

¿ES EL ARTÍCULO 66.1.8.ª DEL CÓDIGO PENAL UNA REGLA GENERAL?

Mario Sánchez Dafaucé

Profesor Visitante de Derecho Penal. Universidad Carlos III de Madrid.

Title: *Is article 66. 1. 8.ª of the Criminal Code a general rule?*

Resumen: Se aborda en este texto el análisis de las relaciones entre el artículo 66.1.8.ª y los artículos 66.1.1.ª, 68, 62 y 63 del Código Penal. Se trata de comprobar si la orientación dominante en esta materia, basada —en parte— en una simetría formal del sistema de determinación de la pena, es congruente con los principios de igualdad y de culpabilidad por el hecho. Se hace una referencia especial a las dificultades para concebir el art. 66.1.8.ª del Código Penal como una regla general en atención a la disfunción que tal consideración provoca respecto de la figura del cómplice.

Palabras clave: Determinación legal de la pena; Determinación judicial de la pena; Reglas de extensión; Tentativa; Complicidad; Principio de culpabilidad por el hecho; Principio de igualdad; Simetrías material y formal del sistema de determinación legal de la pena.

Abstract: *This text addresses the analysis of the relationships between article 66.1.8.ª and articles 66.1.1.ª, 68, 62 and 63 of the Penal Code. The aim is to verify whether the dominant position on this matter, based in part on a formal symmetry of the sentence determination system, is consistent with the principles of equality and culpability for the act. A special reference is made to the difficulties in conceiving art. 66.1.8.ª of the Penal Code as a general rule in attention to the disfunction that such consideration provokes with respect to the figure of the participant in the offence.*

Keywords: *Legal determination of the sentence; Judicial sentencing; Rules of extension; Attempt; Complicity; Principle of culpability for the fact; Principle of equality; Material and formal symmetries of the system of legal determination of the sentence.*

Sumario: 1. Palabras preliminares. - 2. 66.1.8.ª y 66.1 CP. - 3. 66.1.2.ª CP. - 4. 68 CP. - 5. 62 CP. - 6. 14.3 y 63 CP. - 7. Culpabilidad por el hecho y principio de igualdad. - 8. Conclusiones. - 9. Bibliografía.

1. Palabras preliminares

El artículo 66.1.8.^a del Código Penal dispone lo siguiente:

“Cuando los jueces o tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión”.

Se trata de una excepción a la regla general por la cual los jueces y tribunales están vinculados por las normas de extensión en la determinación de la pena.

Desde este punto de vista, es evidente que el art. 66.1.8.^a no puede considerarse en modo alguno como una regla general.

Pero cuando la doctrina alude a este precepto como tal lo hace pensando en otro problema: en particular, en el de la delimitación de su campo material de aplicación.

Y aquí sí que se plantea una cuestión digna de atención y de gran interés: ¿hasta dónde alcanza esta excepción de la vinculación judicial a las reglas de extensión en la determinación de la pena?

En un primer momento, se pueden mencionar 4 diferentes niveles, de menor a mayor en cuanto a su amplitud:

- 1) El art. 66.1.8.^a solo es aplicable a los supuestos recogidos en el art. 66.1., es decir, cuando la rebaja en más de un grado procede de la aplicación de alguna de las reglas precedentes incluidas en el mismo art. 66.1. CP (en realidad, solamente del art. 66.1.2.^a), pero no cuando la rebaja en más de un grado se debe a una regla diferente recogida por otro precepto del CP.
- 2) Además de a los casos anteriores, el art. 66.1.8.^a también alcanza a los supuestos en los que se rebaja la pena en más de un grado en virtud del art. 68 por la concurrencia de una eximente incompleta, pues así lo exige la referencia que hace el art. 68 CP a la *aplicación del artículo 66 del presente Código*.
- 3) Además de a los dos supuestos anteriores, el art. 66.1.8.^a también se aplica cuando se rebaja la pena en dos grados al autor de una tentativa de delito, en virtud de la expresión *en la extensión que se estime adecuada* incluida en el art. 62 CP.
- 4) Por último, cabe concebir el art. 66.1.8.^a CP como una “regla general” referida a todos los casos en los que, por el camino que fuere, los jueces o tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado y de modo similar a lo que ocurre, para una diferente materia, con el art. 66.1.6.^a CP.

Por supuesto, los niveles 2, 3 y 4 también se pueden dar rechazando el nivel 1, es decir, negando la aplicación consecutiva del art. 66.1.8.^a una

vez aplicado el art. 66.1.2.^a, pues el art. 66.1.1.^a se entendería en tal caso desplazado por el 66.1.2.^a CP.

En este trabajo quiero incluir la referencia a dos nuevos niveles de aplicación de este precepto que podrían dificultar su consideración como una regla general en el sentido que se acaba de exponer: (i) error de prohibición; (ii) complicidad.

Además, conviene también hacer una distinción entre el grado judicial de vinculación a las reglas de dosimetría penal respecto de circunstancias agravantes o atenuantes.

2. 66.1.8.^a y 66.1 CP

Parece asentada la opinión doctrinal que concibe el art. 66.1.8.^a CP como una regla general en los términos expuestos previamente (aunque lo digo con cierta cautela, pues se trata de un terreno muy deslizante).

Es muy claro BOLDOVA PASAMAR cuando afirma que el único caso entre las reglas del art. 66.1. en el que es posible aplicar la pena inferior en más de un grado es el del art. 66.1.2.^a (concurrencia de dos o más atenuantes o de una o varias muy cualificadas), “pero tanto si se reduce un grado como si se reducen dos, la pena se aplica en toda su extensión, pues en tal supuesto hay tan solo que atender al número y entidad de las circunstancias atenuantes que se hayan apreciado”¹. Esto significa que el art. 66.1.8.^a CP está pensado para supuestos de reducción en grado de la pena por causas *diferentes* a las propias circunstancias atenuantes y agravantes del art. 66.1. Para estos otros casos, de reducirse la pena en un grado, podrá entrar en juego alguna de las siete primeras reglas del art. 66.1. CP, pero, de reducirse la pena en más de un grado, tal y como indica la regla octava, se podrá recorrer toda la extensión de la pena, es decir, no será necesario dividir el marco resultante en mitades. Por lo tanto, en este último supuesto no habrán de atenderse las reglas del art. 66.1 que operan sobre la extensión de la pena, aunque sí aquellas reglas que comportan otra modificación del grado de la pena².

También es contundente MOLINA FERNÁNDEZ cuando afirma que, pese a su ubicación, a la regla del art. 66.1.8.^a CP le corresponde un “alcance general”³.

¹ BOLDOVA PASAMAR, M.A., “Aplicación y determinación de la pena”, *Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito*, 5ª edición, GRACIA MARTÍN, L., BOLDOVA PASAMAR, M.A., ALASTUEY DOBÓN, C., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 126.

² BOLDOVA PASAMAR, 2016, p. 126.

³ MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Memento Penal 2021*, MOLINA FERNÁNDEZ, F., (Coord.), Lefebvre, Madrid, 2020, marginal 5531.

En el mismo sentido que MOLINA FERNÁNDEZ se pronuncian LÓPEZ LÓPEZ y VILLA SIEIRO al sostener, respecto de la regla 8ª del art. 66.1., que, “cuando se baje la pena en más de un grado, independientemente del motivo (p.ej. tentativa, complicidad, error de prohibición vencible...), esta se podrá aplicar en toda su extensión, sin que sea necesario dividirla en mitades (reglas 1ª y 3ª del art. 66.1)”⁴.

El enfoque más alejado al de los autores mencionados quizás sea el ofrecido por MAPELLI CAFFARENA, autor para quien el art. 66.1.8ª. CP incluye “una disposición cuyo alcance no está claro. No sabemos si es una regla que afecta a todos aquellos casos en los que está prevista esa reducción de la pena o, por el contrario, su eficacia se reduce a las reglas contenidas en el art. 66 CP”⁵. No obstante lo anterior, MAPELLI CAFFARENA se inclina por la interpretación más restrictiva, tanto por razones sistemáticas, como “porque el propio legislador muestra su voluntad de circunscribir sus efectos al ámbito del art. 66 CP, cuando en otras ocasiones hace imposible su aplicación y permite, expresamente, la [in]compatibilidad absoluta (ej. art. 68 CP, en relación con las eximentes incompletas o en el art. 62 CP, en relación con la tentativa)”⁶.

Por supuesto, la afirmación anterior exige, como presupuesto, que respecto de los arts. 62 y 68, y el art. 66.1 CP, rija el principio de *incompatibilidad absoluta*; es decir: la aplicación de la pena —tras la rebaja del marco penal tanto en uno como en dos grados— en la extensión que se estime adecuada y sin sujeción a las reglas de extensión del art. 66.1. CP⁷. Y ello frente al principio de compatibilidad parcial, para el que se mantiene el carácter vinculante de las reglas de extensión del art. 66. 1. CP cuando se rebaja la pena en un grado, “pero no, en cambio, cuando se rebajan dos”⁸.

Pese a la afirmación precedente de MAPELLI CAFFARENA, parece, como veremos, que la jurisprudencia se ha ido inclinando poco a poco en favor del principio de compatibilidad parcial.

Incluso el propio autor señala que este problema no está resuelto del todo, entre otras razones porque “la regla 8ª del art. 66 CP (...) se inclina, sin justificación alguna, por la compatibilidad parcial”⁹; lo cual, unido a la ya mencionada afirmación de que los efectos del art. 66.1.8ª han de quedar circunscritos al art. 66, “no deja de causar cierta perplejidad (...) puesto que [la regla 8ª] sólo sería de aplicación para los supuestos

⁴ LÓPEZ LÓPEZ, C., VILLA SIEIRO, S.V., “Determinación de la pena”. En *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, ROCA DE AGAPITO, L. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 98.

⁵ MAPELLI CAFFARENA, B., *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, 5ª edición, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 298.

⁶ MAPELLI CAFFARENA, 2011, p. 298.

⁷ Así, MAPELLI CAFFARENA, 2011, p. 290.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.

resueltos en la regla 2ª, única ocasión en la que se puede bajar la pena en más de un grado¹⁰.

La solución propuesta por MAPELLI CAFFARENA resulta difícil de sostener actualmente habida cuenta del claro dominio del principio de compatibilidad parcial. No obstante, se trata de una aproximación a este problema relativo al campo material de aplicación del art. 66.1.8.ª CP que, personalmente, me despierta un marcado interés, pues, en tanto deja fuera de su órbita la concurrencia de circunstancias agravantes, refleja con crudeza el verdadero motivo que ha propiciado la redacción de este precepto, y que, ajeno a cualquier pretensión de justicia material, no es otro que la evitación de huecos intermedios sin pena en la mitad superior de la pena inferior en dos grados. Sobre esto se volverá más adelante.

3. 66.1.2.ª CP

De acuerdo con la opinión precedente de MAPELLI CAFFARENA, el art. 66.1.8.ª CP podría quedar ajustado a los supuestos en los que, rebajada la pena en más de un grado por la concurrencia de al menos una atenuante muy cualificada (66.1.2.ª CP), subsiste otra atenuante ordinaria. En tales casos, el juez no podría acudir al 66.1.1.ª CP, pues el art. 66.1.2.ª resolvería todos los casos en los que concurren dos o más atenuantes¹¹. Esta

¹⁰ MAPELLI CAFFARENA, 2011, p. 290.

¹¹ A salvo la eximente incompleta, la cual permite siempre una reducción de la pena en uno o dos grados, incluso concurriendo una agravante, con la que no podrá compensarse, MAPELLI CAFFARENA, 2011, p. 297. Existe un cierto consenso en entender que las circunstancias de eficacia privilegiada quedarían al margen de la operación de compensación racional, BESIO HERNÁNDEZ, M., *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, p. 535. “El art. 68 ha de considerarse regla especial frente al 66.1.7ª, que solo contempla la concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes ordinarias y no las singulares del art. 21.1. CP” (STS 686/2015, de 28 de octubre). También, STS 725/2016, de 28 de septiembre. MOLINA FERNÁNDEZ hace la importante matización de que “si concurren una *eximente incompleta* y *dos o más atenuantes o una o varias muy cualificadas sin agravantes*, se acumulan los efectos atenuatorios del CP art. 68 y CP art. 66.1 regla 2ª, lo que entraña una rebaja de al menos 2 grados y hasta 4 posibles. El Código Penal, en este caso, no deja lugar a dudas. El CP art. 68 dice expresamente que la atenuación por eximente incompleta se hace sin perjuicio de la aplicación del CP art. 66”, MOLINA FERNÁNDEZ, 2020, marginal 5532. El efecto atenuante de la eximente incompleta se puede acumular así al anudado a la concurrencia de otras circunstancias atenuantes teniendo en cuenta la regla 2.ª del art. 66.1. Algunos autores entienden que la concurrencia de dos eximentes incompletas permitiría también una rebaja máxima de hasta cuatro grados por la suma de los efectos atenuantes de cada eximente incompleta, GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MELENDO PARDOS, M., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Consecuencias Jurídicas del Delito. Regulación y datos de la respuesta a la infracción penal en España*, UNED, Dykinson, Madrid, 2018, p. 250. También a favor de la acumulación de efectos en caso de concurrencia de más de una eximente incompleta, MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10ª edición, 2ª reimpresión, en colaboración con GÓMEZ MARTÍN, VALIENTE IVÁÑEZ, Reppertor, Barcelona, 2016, 31/51, p. 767; MOLINA FERNÁNDEZ, 2020, marginal 5532. “Si

última opinión (la absorción del 66.1.1.^a por el 66.1.2.^a), muy extendida, no es tan obvia como a primera vista pudiera parecer, pues, por ejemplo, no se acaba de ver la razón dogmática de que una atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas diluya las exigencias dosimétricas de una atenuante ordinaria de arrebatu u obcecación, pero es, quizás, la única forma —*si nos mantenemos en el nivel 1 de los 4 niveles de interpretación mencionados en el prefacio*— de evitar una interpretación derogatoria del art. 66.1.8.^a CP.

En este ámbito de problemas, resulta muy interesante la apreciación de CASTELLÓ NICÁS sobre la posible primacía del art. 66.1.1.^a sobre el 66.1.2.^a CP cuando, *rebajada la pena en un solo grado* por la concurrencia de una circunstancia atenuante muy cualificada (66.1.2.^a), subsiste una atenuante ordinaria: “así, si la reducción lo ha sido en un solo grado, dado que no está presente agravante alguna y sí más de una atenuante (...), entendemos aconsejable y recomendable el distanciamiento con la pena base, y por consiguiente que haya de imponerse la pena inferior en grado en su mitad inferior”¹².

De gran interés es también la opinión de MAPELLI CAFFARENA y TERRADILLOS BASOCO: “La determinación cuantitativa de la pena presenta perfiles especiales en las hipótesis en las que una circunstancia atenuante ‘muy cualificada’, que autoriza a rebajar la pena en uno o dos grados, viene acompañada de otra, cuya concurrencia obliga al Juez a moverse dentro de la mitad inferior de la pena prefijada”¹³. Estos autores, al igual que CASTELLÓ NICÁS, defienden una opción ecléctica según el marco penal se rebaje en uno o en dos grados, pues, como la rebaja en dos grados “es absolutamente discrecional, la discrecionalidad se propaga a todo el dispositivo y funciona de modo absoluto”¹⁴. Para CASTELLÓ NICÁS, “la rebaja en dos grados puede resultar especialmente intensa, de manera que en tal situación es perfectamente asumible que al juez le quepa establecer la pena tanto en la mitad inferior como en la mitad superior de la resultante tras la rebaja en dos grados”¹⁵.

Para la opinión contraria, merece la pena la consulta del muy completo trabajo de RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE: “la diferencia entre el error de prohibición vencible y las eximentes incompletas por un lado y la concurrencia de una doble atenuación sin agravante por otro lado, es

concurren varias eximentes incompletas, sus efectos se suman”, MOLINA FERNÁNDEZ, F., MENDOZA BUERGO, B., “La determinación de la pena. Las instituciones individualizadoras y los sustitutivos de las penas privativas de libertad”, *Manual de Introducción al Derecho Penal*, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. (Coord.), Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019, p. 222.

¹² CASTELLÓ NICÁS, N., *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos (art. 66.1 del Código Penal)*, Comares, Granada, 2007, pp. 110-111.

¹³ MAPELLI CAFFARENA, B., TERRADILLOS BASOCO, J., *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, 3^a edición, Civitas, Madrid, 1996, p. 194.

¹⁴ MAPELLI CAFFARENA, TERRADILLOS BASOCO, 1996, p. 195.

¹⁵ CASTELLÓ NICÁS, 2007, p. 111.

que en las primeras se aplican posteriormente las reglas del art. 66 CP y en la segunda no”¹⁶.

No hay que desatender, por lo tanto, la presencia de opiniones sólidas y divergentes orientadas hacia la incompatibilidad absoluta entre los arts. 66.1.2.ª y 66.1.8.ª CP. Así, también QUINTERO OLIVARES considera que, aunque el mandato del art. 66.1.2ª es rebajar en uno o dos grados la pena, realizada esa operación de reducción, los Tribunales podrán aplicar la pena, dentro del grado decidido, en la extensión que estimen pertinente, pues ya las circunstancias inicialmente habrán desplegado su eficacia en el descenso de grado. Carece de apoyo legal la tesis de cierta jurisprudencia, según la cual la sujeción a las reglas generales operará en el supuesto en que se imponga la pena inferior en un grado, mas no vinculará en la hipótesis de aminoración en dos grados. Téngase en cuenta que nos encontramos ante una regla excepcional, en que se concede el salto de pena a la inferior en uno o dos grados, alterando por tanto la eficacia general de las circunstancias atenuantes genéricas¹⁷.

Otra cuestión diferente, y ajena al cometido de este trabajo, es la de la concurrencia de dos o más atenuantes muy cualificadas, o de una atenuante muy cualificada y dos o más atenuantes ordinarias (fuera del ámbito de la exención incompleta). Para estos casos, BOLDOVA PASAMAR sostiene que, con la redacción dada por la reforma de 2003, “se alude no solo a las hipótesis de concurrencia de una sola circunstancia atenuante muy cualificada, sino asimismo a los casos en que existen varias atenuantes muy cualificadas. De esta manera, se cierra la puerta a la posibilidad de acumular sucesivas rebajas en grado de la pena en función del número de circunstancias atenuantes muy cualificadas concurrentes”¹⁸.

De la misma opinión, MOLINA FERNÁNDEZ considera que si concurren varias atenuantes muy cualificadas o una sola y al menos dos atenuantes normales, “no se puede practicar la rebaja doblemente. La redacción legal no deja lugar a dudas: se rebaja la pena en uno o dos grados sea cual sea el número de atenuantes, a partir de dos o una muy cualificada”¹⁹.

¹⁶ RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E., *Sistema de Penas, Reglas de Determinación de la Pena y Suspensión de la Ejecución de la Pena*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 132.

¹⁷ QUINTERO OLIVARES, G., “Artículo 66: 2. Las concretas reglas para la apreciación de las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal. A. La hiperatenuación y la hiperagravación”, *Comentarios al Código Penal Español. Tomos I y II*, QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), 7ª edición, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016 (formato digital).

¹⁸ BOLDOVA PASAMAR, 2016, p. 123.

¹⁹ MOLINA FERNÁNDEZ, 2020, marginal 5534.

4. 68 CP

Desde el Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del TS, celebrado el día 1 de marzo de 2005, parece que doctrina y jurisprudencia mayoritarias van paulatinamente orientándose en favor de la aplicación sucesiva de los arts. 68 y 66.1 CP. El Acuerdo mencionado concluye lo siguiente: “El art. 68 CP, cuando remite al art. 66 CP, no excluye ninguna de sus reglas, entre ellas la regla 8ª”.

“El art. 68 ha de considerarse regla especial frente al 66.1.7ª, que solo contempla la concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes ordinarias y no las singulares del art. 21.1. CP” (STS 686/2015, de 28 de octubre). En el mismo sentido, STS 725/2016, de 28 de septiembre.

Encontramos en estos pronunciamientos tres reglas importantes:

- a) El art. 68 prima sobre el 66.1.7.ª CP en caso de concurrencia de circunstancias agravante y atenuantes.
- b) Una vez aplicado el art. 68, la eximente incompleta deja de existir a los efectos de la aplicación posterior del art. 66.1. CP.
- c) La liberación de la reglas de extensión recogida en el art. 66.1.8.ª CP solamente se produce cuando se aplica la pena inferior en más de un grado.

En favor de la primera regla mencionada cabe añadir que, dado que la eximente incompleta actúa siempre como una atenuante muy cualificada, no queda del todo claro, *si se afirma la preferencia del art. 66.1.7.ª*, el motivo por el que el legislador ha redactado el art. 68 CP, pues hubiera bastado en tal caso con una mera mención al carácter muy cualificado de las eximentes incompletas en el propio art. 66.1.2.ª CP.

Aunque la prioridad del actual art. 66.1.7.ª CP se puede fundamentar en la evitación de vacíos punitivos incomprensibles²⁰, en buena parte de la doctrina penal se pueden encontrar diversas referencias favorables a la prioridad del art. 68 sobre el 66.1.7.ª CP.

Así, por ejemplo, MOLINA FERNÁNDEZ considera que la atenuación exigida por el art. 68 es obligatoria y “tiene lugar incluso aunque concurren *circunstancias agravantes*. El legislador ha querido privilegiar este caso respecto de otros, configurando no sólo un efecto atenuatorio muy cualificado, sino haciéndolo inmune al sistema restrictivo que se aplica en otras atenuantes cuando concurren agravantes”²¹.

²⁰ Vid. GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 87.

²¹ MOLINA FERNÁNDEZ, 2020, marginal 5529.

Se puede apreciar que “el art. 66 no contempla regla alguna para la concreción de la pena en caso de concurrir una eximente incompleta (21.1ª). En estos casos, según el art. 68, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados atendiendo a los requisitos que falten o concurren y las circunstancias personales del autor. No hay ningún obstáculo para aplicar conjuntamente lo previsto en ambos artículos (Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 1 de marzo de 2005). Únicamente habrá que tener presente que, en primer lugar, se procederá a la aplicación de la rebaja en uno o dos grados prevista en el art. 68, y posteriormente, lo que proceda en virtud del art. 66.1”²².

“Las *eximentes incompletas*, pese a estar previstas en el art. 21.1.ª CP, tienen un estatus distinto al resto de las atenuantes. Esto lo demuestra el presente artículo [68 CP], el cual contiene una previsión expresa y taxativa sobre sus efectos, a diferencia de las atenuantes muy cualificadas o de las comunes, cuya incidencia en la pena viene recogida en el art. 66. En estos casos habrá que proceder a la degradación de la pena imperativamente en un grado y, facultativamente, en dos, y con independencia de que concurren circunstancias agravantes” (STS 544/2007, de 21 de junio)²³. “Una vez *degradada la pena* en uno o dos grados, según falten más o menos requisitos, se procederá a aplicar las reglas del art. 66 CP en sus propios términos a la pena resultante”²⁴.

De la misma opinión es BESIO HERNÁNDEZ, para quien, al margen de la discusión relativa a si la eximente incompleta constituye o no una circunstancia atenuante propiamente dicha, “la especial operatividad normativa de la eximente incompleta impide su consideración al interior del ejercicio de compensación racional, toda vez que ésta produce sus efectos en un momento anterior a la funcionalidad del resto de circunstancias (y de la operación de compensación), determinando un marco penal intermedio entre el marco abstracto y el marco penal concreto a partir del cual inciden las demás circunstancias modificativas, sistemática que se encuentra reafirmada por el vigente art. 68 CP”²⁵.

La concurrencia de una eximente incompleta produce una disminución en grado de la pena aunque concorra una agravante²⁶. En el procedimiento de determinación de la pena se aprecian antes los efectos de las eximentes incompletas que los del resto de circunstancias²⁷. Tras

²² LÓPEZ LÓPEZ, VILLA SIEIRO, 2017, p. 98.

²³ SANTANA VEGA, D.M., “Artículo 68”, *Comentarios al Código Penal*, CORCOY BIDASOLO, M., MIR PUIG, S. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 271 (formato digital).

²⁴ SANTANA VEGA, 2015, p. 271. *Vid.* BORJA JIMÉNEZ, E., *La aplicación de las circunstancias del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 113-114.

²⁵ BESIO HERNÁNDEZ, M., “Valoración y compensación racional de circunstancias atenuantes y agravantes”, *InDret Penal*, Barcelona, 1/2012, p. 5.

²⁶ BOLDOVA PASAMAR, 2016, p. 128.

²⁷ BOLDOVA PASAMAR, 2016, pp. 128.

la reforma de 25 de noviembre de 2003, únicamente los requisitos de las eximentes incompletas que falten o concurran y las circunstancias personales de su autor influirán en la primera fase (degradación de la pena en aplicación del art. 68 CP), mientras que las circunstancias atenuantes y agravantes, dada la actual remisión expresa al art. 66, influirán sobre la segunda. La primera fase consiste en determinar el marco penal inferior en uno o dos grados (se atenderá a los requisitos de las eximentes incompletas que falten y a las circunstancias personales del autor); la segunda fase se refiere a la extensión de la pena dentro del marco penal resultante de la fase anterior (dada la actual remisión expresa al art. 66, se atenderá a las circunstancias atenuantes y agravantes)²⁸. “Pero como en el art. 66 se prevén supuestos de agravación y atenuación extraordinaria, éstos podrán entrar también en juego, dando lugar a nuevas reducciones de grado o a elevaciones de grado”²⁹. “Por lo tanto, en caso de rebaja de la pena en más de un grado, no habrán de atenderse las reglas del art. 66.1 que operan sobre la extensión de la pena, *aunque sí aquellas reglas que comportan otra modificación del grado de la pena*”³⁰.

Es manifiesto, en lo que se refiere a la liberación de las reglas de extensión recogida en el art. 66.1.8.^a CP cuando se aplica la pena inferior en más de un grado, que nos encontramos ante una solución muy aceptada y extendida.

“Si el Juez o Tribunal opta por la rebaja en un grado debe tener en cuenta las circunstancias atenuantes o agravantes, mientras que si opta por la rebaja en dos grados, puede recorrer todo el grado sin sujeción al resto de reglas del art. 66 CP. Esta subregla ha quedado recogida en el art. 66.1. 8.^a CP”³¹.

“Una vez determinada la rebaja, para la concreción definitiva del *marco penal* y la fijación ulterior de la *pena exacta* entrarían en juego las reglas del CP art. 66.1, tanto si no concurren otras circunstancias como si concurren atenuantes y/o agravantes. Solo en el caso de que la rebaja sea de dos grados —o más— entrará en juego la regla del CP art. 66.1.8 que, pese a su ubicación, tiene *alcance general*, y que permite al juez recorrer el marco en toda su extensión”³².

²⁸ BOLDOVA PASAMAR, 2016, pp. 130.

²⁹ *Ibidem*, pp. 130-131.

³⁰ *Ibidem*, p. 126 (cursivas añadidas). Para las relaciones entre 66.1.8.^a y 66.1.4.^a CP, véase SÁNCHEZ DAFUACE, M., “Aplicación del artículo 68 del Código Penal en caso de semiimputabilidad y multirreincidencia”, *UNED: Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 24 (tercera época), 2020, pp. 79-80. Para una rebaja de grado en virtud del art. 66, *vid.* MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 10^a edición, revisada y puesta al día con la colaboración de GARCÍA ÁLVAREZ, P., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 516.

³¹ RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, 2017, pp. 128.

³² MOLINA FERNÁNDEZ, 2020, marginal 5531 (cursivas añadidas).

Sirvan las afirmaciones anteriores como ejemplo de que, en el estado actual de la ciencia penal, el juez o tribunal no queda vinculado por el art. 66.1.1.^a CP si rebaja la pena en dos grados en aplicación del art. 68 CP, lo cual significa que el art. 66.1.8.^a CP *rebasa* los límites del art. 66.1, aunque, por el momento, sin más referencia específica que la que el art. 68 hace al art. 66 CP: “sin perjuicio de la aplicación del artículo 66 del presente Código”.

5. 62 CP

De acuerdo con el art. 62 CP: “A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, *en la extensión que se estime adecuada*, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado” (cursivas añadidas).

Respecto de la expresión “*en la extensión que se estime adecuada*”, es conveniente dividir en dos las interpretaciones posibles:

- a) Se trata de una liberación de las exigencias dosimétricas relativas a la extensión de la pena, total o parcial.
- b) Por el contrario, la extensión que se estime adecuada es sencillamente *la extensión adecuada*.

En lo que hace a la primera solución, es manifiesto que la doctrina y la jurisprudencia dominantes interpretan la regla del art. 62 como un supuesto de compatibilidad parcial entre los arts. 62 y 66.1 CP, y, por lo tanto, como una desvinculación judicial de la regla del art. 66.1.1.^a solamente en caso de rebaja de la pena en dos grados en aplicación del art. 62 CP.

Así, es preciso tener en cuenta que los Jueces y Tribunales solo están sujetos a las reglas del art. 66 cuando optan por la rebaja en un grado, pudiendo recorrer toda la extensión del grado libremente y sin sujeción a dichas reglas en el caso de que hayan optado por la aplicación de la pena inferior en dos grados³³.

Las reglas que afectan a la división de la extensión de la pena en mitades solo se tienen en cuenta si, en virtud del art. 62 CP, la pena se reduce en un grado, pero no si se reducen dos, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 66.1.8.^a³⁴.

Conviene aplicar la teoría de la compatibilidad parcial entre los artículos 62 y 66, conforme a la cual, si el órgano judicial se limita a

³³ RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, 2017, p. 120.

³⁴ BOLDOVA PASAMAR, 2016, pp. 130.

practicar el descenso preceptivo, esto es, impone la pena inferior en un grado, las reglas del artículo 66 conservan su vigencia; si, por el contrario, el Tribunal desciende a la pena inferior en dos grados, adquiere una discrecionalidad total a la hora de fijar la extensión de la pena, no siendo aplicable a tal efecto el artículo 66³⁵.

El artículo 62, donde se fija la punición de la tentativa, además de posibilitar la rebaja de la pena en uno o dos grados, indica: *en la extensión que se estime adecuada*; donde, tanto en atención a encontrarnos ante un supuesto de tentativa acabada, como a la existencia de un peligro efectivo, la pena impuesta resulta plenamente justificada, al no sobrepasar la mitad inferior del grado mínimo —tras la rebaja *en un grado* del marco penal y la concurrencia de una circunstancia atenuante— (STS, 827/2014 de 2 diciembre).

La anterior, aunque mayoritaria, no es, no obstante, doctrina unánime, pues, como vimos, MAPELLI CAFFARENA concibe que el art. 62 CP comprende una regla de incompatibilidad absoluta que permite al órgano judicial moverse discrecionalmente sin tener en cuenta la rígida dosimetría del art. 66 CP tanto si la pena se rebaja en uno como en dos grados³⁶.

La segunda solución (b) no se suele sostener de forma directa, pero creo que merece una, aunque sea breve, observación.

Es raro encontrar afirmaciones en favor de una compatibilidad absoluta entre los arts. 62 y 66.1 CP, es decir, en favor de una vinculación plena del juez penal al art. 66.1.1.^a una vez aplicado, con la consiguiente rebaja del marco penal en uno o dos grados, el art. 62 CP. Pero las hay. Así, por ejemplo, DÍEZ RIPOLLÉS llega a la muy interesante conclusión de que, para la tentativa de delito, la rebaja en un grado es obligatoria, y en dos, facultativa. Y a esa discrecionalidad alude la expresión en la extensión que se estime adecuada, *sin que deba estimarse como una prohibición de división en mitades a partir de ulteriores reglas de determinación legal de la pena*³⁷.

Aunque resulta un tanto forzado atribuir al legislador un error de comprensión entre cambio de marco penal y reglas de extensión, la solución de DÍEZ RIPOLLÉS me parece afortunada, pues, como después expondré, entre el fundamento de la disminución de la pena por tentativa de delito y, como regla general, el fundamento de la disminución de la pena por concurrencia de una atenuante ordinaria del art. 21 CP, no hay zona secante alguna que permita ningún solapamiento ni que justifique ninguna discrecionalidad judicial en la evaluación del valor dosimétrico

³⁵ LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena*, 6ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, p. 79.

³⁶ MAPELLI CAFFARENA, 2011, p. 290.

³⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Derecho penal español. Parte General*, 5ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 781 (cursivas añadidas).

de la atenuante concurrente. No obstante, esta acertada interpretación de DÍEZ RIPOLLÉS quizás hubiera podido basarse en una comprensión de la expresión “en la extensión que se estime adecuada” como si dijese, sin más, “en la extensión adecuada”. Pero reconozco, también, lo forzado de esta sugerencia. Es difícil sustraerse a la opinión de que, con la dicción literal del art. 62 CP, el art. 66.1.8.º CP se extiende también a la tentativa de delito.

6. 14.3 y 63 CP

Con el error de prohibición vencible y la determinación de la pena para el cómplice nos encontramos en un terreno diferente, pues en ninguno de los dos casos hay una referencia específica a la extensión de la pena o al art. 66, como sí las hay, respectivamente, en los arts. 62 y 68 CP. Si extendemos a ellos el art. 66.1.8.º CP, entonces sí que resulta acertado hablar de una “regla general”.

También en el error vencible de prohibición comprobamos una orientación hacia la discrecionalidad del órgano sentenciador en caso de rebaja de la pena en dos grados.

Al igual que sucede con la tentativa, debe destacarse la obligatoriedad de la rebaja, al menos, en un grado, y la no vinculación de las reglas del art. 66 CP si el Juez o Tribunal opta por la rebaja en dos grados³⁸. Con carácter general, “las reglas de determinación de la pena en caso de error vencible sobre la antijuridicidad (art. 14.3 CP: habrá que rebajar la pena en uno o dos grados) también han de ser tenidas en cuenta para establecer el marco penal concreto y se aplican a todas las infracciones penales”³⁹.

Desde la ya apuntada no vinculación judicial a las reglas del art. 66 en caso de rebaja de la pena en más de un grado por causas diferentes a las propias circunstancias atenuantes y agravantes del art. 66.1, BOLDOVA PASAMAR añade la muy interesante apreciación de que “como en el art. 66 se prevén supuestos de agravación y de atenuación extraordinaria, éstos podrán entrar también en juego, dando lugar a nuevas reducciones de grado o elevaciones de grado”, de modo que “y partiendo obviamente del presupuesto de que la disminución de pena obedece en uno y otro caso a causas de distinta naturaleza, se podrá acumular al mismo tiempo una reducción en el grado de la pena por la concurrencia de otra eximente incompleta o de *un error de prohibición vencible*”⁴⁰.

³⁸ RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, 2017, p. 124.

³⁹ GIL GIL, LACRUZ LÓPEZ, MELENDO PARDOS, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, 2018, p. 241.

⁴⁰ BOLDOVA PASAMAR, 2016, pp. 130-131 (cursivas añadidas).

Es cierto, no obstante, que, concebido el error de prohibición como un supuesto de *culpa iuris*, podemos asomarnos, quizás, al art. 66.1.2 CP⁴¹. Pero el mayor obstáculo para el alcance general del art. 66.1.8.^a lo representa sin duda alguna el art. 63 CP. Se trata de un problema poco examinado. LLORCA ORTEGA hace una correctísima pero breve apreciación al respecto cuando sostiene la muy importante afirmación de que las reglas del art. 66 sí que han de ser tenidas en cuenta “a la hora de fijar la extensión de la pena correspondiente al cómplice de un delito intentado”⁴².

También MAPELLI CAFFARENA afirma que para el cómplice no hay incompatibilidad: “Al contrario que en la tentativa, en la complicidad no se ha planteado la incompatibilidad con las reglas del art. 66 CP, de manera que una vez determinado el nuevo grado se aplicarán aquéllas”⁴³.

Parecen ambas afirmaciones muy sensatas. Podemos imaginar supuestos muy diversos de complicidad en los que la desvinculación judicial del art. 66.1.1^a CP carece por completo de sentido.

En primer lugar, la rebaja de la pena en un grado para el autor de una tentativa de delito cuando en el autor y en el cómplice concurre una y la misma atenuante ordinaria. La concepción del art. 66.1.8.^a CP como una regla general convierte automáticamente al cómplice en sujeto de peor condición que el autor, y ello en tanto que, a diferencia de lo que ocurre con el autor, el juez puede aplicar la pena para el cómplice en su mitad superior sin fundamento alguno para semejante distinción.

Cabe pensar también, y según el orden que se estime oportuno en la aplicación de las reglas de determinación de la pena, en el cómplice en el caso de una eximente incompleta reductora del injusto, por ejemplo, en caso de legítima defensa incompleta.

Por último, no se debe olvidar que, de acuerdo con la interpretación que del art. 65.3 CP hace el TS, en caso de delito consumado, inductores y cooperadores necesarios quedarán protegidos por la regla del art. 66.1.1.^a, y el cómplice, si se concibe el 66.1.8.^a CP como una regla general, podrá no estarlo. En una palabra, las reglas de extensión podrán valer para todos menos para el cómplice, sin que ni siquiera se vislumbre razón alguna para tal solución, pues la posibilidad de consideración del *extraneus* en relación con los delitos especiales propios no solo cabe para las figuras de la inducción y la cooperación necesaria, conforme a la literalidad del artículo 65.3 del Código Penal, sino también para la complicidad (STS 391/2014, de 8 de mayo). El artículo 63 ha de entenderse

⁴¹ Para esta comprensión del error de prohibición vencible, por todos, MIR PUIG, PG, 10^a, 21/40-45, pp. 576-578.

⁴² LLORCA ORTEGA, 2005, p. 79.

⁴³ MAPELLI CAFFARENA, 2011, p. 295.

también de aplicación en el caso del cómplice, por razones de proporcionalidad del castigo, al no verse justificado, en modo alguno, que pueda ser castigado ese grado de participación en esta clase de ilícitos con la misma sanción que los casos de inducción o cooperación necesaria, y resultando, en definitiva, plenamente justificada la nueva reducción de pena, por este motivo, para el cómplice, la cual habrá de añadirse a la ya propia del artículo 63 (STS 391/2014, de 8 de mayo). Explícitamente, el artículo 65.3 CP no hace mención a los cómplices, lo que no excluye que se pueda participar en el hecho en tal concepto sin reunir las condiciones o cualidades personales del sujeto activo. Y siendo así, la aplicación del artículo 63 del Código Penal obliga necesariamente a bajar un grado la pena por la condición de cómplice, pero ningún efecto beneficioso se produce por el hecho de no ostentar las condiciones del sujeto activo, por lo que el principio de proporcionalidad de las penas y el de legalidad obligan a no dejar de aplicar una norma favorable (la rebaja de la pena en un grado del art. 65.3 CP) precisamente por no ostentar dicha condición. La Fiscalía General del Estado, en Circular 2/2004 de 22 de diciembre, admitió la doble rebaja, como cómplice y como *extraneus* (STSS 277/2015, de 3 de junio; 521/2015, de 13 de octubre; 627/2016, de 7 de julio)⁴⁴.

Creo que resulta obvio que en ninguno de los casos precedentes existe razón alguna para que el cómplice sea ajeno a la protección que el art. 66.1.1.ª CP ofrece a autores, inductores y cooperadores necesarios.

Se puede afirmar, no obstante, y quizás con cierto bizantinismo, que en algunos de estos supuestos *no se ha rebajado la pena en más de un grado*, siempre y cuando se conciba que el art. 66.1.8.ª CP alude a la pena para el tipo básico y que la complicidad es un tipo autónomo⁴⁵.

Por ello, he decidido reservar —antes de las conclusiones— un último epígrafe para observar el art. 66.1.8.ª CP desde otro ángulo diferente

7. Culpabilidad por el hecho y principio de igualdad

Hay una razón de fondo que me ha llevado a desatender las circunstancias agravantes en el análisis precedente. En ella me detendré un poco más adelante, pues ahora quiero referirme a un primer motivo formal —o quizás sistemático— que considero decisivo en la formación de la opinión mayoritaria.

⁴⁴ Sobre el art. 65.3 CP, véase ROBLES PLANAS, R; RIGGI, E.J., “El extraño artículo 65.3 del Código Penal». *InDret Penal*, Barcelona, 4/2008.

⁴⁵ Sobre la noción de ruptura del suelo de la pena del delito cometido, véanse las muy interesantes apreciaciones de LLORCA ORTEGA, 2005. p. 91.

Para su exposición, lo mejor es acudir a la trascendental STS 686/2015, de 28 de octubre. En ella se considera que el argumento tendente a impedir vacíos punitivos en los tramos intermedios tiene fuerza “pero carece de capacidad para quebrar la literalidad clara del texto legal. Es quizás algo sobre lo que el legislador podría reflexionar pero no permite soluciones por vía interpretativa”. El interrogante que plantea la Sentencia se enuncia así: “concurriendo simultáneamente una eximente incompleta y una agravante, y una vez degradada la pena conforme a lo establecido en el art. 68, ¿hay que estar a lo establecido en el art. 66.1.7.^a (discrecionalidad orientada por criterios pero no por reglas)?; o, por el contrario, ¿sería de aplicación preferente la regla 3.^a del art. 66.1 CP (mitad superior de la pena degradada)?”. Aunque la jurisprudencia no siempre ha sido unánime sobre este extremo, la aseveración del Pleno no jurisprudencial de 1 de marzo de 2015, referida al hecho de que la remisión del art. 68 al art. 66 no excluye ninguna de sus reglas, tampoco la incluida en el art. 66.1.8.^a, no tendría sentido si al juzgador le quedase abierta la discrecionalidad ofrecida por el art. 66.1.7.^a; con tal interpretación “[no] habría cuestión alguna en cuanto a la regla 8.^a y el debate del citado Pleno carecería de sentido”. El Fiscal, por su parte, resalta cómo el inciso final del art. 68 CP salva expresamente la aplicabilidad del art. 66, lo que no puede interpretarse más que en un sentido: “si se ha obtenido un nuevo marco penal derivado de la aplicación de la eximente bajando un único grado (si se hubiesen descendido dos se recuperaría la discrecionalidad total: art. 66.1.8.^a), dentro de la horquilla así fijada habrá que ajustarse a las reglas del art. 66: mitad inferior si hay una atenuante; mitad superior si concurre una agravante; compensación racional si concurren circunstancias de uno y otro signo”. “Tiene razón el Fiscal. Eso es lo que se desprende de la literalidad del art. 68 CP. Si la Audiencia (...) optó por conferir a la exención incompleta una moderada eficacia concretada en una única degradación, dentro de la franja penal así obtenida deberá tomar en consideración el resto de circunstancias para concretar la penalidad”.

Antes de esta STS 686/2015, de 28 de octubre, y sin que ello significase que, rebajando la pena en un grado y concurriendo una agravante, no pudiera imponerse la pena en su mitad superior, una de las reglas básicas desarrolladas por el TS para la concurrencia de eximentes incompletas y circunstancias ordinarias consistía en que, rebajando la pena en un grado y concurriendo una agravante, *se podía aplicar la pena en su mitad inferior* ⁴⁶.

Desde la citada STS de 2015, el propio TS admite que la imposibilidad de elección de tramos intermedios en la determinación de la pena es algo sobre lo que quizás el legislador podría reflexionar, *pero que está vigente en nuestro CP de acuerdo con la literalidad clara de nuestro texto*

⁴⁶ Muy ilustrativo al respecto, RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, 2017, pp. 128-130.

legal. Estamos hablando de casos en los que la concurrencia de una circunstancia agravante impide que el juez pueda determinar la pena en la mitad inferior del marco penal de llegada aunque ello suponga la aceptación de un tramo intermedio sin pena posible; en concreto *el tramo que se encuentra entre la mitad superior de la pena inferior en dos grados y la mitad superior de la pena inferior en un grado*. Por lo tanto, queda fuera la mitad inferior de la pena inferior en un grado.

Con esta afirmación, es evidente que *se pierde la simetría conjunta del sistema de determinación de la pena en lo que respecta a tramos intermedios inaplicables*. La pregunta que sale inmediatamente al paso es la siguiente: si puede haber huecos intermedios en mitades superiores, la primacía del art. 66.1.8.º sobre el 66.1.1.º *solo sirve para evitar huecos intermedios en mitades inferiores*; en tal caso, ¿por qué lo que se acepta si perjudica al reo (agravantes), no se acepta si lo beneficia (atenuación preceptiva por la concurrencia de una atenuante ordinaria)? En otros términos, ¿por qué —después de la STS citada— sigue primando cegar un vacío —en este caso, el que se encuentra entre la mitad inferior de la pena inferior en un grado y la mitad inferior de la pena inferior en dos grados— frente a la solución exigida por la justicia material: la vinculación judicial a la regla del art. 66.1.1.º CP incluso en caso de rebaja del marco penal en dos grados?

Y es que, y aquí está la clave, nos encontramos ante un problema de justicia material, ni más ni menos, pues en ningún caso se está hablando del principio de inherencia ni de la doble apreciación de circunstancias atenuantes con un mismo fundamento —asuntos muy diferentes, ajenos al objeto de este trabajo, y muy bien estudiados y resueltos por doctrina y jurisprudencia⁴⁷—, sino ante la pérdida de fuerza vinculante de atenuantes con un *fundamento de atenuación propio e independiente*.

Es posible pensar en numerosos supuestos, si bien voy a ilustrar mi posición refiriéndome solo a unos pocos pero creo que concluyentes.

¿Por qué la atenuante ordinaria de arrebato u obcecación puede ser pasada por alto en la determinación de la extensión de la pena tras la aplicación de una atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas? No hay razón material alguna, sobre todo, y permítaseme la chanza, cuando cabe imaginar que la dilación del proceso ha podido deberse precisamente a la compleja adveración procesal del mencionado arrebato.

¿Por qué la confesión conjunta de inductor, cooperador necesario y cómplice, todos *extranei*, puede tener valor preceptivo solamente para los dos primeros?

⁴⁷ Vid., por todos, SALINERO ALONSO, C., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*, Comares, Granada, 2000, pp. 120-129; también, BORJA JIMÉNEZ, 2015, pp. 63-77.

¿Por qué al autor de una legítima defensa incompleta que procede a reparar el daño causado a la víctima le puede resultar esta conducta completamente inútil en sede de determinación de la pena si el juez rebaja el marco penal en dos grados en aplicación del art. 68 CP?

¿Por qué al cómplice de una legítima defensa incompleta que, junto con el autor, procede a reparar el daño causado a la víctima, le puede resultar inútil tan encomiable conducta, siendo válida para el autor si se le rebaja el marco penal en un solo grado?

¿Por qué al autor de una tentativa inidónea se le puede dejar sin efecto penológico la grave adicción referida en el art. 21.2.^a CP?

Para todas estas preguntas, no hay respuestas de fondo.

Hay una respuesta completamente superficial, como es la ya apuntada sobre la simetría conjunta del sistema de determinación de la pena; y otra mucho más seria, pero tampoco plenamente convincente, como es la que afirma que el art. 66.1.8.^a se funda en la incongruencia de constreñir las opciones del juzgador una vez que se le ha permitido llevar a cabo una modificación tan esencial de la pena de partida como es la rebaja del marco penal en más de un grado⁴⁸.

Cuando se opta por reducir la pena en un único grado, son imperativas las reglas del artículo 66 según concurren circunstancias atenuantes o agravantes (STS 190/2008, de 21 de abril). Pero cuando se opta por reducir la pena en dos grados, la discrecionalidad se propaga a todo el dispositivo y opera sin condicionamiento alguno, permitiendo la fijación de la pena en cualquier punto —por supuesto, también en la mitad inferior— dentro de los márgenes impuestos por este segundo grado, libre de las reglas del artículo 66 (STSS 374/2005, de 17 de marzo; 206/2017, de 28 de marzo).

MAPELLI CAFFARENA nos indica que “la obsesión por preverlo todo no ha dado como resultado un sistema en el que se incentive a los jueces a considerar los detalles de las circunstancias del delito, sino todo lo contrario, a caer en graves generalizaciones perdidas en la fragmentación y la aritmética de la regla”⁴⁹. Pero dicho autor añade a lo anterior algo de sumo interés: “Precisamente, ha sido un intento de paliar esta desproporción la que ha llevado a la jurisprudencia, primero, y al Código, después, a permitir que dejen de aplicarse las reglas cuando el juez decide bajar la pena en dos grados (art. 66.8). *Sin embargo, el legislador no parece caer en la cuenta de que con semejante disposición nos hace pasar de la más estricta dosimetría a la arbitrariedad, ya que*

⁴⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, 2020, p. 781.

⁴⁹ MAPELLI CAFFARENA, B., “El insoportable artículo 66 del Código Penal”, *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, GARCÍA VALDÉS, C., VALLE MARISCAL DE GANTE, M., CUERDA RIEZU, A., MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., ALCÁCER GUIRAO, R., vol. 1, 2008, p. 1167.

en principio no se indica con qué criterios debe operar el juez en esas circunstancias”⁵⁰.

Todas las afirmaciones expuestas son —indiscutiblemente— un modelo de sensatez, pero no me resultan plenamente convincentes, salvo la última matización de MAPELLI CAFFARENA, y ello porque, en mi humilde opinión, desatienden un aspecto esencial de este complejo problema: a diferencia de lo que ocurre con las circunstancias agravantes, *el juez no es libre para no dar valor dosimétrico a una circunstancia atenuante. En el art. 66.1 CP hay agravaciones potestativas, pero ninguna atenuación lo es. Si el art. 66.1.1.ª CP ha consagrado el valor de la concurrencia de una atenuante ordinaria, ese valor está decidido y es inmanejable judicialmente.*

¿Cuáles son los principios implicados que me llevan a semejante afirmación?

Respecto de las atenuantes ordinarias concomitantes con el hecho típico y antijurídico, el principio de culpabilidad por el hecho. *No se puede aplicar una pena superior a la medida de la culpabilidad por el injusto cometido.* “Ciertamente, la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad, pero puede no alcanzarla siempre que eso lo permita su fin preventivo”⁵¹. “Si los criterios previstos en la Ley se interpretan a su vez de acuerdo con el vigente marco constitucional, se puede concluir afirmando que la pena impuesta debe ser proporcional a la gravedad del injusto culpable y, al mismo tiempo, consecuente con su finalidad preventiva, particularmente con la preventivo especial positiva o resocializadora

⁵⁰ MAPELLI CAFFARENA, 2008, pp. 1168-1169 (cursivas añadidas).

⁵¹ ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción de la 2ª edición alemana (1994) por LUZÓN PEÑA, DÍAZ y GARCÍA CONLEDO, y DE VICENTE REMESAL, Civitas, Madrid, 1997, 3/48, p. 101; ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Auflage, C.H. Beck, München, 2006, 3/54, p. 93. SILVA SÁNCHEZ considera que, aunque en la teoría del delito es dominante la tesis que entiende que el juicio de culpabilidad —como culpabilidad por el hecho antijurídico— no puede incrementar el merecimiento de pena ya alcanzado con la realización del hecho, sino, en su caso, excluirlo o disminuirlo, se puede llegar a una solución distinta a partir de la acogida de teorías de la culpabilidad centradas en el reproche del carácter o de la actitud interna. Estas teorías, mayoritariamente abandonadas en el ámbito de la culpabilidad en la fundamentación de la pena, rigen implícitamente en el ámbito de la culpabilidad en la determinación de la pena. Por ejemplo, cuando se acepta el efecto agravatorio de la concurrencia de determinados móviles en la actuación del agente. Este penalista aboga en favor un concepto real de injusto que incorpore, junto a la dimensión empírica, también la comunicativa (o de negación de la norma), SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”, *InDret Penal*, Barcelona, 2/2007, pp. 9-11. Aceptado este contexto, no se debe olvidar, no obstante, que “es perfectamente posible imaginar supuestos en que el injusto medido en base al valor del bien jurídico lesionado sea muy grave, siendo, sin embargo, mínima la culpabilidad”, GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena”, *Estudios Penales*, COLEX, Madrid, 2001, p. 85.

si se trata de una pena privativa de libertad”⁵². En consecuencia, y de acuerdo con lo anterior, no se puede, por ejemplo, dejar sin valor dosimétrico vinculante una atenuante ordinaria de arrebatu u obcecación.

Y respecto de las atenuantes postdelictivas, el principio de igualdad. Es contrario al principio de igualdad que la confesión de los *extranei* vincule al juez respecto de inductores y cooperadores necesarios y no lo haga con los cómplices; como también lo es que las dilaciones indebidas ordinarias en una tentativa de delito beneficien al autor (si se rebaja para él la pena en un grado) y no al cómplice (por la rebaja de la pena en dos grados: art 63 con remisión al art. 62 CP). Por último, se puede incluso hablar de una interpretación sistemático-material, exactamente contraria a la simétrico-formal varias veces mencionada, y que impide que la reparación del daño por el autor vincule al juez en un injusto pleno y no lo haga tras una legítima defensa incompleta que merezca nada menos que la rebaja en dos grados del marco penal.

8. Conclusiones

El art. 66.1.8.^a socava los principios de igualdad y de culpabilidad por el hecho. Permite aplicar una pena superior a la medida de la culpabilidad cuando se deja de atender una circunstancia que la atenúa, y permite tratar de forma desigual a dos personas que están en la misma situación, olvidando que los fundamentos de la rebaja de la pena, por ejemplo —y entre otros muchos supuestos—, para la complicidad y para las dilaciones indebidas, son por completo independientes. Desde la STS 686/2015, de 28 de octubre, los saltos penales forman parte de nuestro sistema de determinación legal de la pena. Entonces: si la jurisprudencia afirma que sin regla expresa no se pueden evitar los saltos penales contra reo, *la regla expresa que los impide a favor de reo debe ser derogada*.

⁵² GIL GIL, LACRUZ LÓPEZ, MELENDO PARDOS, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, 2018, p. 264. Parece pacífica la afirmación de que la mención de la personalidad del delincuente incluye una referencia inequívoca a consideraciones preventivo-especiales; así: GARCÍA ARÁN, M., *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho Español*, Universitat de Barcelona, 1982, pp. 225-226; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Arbitrio judicial y artículo 61.4.^a del Código Penal: comentario a la sentencia de 20 de marzo de 1986”, *Poder Judicial*, n.º 4, 1986, pp. 141-154; SALINERO ALONSO, 2000, pp. 161-162; CASTELLÓ NICÁS, 2007, pp. 168-174; DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1999, pp. 305-307; no obstante, en debate con DEMETRIO CRESPO, *vid.* FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena”, *InDret Penal*, Barcelona, 1/2007, pp. 10-13. La doble dimensión del sistema de medición de la pena (culpabilidad por el hecho y orientación a las consecuencias) es estudiada por DEMETRIO CRESPO, E., en “Fundamentos teóricos del Derecho Penal e individualización judicial de la pena”, *Revista Criminalia: Número especial conmemorativo del 80 aniversario de la Academia Mexicana de Ciencias Penales*, 2020, pp. 371-382.

Vaya por delante que la interpretación más razonable del precepto estudiado me parece la que limita su campo de acción a su mínima expresión, es decir, la reflejada más arriba en el nivel 1, pues es una norma que no debiera existir, y lo más parecido a su inexistencia es encerrarla allí. Ahora bien, esto no es posible con el CP en vigor, de modo que, de *lege lata*, en este trabajo propongo que su perímetro material llegue al nivel 3 de los mencionados antes, pero que no vaya más lejos.

No se debe pasar por alto que, para las reglas de extensión, el art 66.1.8.º nos puede meter directamente en la *fase judicial de individualización de la pena* desde la tentativa, la complicidad o el error de prohibición, sin pasar por el 66.1.1.º CP, y sin atención alguna al absolutamente diverso fundamento de la rebaja de la pena propio de la correspondiente atenuante ordinaria concurrente.

Con la referencia a una determinación judicial de la pena en sentido estricto se alude al arbitrio de que dispone el Juez para moverse en el intervalo fijado por las reglas de determinación del marco penal y las reglas de extensión⁵³. Esta determinación judicial de la pena se concibe como una fase de la determinación de la pena, posterior a la fase de la determinación legal, y se considera guiada por los criterios mencionados en el art. 66.1.6.º del Código Penal (CP): circunstancias personales del delincuente y mayor o menor gravedad del hecho; criterios que son tomados como específicos para la individualización de la pena cuando no concurren circunstancias agravantes o atenuantes, y como criterios generales cuando ya han quedado atrás las reglas de extensión en caso de concurrencia de circunstancias agravantes, atenuantes, o de ambas⁵⁴.

Respecto de las atenuantes postdelictivas, su uso aleatorio para diversos intervinientes en el delito vulnera sin más el principio de igualdad. A su vez, hay que considerar que una agravante puede perder su valor dosimétrico vinculante por razones de prevención especial⁵⁵, pero una atenuante no puede perderlo en tanto la pena no debe superar jamás la medida de la culpabilidad por el hecho. Con pleno acierto, GRACIA

⁵³ Una vez asignado el marco penal concreto que corresponde al delito —o delitos, en caso de concurso—, el Juez dispone de arbitrio para moverse dentro de dicho marco. Es la fase de la determinación judicial de la pena en sentido estricto, MIR PUIG, *PG*, 10ª, 2016, 31/53, p. 768. Para la determinación judicial de la pena, imprescindible: BASSO, G.J., *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, MARCIAL PONS, Madrid, 2019.

⁵⁴ “Esta precisión, que de manera técnicamente incorrecta circunscribe el Código Penal a los casos de ausencia de circunstancias, es generalizable a otras situaciones, ya que enuncia un principio general de determinación de la pena concreta”, MOLINA FERNÁNDEZ, 2020, marginal 5527. De acuerdo con los criterios del art. 66.1.6.º CP, se procede a la individualización judicial de la pena y se obtiene la pena concreta, Díez RIPOLLÉS, 2020, p. 797. De otra opinión, negando el carácter de regla general a este precepto, MAPELLI CAFFARENA, 2011, p. 290.

⁵⁵ ROXIN, *PG I*, 1997, 6/22, p. 188; *AT I*, 4ª, 2006, 6/22, p. 189.

MARTÍN busca distinguir como condición de la aceptabilidad racional del discurso de la Ciencia penal su correspondencia con las exigencias materiales del orden social⁵⁶. Las atenuantes que disminuyan la magnitud del injusto o de la culpabilidad del sujeto activo del delito deben propiciar una disminución independiente de la magnitud de la pena, y, en mi opinión, *cuando concurre una atenuante ordinaria esa disminución independiente ya está hecha y es la dispuesta por el art. 66.1.1.ª CP*.

Como decía más arriba, creo que lo mejor es, sin más, la derogación del art 66.1.8.ª CP. El art. 62 habría de referirse a la extensión adecuada (determinación legal de la pena) y no a la que se estime adecuada (individualización judicial). Y, por último, el art. 68 CP se vincularía con las demás reglas del art. 66.1.

No obstante, como en este texto me he detenido solamente en los efectos del art. 66.1.8.ª en su relación con el 66.1.1.ª CP, sin entrar en su evaluación en caso de concurrencia de circunstancias agravantes, dejo abierta la cuestión de si, en lugar de su derogación, lo pertinente pudiera ser una nueva redacción de aquel que dejara vigentes sus efectos respecto de las reglas del art. 66.1.3.ª CP (o 4ª y 5ª si el juez decide no subir la pena en grado); y ello con una redacción de un nuevo art. 66.1.8.ª CP que añadiese a la actual, por ejemplo: “No obstante lo anterior, los jueces y tribunales seguirán vinculados por las reglas que imponen la individualización de la pena en la mitad inferior del correspondiente marco penal”. Pero esto, en su caso, queda para futuros trabajos.

9. Bibliografía

- BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, Marcial Pons, Madrid, 2019.
- BESIO HERNÁNDEZ, *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.
- BESIO HERNÁNDEZ, “Valoración y compensación racional de circunstancias atenuantes y agravantes”, *InDret Penal*, Barcelona, 1/2012.
- BOLDOVA PASAMAR, “Aplicación y determinación de la pena”, *Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito*, 5ª edición, GRACIA MARTÍN, BOLDOVA PASAMAR, ALASTUEY DOBÓN, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 109-143.
- BORJA JIMÉNEZ, *La aplicación de las circunstancias del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

⁵⁶ GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, p. 52.

- CASTELLÓ NICÁS, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos (art. 66.1 del Código Penal)*, Comares, Granada, 2007.
- DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1999.
- DEMETRIO CRESPO, “Fundamentos teóricos del Derecho Penal e individualización judicial de la pena”, *Revista Criminalia: Número especial conmemorativo del 80 aniversario de la Academia Mexicana de Ciencias Penales*, 2020, pp. 371-382.
- DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho penal español. Parte General*, 5ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.
- FEIJOO SÁNCHEZ, “Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena”, *InDret Penal*, Barcelona, 1/2007.
- GARCÍA ARÁN, *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho Español*, Universitat de Barcelona, 1982.
- GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- GIL GIL, LACRUZ LÓPEZ, MELENDO PARDOS, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *Consecuencias Jurídicas del Delito. Regulación y datos de la respuesta a la infracción penal en España*, UNED, Dykinson, Madrid, 2018.
- GÓMEZ BENÍTEZ, “Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena”, *Estudios Penales*, COLEX, Madrid, 2001, pp. 37-91.
- GONZÁLEZ CUSSAC, “Arbitrio judicial y artículo 61.4.º del Código Penal: comentario a la sentencia de 20 de marzo de 1986”, *Poder Judicial*, nº 4, 1986, pp. 141-154.
- GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena*, 6ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.
- LÓPEZ LÓPEZ, VILLA SIEIRO, “Determinación de la pena”, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, ROCA DE AGAPITO (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 94-103.
- MAPELLI CAFFARENA, “El insoportable artículo 66 del Código Penal”, *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, GARCÍA VALDÉS, VALLE MARISCAL DE GANTE, CUERDA RIEZU, MARTÍNEZ ESCAMILLA, ALCÁCER GUIRAO (Coords.), vol. 1, 2008, pp. 1149-1171.
- MAPELLI CAFFARENA, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, 5ª edición, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011.
- MAPELLI CAFFARENA, TERRADILLOS BASOCO, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, 3ª edición, Civitas, Madrid, 1996.

- MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª edición, 2ª reimpresión, en colaboración con GÓMEZ MARTÍN, VALIENTE IVÁÑEZ, Reppertor, Barcelona, 2016.
- MOLINA FERNÁNDEZ, “Reglas de determinación de la pena”, *Memento Penal 2021*, MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), Lefebvre, Madrid, 2020.
- MOLINA FERNÁNDEZ, MENDOZA BUERGO, “La determinación de la pena. Las instituciones individualizadoras y los sustitutivos de las penas privativas de libertad”, *Manual de Introducción al Derecho Penal*, LASCURAÍN SÁNCHEZ (Coord.), Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019, pp. 213-251.
- MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª edición, revisada y puesta al día con la colaboración de GARCÍA ÁLVAREZ, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.
- QUINTERO OLIVARES, “Artículo 66: 2. Las concretas reglas para la apreciación de las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal. A. La hiperatenuación y la hiperagravación”, *Comentarios al Código Penal Español. Tomos I y II*, QUINTERO OLIVARES. (Dir.), 7ª edición, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016 (formato digital).
- ROBLES PLANAS, RIGGI, “El extraño artículo 65.3 del Código Penal”. *InDret Penal*, Barcelona 4/2008.
- ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción de la 2ª edición alemana (1994) por LUZÓN PEÑA, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, y DE VICENTE REMESAL, Civitas, Madrid, 1997.
- ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Auflage, C.H. Beck, München, 2006.
- RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, *Sistema de Penas, Reglas de Determinación de la Pena y Suspensión de la Ejecución de la Pena*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.
- SALINERO ALONSO, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*, Comares, Granada, 2000.
- SÁNCHEZ DAFAUCE, “Aplicación del artículo 68 del Código Penal en caso de semiimputabilidad y multirreincidencia”, *UNED: Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 24 (tercera época), 2020, pp. 59-88.
- SANTANA VEGA, “Artículo 68”, *Comentarios al Código Penal*, CORCOY BIDA-SOLO, MIR PUIG (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 270-271 (formato digital).
- SILVA SÁNCHEZ, “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”, *InDret Penal*, Barcelona, 2/2007.