoría general...*, ob. cit., p. 228; GALLEGO DÍAZ, M.: *El sistema de determinación legal de la pena*, Madrid, 1985, pp. 403-406; MIR PUIG, C.: *El sistema de penas y su medición en la reforma penal*, Barcelona, 1986, p. 828; MIR PUIG, S.: *Parte General*, ob. cit., p. 828; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho penal español, Parte Especial* (puesta al día por A. Serrano), Madrid, 1990, p. 950; GARCÍA ARÁN: *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, Barcelona, 1982, p. 131, aunque algo confuso. Respecto al posicionamiento de juristas anteriores, tanto en este sentido o en la línea de CÓRDOBA V. GIMBERNAT: «Tres problemas... ob. cit., pp. 227-228.

(27) CÓRDOBA: *Las eximentes...*, ob. cit., p. 29-30, indica que el punto de arranque puede situarse en el año 1955 y cita concretamente la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1956 (RA 3393). Anteriormente, era dominante la doctrina que mantenía al margen el artículo 61, señalando, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1945 (RA 209), 9 de julio de 1946 (RA 907) y de 5 de febrero e 1948 (RA 206). Quizá la última resolución en este sentido sea la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1953 (RA 859).

(28) Entre muchas, cfr. durante la década de los ochenta, sentencias del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1980 (RA 3075), 19 de diciembre de 1981 (RA 5092), 27 de marzo de 1985 (RA 2038) y de 18 de noviembre de 1987 (RA 8539). Es especialmente significativa la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1983 (RA 4562), que casa la sentencia de la Audiencia por no haber aplicado el artículo 61.1 una vez atenuada la pena de dos grados.

(29) Respecto a éste último razonamiento, RODRÍGUEZ DEVESA: *Parte General*, ob. cit., p. 951, intenta desarmar la objeción, al advertir que la concurrencia de circunstancias atenuantes y/o agravantes debe de ser criterio orientador del arbitrio judicial en estos casos, mas no vinculante.

(30) *Vid.*, sentencias del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1973 (A 2423) y de 15 de octubre de 1981 (A 3661).

pena en uno o dos grados), la ausencia de mención alguna a un sistema especial de determinación del grado de pena elimina buena parte de los asideros interpretativos utilizados por los partidarios de excluir la aplicación del artículo 61.

La doctrina, no tan profusamente como en el caso anterior, se ha pronunciado también en dos direcciones opuestas:

a) Quienes defienden el mantenimiento de la vigencia del artículo 61 no ven mención alguna en el artículo 65 para plantar siquiera una quiebra del sistema general de determinación de la pena (31).

b) Quienes defienden un mayor margen de maniobra judicial en la determinación del grado de pena en los casos de minoría de edad penal, se agrupan en torno a la contradicción que constituye el hecho de conceder libertad en aquéllo más amplio (grado de escala) y constreñirla inmediatamente en lo más concreto (grado de pena). Además, se admite una mayor discrecionalidad para los artículos 61.5 y 66, sería un absoluto contrasentido restringirlo para otra atenuante privilegiada que tiene previsto un régimen dosimétrico penal idéntico (32).

Cohherentemente con lo mantenido para el artículo 66, la jurisprudencia se ha manifestado claramente por la aplicación del artículo 61 (33).

Como se ha podido comprobar, hasta ahora se planteaba el tema desde la óptica particular de algunos preceptos concretos (esencialmente el art. 66), pero no se cuestionaba como fórmula general.

### III. LAS NUEVAS TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES

Este es el estado de cosas a inicios de 1988: los cuatro primeros apartados del artículo 61 mantienen su vigencia general, salvo en los casos especiales en que la propia Ley penal la excluye expresamente. Sin embargo, desde entonces han comenzado a aparecer una serie de sentencias que en mayor o menor medida matizan la aplicación del artículo 61 en los casos en los que se reconoce previamente al Juez la facultad discrecional de alterar el marco penal abstracto. Movimiento que se inicia con un intento de reformulación de la interpretación del artículo 66 y que va abriendo progresivamente nuevas

---

(31) CASABO RUIZ, J. R.: *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 293. Este autor indica que la desaparición a partir de 1944 de la expresión «en el grado que corresponda» del texto del artículo 65, no fue nunca interpretado como una derogación del artículo 61.

(32) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA: *Parte General*, *ob. cit.*, p. 950; GALLEGO DÍAZ: *El sistema...*, pp. 401-402; GONZÁLEZ CUSSAC: *Teoría General*, pp. 226-227.

(33) Ultimamente, *vid.*, por ejemplo, sentencias del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1981 (RA 5101), 27 de enero de 1983 (RA 61), 13 de julio de 1983 (RA 4161), 27 de marzo de 1985 (RA 2038), 7 de mayo de 1987 (RA 302) y de 14 de diciembre de 1987 (RA 9769). Excepcionalmente, se habían mantenido de forma más o menos confusa, posturas distintas en las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1974 (RA 9769) y de 27 de enero de 1983 (RA 61).

posibilidades, hasta desembocar en la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1989.

### 1. Primera manifestación: la postura radical

Da principio a esta interesante evolución, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1988 (RA 40, Pte. Manzanares Samaniego). A efectos indenfinitivos, la doctrina contenida en ella puede denominarse *radical*, frente a la *tradicional*, habitualmente empleada por el Tribunal Supremo, y la *ecléctica*, de aparición posterior.

La mencionada sentencia consideró que «las reglas del artículo 61 del Código penal no juegan ya dentro de la pena rebajada en uno o dos grados a tenor del artículo 66 de dicho texto legal». Tal afirmación se fundamentaba en dos clases de argumentaciones, en buena parte formuladas ya por GIMBERNAT:

a) *Exclusivas al artículo 66*. Tanto histórica como gramaticalmente, existen razones para entender que la concreción del marco penal debe realizarse «atendiendo al número y entidad de los requisitos (de la eximente) que faltaren o concurrieren», sin verse sujeto a los estrictos criterios del artículo 61.

b) *Comunes a otros casos*. El reconocimiento de un amplio arbitrio judicial para determinar el marco penal se hace difícil de compaginar con las detalladas normas del artículo 61. Parece contradictorio admitir mayor margen de libertad para determinar la clase de pena que para concretar su grado interno. Por otra parte, el resultado de aplicar el régimen ordinario de determinación de la pena a estos casos produce vacíos o saltos inadmisibles (34).

En un primer momento, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1988 constituyó un islote entre la jurisprudencia dominante, que volvió a reafirmarse en sus posiciones (35). Sin embargo, dos decisiones del mismo año presentan rasgos característicos

---

(34) Puede ilustrarse con el siguiente ejemplo: En un caso de un delito de homicidio (Rm), la concurrencia de una eximente incompleta (art. 66 del Código penal) obliga a imponer la pena de prisión mayor o, facultativamente, la de prisión menor. Si se aprecia la existencia de un atenuante (art. 61.1 del Código penal), debería imponerse, o bien prisión mayor en grado mínimo (de 6 años y un día a 8 años), o bien prisión menor en grado mínimo (de 6 meses y un día a 2 años y cuatro meses). Entre una y otra hay un salto mínimo de 3 años y cuatro meses. La opción que se propone es poder recorrer la pena en toda su extensión.

(35) Respecto al artículo 66, expresamente durante 1988: sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo (Pte. Días Palos, RA 4133), 24 de junio (Pte. Vivas Marzal, RA 5310), 27 de junio (Pte. Moner Muñoz, RA 5371) y de 27 de septiembre (Pte. Moner Muñoz, RA 7062: en esta ocasión, cuando la pena había sido rebajada en dos grados). Parece diferir la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1988 (Pte. Vivas Marzal, RA 4706). Claramente en contra, auto de 29 de octubre de 1988 (RA 8806), del que era ponente el propio Manzanares.

comunes, prelude de la evolución que se experimenta posteriormente.

La primera de ellas es la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1988 (Pte. Montero Fernández Cid, RA 5055). La Audiencia de Alicante había condenado al recurrente por un robo con intimidación con uso de armas contra oficina bancaria, sin apreciar ninguna circunstancia modificativa. La pena a aplicar era prisión menor en grado máximo o prisión mayor (art. 501.5 en relación con los arts. 505 y 506). El Tribunal «*a quo*» había escogido el marco de inferior gravedad (prisión menor en grado máximo), si bien no lo impuso en su grado mínimo o medio, tal como sería preceptivo según el artículo 61.4 al no concurrir circunstancias agravantes genéricas, sino en su grado máximo. El Tribunal Supremo consideró admisible la elección efectuada «ya que la pena a imponer podría haber sido incluso la de prisión mayor». Se inacardina en la tendencia anteriormente expresada de evitar penas discontinuas por influjo del artículo 61, si bien no entra a discernir la naturaleza y límites de esta peculiaridad.

La segunda es la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1988 (Pte. Barbero Santos, RA 8331). El Tribunal Supremo entendió en esta ocasión que en un caso de edad inferior a los 18 años, el juzgado está habilitado, no sólo para imponer la pena inferior en uno o dos grados, sino que, además, puede recorrer estas penas en toda su extensión ya que «lógicamente, quien está facultado para lo más —descender la pena en uno o dos grados— está facultado para hacer lo menos, elegir el grado de dentro de ambos grados» (36).

Si bien la solución de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1988 se circunscribía al especial ámbito del artículo 66, los argumentos genéricos exportables a otros artículos presentes en ella son utilizados en las nuevas decisiones. Aunque no se manifieste expresamente un seguimiento de la misma doctrina, el rompimiento con la situación anterior es evidente.

Las sentencias de 23 de febrero y 17 de octubre completan un sistema cerrado que ofrece las mismas soluciones para el conjunto de atenuantes privilegiadas (arts. 61.5, 65 y 66). Lo novedoso de esta última es que la nueva forma de determinación se utiliza para el artículo 65, precepto que, como ya hemos visto, ofrece menos resquicios interpretativos que el artículo 66. Los criterios utilizados para los eximentes incompletas trascienden a la minoría de 18 años, sin precisar de los localismos interpretativos sobre la palabra «grado», utilizados para justificar la misma solución para el artículo 66. Se plantea la

---

(36) Se trató de la desestimación de un recurso contra una condena de arresto mayor en grado máximo por un delito continuado de robo con fuerza en las cosas por valor superior a 30.000 ptas., concurriendo la minoría de 18 años y reincidencia. El Tribunal Supremo reconoce que con los criterios dosimétricos tradicionales, la pena estaba también perfectamente justificada, pero, no era preciso recurrir preceptivamente a ellos.

ruptura con el sistema ordinario de circunstancias modificativas en el campo de los artículos 65 y 66, por el hecho de que se goze previamente de discrecionalidad para determinar el marco penal abstracto. Aplicando la idea extensivamente, se puede cuestionar la utilización del sistema general de atenuantes y agravantes en otros casos en los que se reconozca una especial discrecionalidad en la determinación cualitativa de la pena, cosa que ya se intuía en la sentencia de 20 de junio del mismo año.

## 2. Postura ecléctica

Dejando abierto el interrogante sobre la consolidación de una corriente radical, ésta ha influido decisivamente en el nacimiento de una nueva línea, la postura ecléctica. La primera manifestación de la misma se encuentra en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1989 (Pte. Moyna Ménguez, RA 3196), y que es seguida claramente por las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de mayo (Pte. Ruiz Vadillo, Actualidad Penal, ref. 542) y la ya conocida de 3 de octubre de 1989 (Pte. García Miguel, RA 7546).

Para solventar los problemas planteados en un caso eximente incompleta con ausencia de circunstancias modificativas, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1989 establece los fundamentos de la autodenominada postura ecléctica. Al igual que en la radical, la andadura se inicia a partir del artículo 66. A pesar de considerar correcta la línea jurisprudencial tradicional por lo que respecta a la interpretación de la palabra grado en el artículo 66 (elemento argumental que le separa de la sentencia de 23 de febrero de 1988), reconoce que la aplicación milimétrica del artículo 61 a estos casos, produce los efectos absurdos denunciados anteriormente. Para evitarlos establece un régimen dual.

a) cuando se opta por la reducción mínima obligada (pena inferior en grado), ésta debe determinarse en base al sistema de circunstancias modificativas ordinarias.

b) Cuando se opta por una rebaja discrecional (pena inferior en dos grados), el juzgador queda desvinculado del artículo 61 del Código penal para evitar la elisión de tramos de pena (37).

El siguiente paso lo da la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1989, que proclama la inaplicabilidad del artículo 61.4

---

(37) El resultado de la aplicación de este criterio al ejemplo de la nota 34. es el siguiente: En caso que se escogiera la pena inferior en un grado, debería circunscribirse a la de prisión mayor en grado mínimo (de 6 años y un día a 8 años), por efecto de la circunstancias atenuantes (art. 61.1 del Código penal); si, por el contrario, el castigo impuesta fuera el inferior en dos grados, la pena sería la de prisión menor en toda su extensión (de 6 meses y un día a 6 años), al no ser operativo en este caso el artículo 61. Desaparece, aunque de forma distinta, la cesura entre las dos penas.

cuando se hace uso de la rebaja facultativa del artículo 65 del Código penal. Si la finalidad del legislador al permitir la atenuación hasta dos grados —y no limitarse solamente a la pena inferior— fue facilitar una mejor adaptación de la pena a la menor imputabilidad del sujeto en base a las necesidades preventivas y a la gravedad de la culpabilidad, sería un contrasentido entorpecer esa individualización con la aplicación del artículo 61.4, en caso de hacer uso de la atenuación facultativa. Por otro lado, reconoce que tales conclusiones deben sustentarse exclusivamente sobre una interpretación teleológica del artículo 65, puesto que, gramaticalmente, parece inevitable la vigencia general del artículo 61.

Finalmente, aparece la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1989, con la que la postura ecléctica extiende su aplicación al artículo 506, párrafo último. Cuando se concede a los Tribunales la discrecionalidad máxima en la fijación del marco penal, no es de aplicación el sistema de determinación ordinario del Código penal y, en especial, las reglas del artículo 61 (38).

En este punto reside la importancia de la sentencia. Cimentadas las bases de la doctrina ecléctica, el Tribunal Supremo admite con esta decisión que los efectos distorsionantes de la aplicación automática del sistema de determinación de la pena en base a la concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes genéricas no se producen únicamente en el caso de atenuantes privilegiadas. Las soluciones esgrimidas para estos casos son también aplicables cuando se presenten problemas similares, en esta ocasión el artículo 506, párrafo último. La doctrina ecléctica no se limita, pues, a una salida particular para la debatida cuestión del artículo 66, solución que, por razones de proximidad sistemática y tradición doctrinal, podría propagarse restringidamente al artículo 65. Argumentalmente, no se aportan nuevos criterios, pero se efectúa el traslado definitivo de la cuestión desde los estrechos horizontes de los artículos 65 y 66 al conjunto del Código.

El criterio ecléctico permite mantener el armazón del artículo 61 en los casos en que se atenúe la pena sólo en un grado. Con ello se evita, por un lado, una de raíz con la tendencia tradicional y se amortiguan, por otro, sus efectos prácticos, ya que, en la mayoría de las ocasiones (o al menos en las que se llega a casación), se suele reducir la pena en su solo grado. Esta característica relativamente conservadora (en el sentido de limitadora del radical cambio que suponía la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1988), se ve mati-

---

(38) El Tribunal Supremo ya había aceptado en alguna ocasión evita el efecto acumulativo de una doble agravación: primero facultativa, en base al artículo 506, párrafo último, y, posteriormente, imperativa por la presencia de agravantes genéricas. Estas podían ser agotadas para apoyar el aumento facultativo, presentándose, en el momento de determinar el grado de pena, un delito sin circunstancias atenuantes o agravantes (art. 61.4). Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1988 (Pte. Díaz Palos, RA 2110).

zado por otros rasgos de criterio. Obsérvese que desde un primer momento, se fundamenta la inaplicación (aunque sólo sea parcial) del artículo 61 básicamente en razones extrínsecas al artículo 66. Así el salto cualitativo que se experimente con las sentencias posteriores queda facilitado notablemente.

### 3. Recapitulación y perspectivas

Resumiendo lo dicho hasta ahora, se distinguen tres líneas interpretativas:

1. Postura tradicional: las normas del artículo 61 son de aplicación general, una vez establecida la clase de pena, salvo las excepciones que expresamente se establecen en el Código penal.

2. Postura radical: las normas del artículo 61 no son aplicables cuando su conexión con la facultad de atenuar o agravar la sanción produzcan saltos o tramos intermedios exentos. La determinación legal de la pena finaliza en el momento en que se opta por un marco penal u otro. Posteriormente el Juez puede recorrer la pena en toda su extensión. Hasta el momento solución restringida al artículo 66 y, posiblemente, al 65.

3. Postura ecléctica: cuando el sistema ordinario de circunstancias modificativas produce los efectos anteriormente descritos, el artículo 61 continuará vigente en el marco obligatorio, mientras que en el facultativo la discrecionalidad será plena. Esta solución se amplía a otros casos de penas correlativas opcionales como el artículo 506 párrafo último.

A pesar de que no existe todavía un panorama temporal suficiente para una evaluación definitiva, se puede afirmar que:

a) La postura tradicional continúa siendo mayoritaria, al menos has fines de 1989 (39).

b) La doctrina ecléctica ha sido acogida por algunas sentencias (40), aunque se ha intentado presentar en simbiosis con la línea tradicio-

---

(39) *Vid.*, sentencias del Tribunal Supremo de 14 de enero de 1989 (Pte. Montero Fde.-Cid, RA 29), 17 de marzo de 1989 (Pte. Moner Muñoz, RA 2686), 8 de mayo de 1989 (Pte. Moner Muñoz, RA 4140), 27 de junio de 1989 (Pte. Cotta y Márquez de Prado, RA 6001) y de 20 de marzo de 1990 (Pte. Moner Muñoz, RA2567), si bien solventan problemas dentro de la pena inferior en un grado (atenuación forzosa), por lo que no diferirían de una solución ecléctica. La distinción no es a menudo sencilla pues ambas posiciones producen el mismo efecto cuando la rebaja no es facultativa (aplicación forzosa de las normas del artículo 61), en cuyo caso es necesario un pronunciamiento doctrinal expreso de la sentencia para efectuar su alineamiento. Así, de algunas sentencias, tan sólo se puede extraer su rechazo a la interpretación más radical, pero no un decantamiento hacia la tradicional o la ecléctica: sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1989 (Pte. Carrero Ramos, TA 8408).

(40) Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1989 (Pte. Bacigalupo Zapater, RA 9792), respecto al artículo 65.

nal, como una mera precisión del régimen general del artículo 61.1 (41). En realidad, a pesar de la multitud de ocasiones en que coinciden en los resultados, la jurisprudencia mayoritaria había rechazado la inaplicación del artículo 61 en cualquier caso. Las dos posturas están en abierta contradicción.

c) La interpretación radical parece no haber cuajado, si bien su incidencia sobre la ecléctica es evidente. Hasta el momento, se ha mantenido dentro de los márgenes de las atenuantes privilegiadas y operando en la inaplicación del artículo 61.4, en caso de escogerse la pena inferior en dos grados, por lo que sus resultados prácticos no han diferido de la ecléctica (42).

#### IV. VALORACION

Veamos si son correctas las conclusiones extraídas de la sentencia de 3 de octubre de 1989 y de las precedentes:

a) El sistema «aritmético» de individualización de la pena produce vacíos no deseables cuando se permite previamente optar entre distintos marcos penales. La interpretación literal de las normas del Código penal crean situaciones absurdas.

b) La correcta interpretación de las facultades discrecionales en la determinación del marco penal abstracto, permite obviar las normas del artículo 61 y los efectos pretendidamente nocivos a él asociados sin precisar del apoyo directo de menciones legales (caso del artículo 66).

c) Entre las posibles soluciones al problema, se opta por mantener el sistema ordinario para el marco penal obligatorio y la plena discrecionalidad para el facultativo.

#### 1. La aplicación indiscriminada del sistema ordinario de circunstancias modificativas tiene efectos negativos

El sistema de individualización «por salto» es doblemente objetable:

##### *A) Es un método extraño en nuestro Código*

Nunca se ha considerado un marco penal idóneo previo a cualquier fase de mayor concreción una pena discontinua. Siempre se uti-

(41) Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1989 (Pte. Puerta Luis, RA 8665), respecto al artículo 66.

(42) Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1990 (Pte. Manzanares Samaniego, RA 949).

liza una pena continua: una pena en toda su extensión, una parcialmente impuesta o dos penas correlativas de una misma escala. Las sanciones integrantes de las penalidades compuestas son penas de distintas naturaleza y lo mismo sucede con las alternativas. Exactamente lo mismo ocurre con la concreción del marco penal. El artículo 61 deja para individualización judicial una pena reducida en uno, dos o tres grados internos, pero siempre consecutivos.

Es evidente que la existencia de zonas intermedias no disponibles es fenómeno anómalo en el Código penal español. Utilizando la expresión de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1988 «el Derecho —también el penal, y más exactamente el que atañe a la individualización punitiva— tiene, como la Física, horror al vacío».

Podría alegarse en contra que se están mezclando distintas fases del proceso de determinación legal y que la presencia de vacíos es ficticia. Cuando se establecen dos marcos penales optativos, se valora, inicialmente, el factor que justifica esta dualidad (por ejemplo la menor motivabilidad del sujeto) y, posteriormente, se analiza la presencia de las circunstancias genéricas que permitirán restringir aún más la pena aplicable. Existiría siempre un marco penal único sobre el que se procederá a la determinación cuantitativa de la pena.

Sin embargo, la realidad es completamente distinta. En los casos en que se goza de marcos facultativos, el Juez tiene muy en cuenta los efectos de la posterior aplicación de los elementos modificativos. No realiza una decisión inicial sobre la pena-extensión y, posteriormente, entra en la determinación cualitativa, sino que su primera decisión está completamente condicionada por las sanciones concretas de que va a disponer. Calcula cuál va a ser la pena realmente aplicable (por ejemplo, prisión mayor en grado mínimo o prisión menor en grado mínimo) y, sobre estas dos opciones, escoge la más adecuada a la menor imputabilidad del sujeto. Otra salida para el Juez sería no apreciar la concurrencia de la atenuante para gozar de una mayor discrecionalidad (43). Sea como sea, el juego de las circunstancias modificativas y la existencia de zonas intermedias indisponibles, en el paso previo de elección del marco penal.

---

(43) Según QUINTERO OLIVARES, G.: «Determinación de la pena y política criminal», en *Cuadernos de Política criminal*, núm. 4, 1978, pp. 55 y 67, la obsesión por limitar el arbitrio judicial y sus negativas consecuencias, tiene, a menudo, como efecto forzado, el que los Jueces adapten los hechos probados de tal manera que no se vean obligados a aplicar las circunstancias en cuestión, evitando así los efectos punitivos desmesurados. Técnica que había sido reconocida por la Fiscalía del Tribunal Supremo en el ámbito del rebo. *Vid.*, CÓRDOBA: «Consideraciones...», *ob. cit.*, p. 121.

**B) Produce sanciones desajustadas respecto al delito a que hacen referencia**

Entre el delito y la pena se presenta siempre una relación de correspondencia en base a la gravedad y peligrosidad del hecho realizado y la culpabilidad del sujeto. Proporcionalidad que, en caso de romperse, produce penas inadecuadas para la prevención de delitos (44). Si los puntos de referencia de la pena se presentan completos y compactos, es inconcebible que la valoración en forma de sanción se formule fraccionadamente.

La postura tradicional no sólo mantiene la vigencia nominal del artículo 61, sino que provoca que las circunstancias modificativas genéricas tengan un efecto distinto al habitual.

Cuando no se determina exactamente el marco penal correspondiente a ciertos delitos cuyo contenido de injusto o culpabilidad es distinto al ordinario (por ejemplo, arts. 52, 65 a 66), es porque se considera más idóneo que sea el Juez quien acondicione la pena a la situación en particular. Las cuatro primeras reglas del artículo 61 están destinadas a continuar el proceso y concretar el proceso aún más la acomodación efectuada. Pues bien, en lugar de ello, las circunstancias modificativas pueden ubicar la pena fuera del marco real de la valoración realizada o producir una concreción interna opuesta a la prevista inicialmente. Veámoslo con un ejemplo:

La determinación de la pena correspondiente a un delito realizado por un menor de 18 años presenta como puntos extremos la rebaja de la pena en un grado (mínimo) o en dos grados (máximo). Sin embargo se convendrá en la existencia de situaciones intermedias en las que la inmadurez del menor y las circunstancias del hecho no se ajustan a ninguno de los puntos extremos. En estos casos la valoración correcta puede centrarse, por ejemplo, en la pena comprendida entre el grado medio de la inferior en un grado y al máximo de la inferior en dos grados. La concurrencia de dos agravantes (art. 61.2, pena en grado máximo) provocaría los siguientes efectos distorsionantes cuando se aplicara a los dos marcos penales disponibles:

a) Pena inferior en un grado en su grado máximo, grado de pena externo a la individualización efectuada previamente en base al artículo 65. El resultado coincide con el que se hubiese obtenido si la minoría de 18 años hubiese merecido la atenuación más leve (extremo mínimo).

b) Pena inferior en dos grados en su grado máximo. Si bien cae dentro del marco inicial, la pena impuesta se corresponde al grado medio de la valoración efectivamente realizada, y no al grado máxi-

---

(44) Cfr. LUZÓN PEÑA, D. M.: *Medición de la pena y substitutivos penales*, Madrid, 1979, pp. 23 y ss.; MIR PUIG, S.: *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976, pp. 98 y ss.; pp. 158 y ss.

mo, como sería preceptivo. El resultado coincide con el que se hubiera obtenido si la minoría de 18 años hubiera merecido mayor atenuación (extremo máximo).

Las penas que se obtienen son desproporcionadas a la gravedad y peligrosidad del hecho, no se corresponden a la culpabilidad del sujeto y provocan efectos idénticos en casos desiguales.

El sistema tradicional fuerza a obtener soluciones absurdas para respetarlo o infringir otros elementos legales del proceso de determinación. Comporta una confusión de los criterios de fijación de la pena en aras de un malentendido positivismo. Conjugando esta idea con la de absoluta discrecionalidad en la determinación judicial, se ofrece una visión absolutamente reduccionista del Derecho penal, limitando la pena al resultado de un teóricamente ciego proceso de subsunción (45).

## 2. El marco del actual Código penal es posible mantener la inaplicación del artículo 61 sin vulnerar el principio de legalidad

Los argumentos ofrecidos hasta ahora son ciertamente útiles para completar la interpretación del artículo 66. Sin embargo, queda por demostrar si bastan por sí solos para avalar la inaplicación del artículo 61 cuando exista la posibilidad de optar entre dos marcos penales correlativos y no haya mención específica alguna sobre una alteración del régimen general.

El principio de legalidad puede ser un obstáculo insalvable. El sistema de circunstancias atenuantes y agravantes genéricas de apreciación penalógica obligatoria puede producir efectos distorsionantes (aunque no tan acusadamente) en su aplicación a marcos penales únicos y, a pesar de ello, no es posible obviar su empleo. El legislador se ha mostrado favorable a la utilización del sistema de determinación cualitativa del artículo 61 y, cuando no lo ha creído conveniente, se ha manifestado al respecto (46). Por tanto no quedaría más remedio que señalar el defecto y abogar para que, «*de lege ferenda*», se

---

(45) Interpretaciones «mecanicistas», en palabras de COBOS-VIVES: *Parte General*, *ob. cit.*, p. 657, respecto al artículo 66.

(46) *Vid., supra*, II.2. Con este método, tanto en el Proyecto de Código penal de 1980 (PCP) como en la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código penal de 1983 (PANCP), el problema pierde casi toda su relevancia. En ambos se continuó manteniendo un sistema general de circunstancias que incidían directamente en la aplicación de la mitad superior o inferior de la pena. En el PCP, la atenuación para la tentativa, menor de 18 años y la eximente incompletas se reducía únicamente a la pena inferior y, además, se reconocía expresamente que el Juez determinaría la extensión de la pena que creyese pertinente. La posibilidad de optar entre dos marcos penales distintos se vio restringido a la tentativa inidónea. La PANCP aceptó de nuevo la atenuación en uno o dos grados para tentativa y eximentes incompletas y elevó la edad penal a los 18 años, pero manteniendo la mención de la libre determinación de la extensión interna.

sigan otros derroteros en los que ciertas circunstancias sean de preceptiva observación en la determinación de la pena, pero sin efectos forzosos o, al menos, no matizables (47).

Sin embargo, como ya se ha visto, la toma en consideración tal como se ha venido entendiendo tradicionalmente de los elementos accidentales altera la valoración efectuada en base a los criterios que justifican la existencia de diversos marcos penales optativos. Se impone la elección entre la supervivencia de una de las dos normas. La antinomia se solventa aceptando alguna de las siguientes soluciones:

a) La aplicación del artículo 61 debe alterarse cuando sus efectos sean abiertamente contradictorios con la finalidad perseguida por los preceptos que prevén marcos penales opcionales (48). El Código penal ya ha establecido la jerarquía al otorgar a estos últimos un mayor poder atenuante o agravante que a las circunstancias modificativas ordinarias y al situarlos en un punto previo preferente en la fase de determinación legal.

b) El problema es anterior al artículo 61, y proviene de la obligación de optar de forma excluyente entre una pena-extensión u otra. No es preciso la derogación del sistema general de circunstancias modificativas. Si se admiten elecciones que abarquen parte de los dos marcos penales optativos (las valoraciones intermedias), la aplicación del artículo 61 en su interior es perfectamente admisible.

La segunda de las soluciones propuestas presenta ciertos problemas con los artículos que prevén la alteración facultativa de las penas. Se hace referencia a un marco penal u otro. Nunca a una pena comprendida entre ambos por lo que se rompería con los esquemas habituales de determinación de la pena. Sin embargo, como se verá posteriormente, la interpretación ecléctica, pese a partir de la idea de la no aplicación del artículo 61 en algunos casos (solución a), ofrece soluciones prácticas idénticas a las resultantes de la postura b.

Parece posible admitir un régimen excepcional sin quebrar el principio de legalidad a través de la interpretación teleológica de los pre-

---

(48) Así, respecto al PANCP de 1983, BACIGALUPO ZAPATER: «Notas sobre la Propuesta de Anteproyecto de Código penal», en *RFDUC*, núm. 6, 1983, pp. 57-58, se pronuncia en favor de la supresión de catálogos genéricos. LUZÓN PEÑA: «Aplicación y sustitución de la pena», en *REDUC*, núm. 6, 1983, p. 415, considera, sin embargo, que, dada la poca evolución teórica de los criterios de medición de la pena en España, es preferible mantener en parte el sistema actual, especialmente en lo referente a atenuantes.

(48) Así, la sentencia de 4 de mayo de 1989: «Cuando concurren tales exigencias de mayor atenuación que la obligatoria, la aplicación de la regla cuarta del artículo 61 del Código penal, conduciría a resultados que están abiertamente en contra de la finalidad del artículo 65 del Código penal. En efecto, no sería adecuado a los principios de una individualización de la pena basada en la gravedad de la culpabilidad y en las exigencias de prevención especial, que el Tribunal no pudiera fijar la pena atenuada en el grado máximo (se refiere al grado máximo de la pena inferior en dos grados).

ceptos que contengan la posibilidad de elegir distintas penas. Es momento, pues de analizar si son admisibles las soluciones ofrecidas últimamente por la jurisprudencia y si alguna de ellas es preferible a la otra.

### **3. El método postulado por la línea ecléctica es el más adecuado al actual Código penal**

La aplicación de la postura radical en el actual Código penal tiene efectos desaconsejables si se efectúa de forma global a todos los casos de marcos penales opcionales mientras continúe funcionando el sistema del artículo 61 para los delitos que tienen asignados marcos penales únicos obligatorios.

Los resultados contrarios a la finalidad que se persigue al otorgar al Juez dos grados de escala para determinar la pena se concentran fundamentalmente en los espacios vacíos intermedios. Si se pregona la libre disposición de ambas penas en toda su extensión podría faltar, en ocasiones, la razón que permite exceptuar la utilización del artículo 61 y se posibilitarían agravios comparativos.

Un ejemplo: el legislador ha previsto que la pena correspondiente a la tentativa es la inferior en uno o dos grados a la del delito consumado. En un caso de tentativa de homicidio con la presencia de una atenuante, el Juez podría imponer cualquiera de los grados inferiores en toda su extensión (por ejemplo, prisión mayor en grado medio). Si se hubiese tratado de un homicidio frustrado (que merece en nuestro Ordenamiento como mínimo el mismo desvalor que la tentativa) con la concurrencia de la misma atenuante, la pena aplicable hubiese sido prisión mayor en su grado mínimo, necesariamente, ya que, al tratarse de un marco penal único, continúa vigente el artículo 61.1. En el caso inverso de marcos opcionales agravatorios, serían posibles penas menores para comportamientos más graves.

A<sup>1</sup> tratarse de un régimen excepcional, debe aplicarse solamente en casos de absoluta incompatibilidad con los motivos que justifican la rebaja o el aumento. Utilizarlo fuera de los tramos de pena intermedios se aproximaría a la analogía contra reo en ciertas ocasiones, y atentaría al principio de igualdad y proporcionalidad en otras. Si a todo ello se le une la ausencia de control ocasional de la discrecionalidad judicial en la determinación de la pena, se llega a la conclusión de que los problemas creados serían mayores que los solventados. Además dejaría sin sentido las menciones expresas del Código penal a la libertad de fijar el grado interno de pena.

Hay que volver a señalar que, hasta ahora (exceptuando la sentencia de 20 de junio de 1988, de discutible adscripción a esta línea), la postura radical se ha limitado a las eximentes incompletas, donde, por las razones históricas y sistematicas ya vistas, su posición está

perfectamente fundada. Más problemas presenta su aplicación al artículo 65, por carecer de mención al respecto, por lo que parece preferible la postura ecléctica. No han aparecido hasta ahora síntomas de extensión a otros ámbitos.

El sistema ecléctico ofrece como ventaja que en ningún caso puede imponerse una pena superior o inferior a las que se obtienen a través de la técnica tradicional (49), mientras que se consigue una mejor adaptación de la pena al injusto del hecho, la culpabilidad del sujeto y los fines político-criminales que se persiguen con la imposición de la pena. Se dispone de mayor tiempo real de pena y, sin embargo, no se superan los límites mínimos y máximos.

Por otra parte, las menciones expresas que obvian el sistema de circunstancias modificativas previstas en el Código penal, continúan manteniendo su sentido:

a) Cuando se trate de marcos penales únicos por se ajenos a la problemática.

b) Cuando se trate de penas facultativas, porque supone la inaplicación del artículo 61 en todo caso (cosa que no sucede cuando no se indicado directamente) y no simplemente en los tramos intermedios exentos.

Sin embargo es criticable la fundamentación que se hace de la postura ecléctica sobre la idea de la discrecionalidad máxima, en el sentido de que es absurdo coartar en la elección del grado interno de pena a quien ha escogido libremente el marco penal previo. En realidad la idea es justamente la inversa. El Juez no puede escoger entre varias posibilidades sino que está forzado a escoger la pena correcta (50). Precisamente esta ausencia de total libertad, de arbitrio en el sentido negativo de la palabra, permite inaplicar aquellos preceptos que obstaculizan la correcta individualización prevista por el legislador cuando otorga a los Tribunales un margen de maniobra mucho más amplio que el habitual.

Por otra parte, salvo en lo referente a evitar penas discontinuas, deben respetarse todas las previsiones del artículo 61 en el proceso de determinación de la pena. La concurrencia o no de circunstancias modificativas, su mutua compensación, los criterios del apartado 4, etc., han de ser tenidos en cuenta en la individualización judicial de la pena.

---

(49) Respecto al ejemplo anterior, con la nueva doctrina el autor de la tentativa de homicidio podría castigarse con la pena de prisión mayor en grado mínimo o prisión menor en toda su extensión. Si se hubiese calculado la pena conforme al criterio tradicional, se obtendrían las penas de prisión mayor o menor, ambas en su grado mínimo. En ambos casos, la pena resultante para el homicidio frustrado sería prisión mayor en grado mínimo. Se respeta en ambos casos la distinta valoración de las diferentes formas de imperfecta ejecución.

(50) SILVA SÁNCHEZ: «La revisión...», *ob. cit.*, p. 140.

Caben algunas cautelas frente a esta nueva jurisprudencia:

— Si no establece un serio control casacional del arbitrio judicial, se desembocará en un aumento de la discrecionalidad sin contrapartida alguna, en cuyo caso, quizá es preferible el tratamiento ordinario. Con la vigencia plena del sistema general de circunstancias, se ofrece al menos la posibilidad de examinar las decisiones que sitúan la pena en los tramos intermedios (51) por incumplir las normas de determinación legal.

— Es de esperar que no se trate simplemente de soluciones «*ad hoc*», para evitar la casación de sentencias cuyas penas no adolecían de manifiesta desproporción, aunque incurrieran en defectos técnicos en la determinación de la pena.

#### 4. Reformulación del criterio

La postura ecléctica merece una precisión. No es plenamente correcto afirmar (como se hace en la sentencia de 3 de octubre de 1989) que «el artículo 61 es de aplicación obligada cuando el aumento o disminución se haga en un solo grado, impuesto como preceptivo, pero que si se elige el aumento o la disminución en dos grados, como esto es absolutamente discrecional, la discrecionalidad se propaga a todo el dispositivo y funciona de modo absoluto sin vinculación alguna al artículo 61».

Si lo que realmente se persigue es evitar una individualización segmentada, el artículo 61 debe utilizarse para determinar los límites máximo y mínimo aplicables en cada caso concreto. Veámoslo en el caso de rebaja de la pena en uno o dos grados:

a) Cuando existe una atenuante (art. 61.1.) (52), se utiliza este precepto en el marco penal obligatorio para evitar que se le imponga al reo una pena superior al grado mínimo. Al afirmarse que el Tribunal goza de plena libertad para escoger el grado más idóneo en la pena inferior en dos grados (facultativa), se está pensando, en realidad, la desaparición del tramo existente entre el grado mínimo de la pena inferior en grado y el grado mínimo de la pena inferior en dos grados, cosa que se consigue en este caso concreto concediendo libertad al juzgador en el tramo inferior.

b) Cuando existe un agravante (art. 61.2) (53) no tendría ningún sentido exigir la aplicación del artículo 61 en la pena inferior en gra-

---

(51) Ante tal peligro, la PANCP de 1983 estableció la obligación de razonar la determinación judicial efectuada allí donde se reconocía especial juego al arbitrio judicial: tentativa (art. 58), dos o más atenuantes o una muy cualificada (art. 63.4), y eximentes incompletas (art. 67).

(52) El mismo razonamiento es válido para un caso de ausencia de circunstancias modificativas (art. 61.4).

(53) También para el caso de dos o más agravantes.

do y la plena discrecionalidad para la inferior en dos grados, pues, como ya se habrá comprendido, se obtendría justamente un efecto contrario al perseguido: la pena aplicable sería, o bien la inferior en grado en su grado medio o máximo, o bien la inferior en dos grados en toda su extensión. Continuaría existiendo un «agujero negro» entre los dos segmentos de la sanción. La solución lógica en este caso es admitir la plena discrecionalidad en la pena inferior en grado y exigir la aplicación del artículo 61 en la inferior en dos grados (por tanto, obligatoriamente en su grado medio o máximo).

Logicamente el criterio debe aplicarse a la inversa cuando la pena opcional responda a una agravación de la pena originaria, como es el caso del artículo 506, párrafo último.

## 5. Campo de aplicación

Hasta el momento, la línea jurisprudencial se ha manifestado, a partir del artículo 66 (54), en los artículos 65 y 506, párrafo último. Sin embargo la sentencia de 3 de octubre de 1989 —y en ello reside su importancia— es un buen exponente de las posibilidades de expansión del criterio. Pueden plantearse problemas similares en alguno de los siguientes casos:

- Error de prohibición (art. 6 bis a).
- Tentativa, delito imposible, proposición y provocación (art. 52).
- Medidas para «terroristas arrepentidos» (art. 57 bis 2).
- Delito continuado (art. 69 bis).
- Delitos contra el Jefe del Estado, su sucesor, altos organismos de la nación y forma de Gobierno (art. 148 bis).
- Manifestaciones ilícitas (arts. 167 y 170).
- Sedición (art. 224).
- Tipos agravados de atentado (art. 235).
- Tenencia ilícita de armas y depósito de armas o municiones (art. 256).
- Tenencia de explosivos (art. 264).
- Apología (art. 268).
- Tenencia de moneda falsa (art. 287).
- Tenencia de material para la falsificación (art. 315).
- Falsificación no monetaria (art. 318).
- Alteración o simulación de sustancias medicinales (art. 334.3) (55).
- Propagación maliciosa de enfermedades (art. 348 bis).

(54) Respecto a las eximentes incompletas existen razones suficientes (*vid. supra*, 11.3) para entender que se trata de un caso de exclusión expresa de las cuatro primeras normas del artículo 61, y que es admisible la interpretación radical.

(55) El propio Código establece la libertad del Juez para fijar el grado interno

- Lesiones (art. 420.2).
- Estragos (art. 554).
- Agravación genérica para delitos patrimoniales (art. 563 bis a).

El listado es completamente heterogéneo, mezclándose elementos que inciden sobre la propia esencia del delito y en la formación del marco penal genérico (tentativa, actos preparatorios) con elementos accidentales, que solamente influyen en la cantidad de injusto o culpabilidad (elementos agravantes o atenuantes de la Parte Especial) (56), y que, simplemente gozan de mayor efecto que las circunstancias genéricas. Sin embargo parece que el régimen del artículo 61 distorsiona el funcionamiento de estas normas.

Por otra parte, las reflexiones efectuadas sobre el artículo 61 son también válidas para el artículo 57 bis a del Código penal, que obliga a imponer en su grado máximo las penas correspondientes a los delitos relacionados con la actividad de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes.

Se puede formular una conclusión final a partir de las posiciones jurisprudenciales analizadas. En ocasiones el legislador renuncia a un solo marco penal y prefiere dejar a disposición del Tribunal varias penas correlativas para una más correcta determinación de la pena. En estos casos, el juzgador puede emplear, para efectuar la adecuada individualización, la pena comprendida entre los dos límites extremos que ofrece la aplicación del artículo 61, incluyendo los grados intermedios. La presencia o ausencia de las diversas circunstancias modificativas y los principios de valoración del artículo 61 serán tenidos en cuenta como criterios de concreción judicial. Para que pueda ser entendido como un avance en la mejor determinación de las penas, la técnica debe de ir acompañada de un mayor control casacional sobre los principios que rigen la discrecionalidad judicial (57).

---

de pena en caso de optar por la pena superior en grado. En este caso, las previsiones del artículo 61 no serían de obligado cumplimiento cuando, pese a tratarse de un caso de suma gravedad, no se considere necesaria la imposición de la pena superior en grado.

(56) Donde, además, sería preciso analizar en cada uno de estos artículos si se trata de auténticas reglas de aumento de la indeterminación legal de la pena o de subtipos privilegiados o agravados.

(57) Finalizada la elaboración de este comentario, ha aparecido un interesante trabajo que no ha podido ser tomado en cuenta en el texto. ORAA GONZÁLEZ, J. y ORAA GONZÁLEZ, M.: «La compatibilidad de los artículos 66 y 61 del Código penal. Crítica a una reiterada decisión jurisprudencial», en *La Ley*, 16 de octubre de 1990, pp. 1-4. Centrándose en la problemática concreta del artículo 66, los autores se inclinan por la posición que aquí se ha venido denominando radical.