

**Itziar Osinaga Lozano**

**LA RELEVANCIA JURÍDICA DEL ORDEN EN  
LA DETERMINACIÓN DE LA PENA**

**TRABAJO DE FIN DE GRADO**

**Dirigido por la Dra. Maria Marquès Banqué**

**Grado de Derecho**



**UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI**

**Tarragona**

**2014**



# **I. ÍNDICE**

<b>II. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>5</b>
<b>III. HIPÓTESIS.....</b>	<b>9</b>
<b>IV. METODOLOGÍA.....</b>	<b>11</b>
<b>V. DEMOSTRACIÓN DE LA HIPÓTESIS .....</b>	<b>13</b>
<b>1. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LOS CASOS CONCRETOS.....</b>	<b>13</b>
1.1. DELITO DE ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS (ART. 240 CP), DELITO CON FUERZA EN LAS COSAS EN CASA HABITADA (ART. 241 CP) Y DELITO DE HURTO (ART. 234 CP), EN EL QUE CONCORRE TENTATIVA (ART. 16 Y 62 CP), DELITO CONTINUADO (ART. 74 CP) Y AGRAVANTE DE REINCIDENCIA (ART. 22.8ª Y 66.1 REGLA 5ª CP) ...	13
1.1.1. Delito de robo con fuerza en las cosas .....	15
1.1.2. Delito de hurto .....	17
1.1.3. Delito de robo con fuerza en casa habitada .....	18
1.2. DELITO DE ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS, DEL ARTÍCULO 240 CP, DELITO DE ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS EN CASA HABITADA, DEL ARTÍCULO 241 CP, EN EL QUE CONCORRE EXIMENTE INCOMPLETA (ART. 21.1 Y 68 CP), DELITO CONTINUADO (ART. 74 CP) Y AGRAVANTE DE REINCIDENCIA (ART. 22.8ª Y 66.1 REGLA 5ª CP).	19
1.2.1. Delito de robo con fuerza en las cosas .....	20
1.2.2. Delito de robo con fuerza en las cosas en casa habitada .....	23
1.3. DELITO DE HOMICIDIO, DEL ARTÍCULO 138 CP, EN EL QUE CONCORRE TENTATIVA (ART. 16 Y 62 CP), EXIMENTE INCOMPLETA (ART. 21.1 Y 68 CP) Y ALGUNA AGRAVANTE (ART. 22 Y 66.1 REGLA 3ª CP).....	24
1.4. CUALQUIER TIPO DELICTIVO EN EL QUE CONCORRE, TENTATIVA, (ART. 16 Y 62 CP), EXIMENTE INCOMPLETA (ART. 21.1 Y 68 CP), DELITO CONTINUADO (ART. 74 CP) O AGRAVANTE (ART. 22 Y 66.1 REGLA 3ª CP)	30
1.4.1. Posición de la tentativa .....	31
1.4.2. Posición de la eximente incompleta.....	31
<b>2. EVALUACIÓN GENERAL DE LOS RESULTADOS .....</b>	<b>35</b>
2.1. DELITO DE ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS (ART. 240 CP), DELITO CON FUERZA EN LAS COSAS EN CASA HABITADA (ART. 241 CP) Y DELITO DE HURTO (ART. 234 CP), EN EL QUE CONCORRE TENTATIVA (ART. 16 Y 62 CP), DELITO CONTINUADO (ART. 74 CP) Y AGRAVANTE DE REINCIDENCIA (ART. 22.8ª Y 66.1 REGLA 5ª CP) ...	35
2.2. DELITO DE ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS, DEL ARTÍCULO 240 CP, DELITO DE ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS EN CASA HABITADA, DEL ARTÍCULO 241 CP, EN EL QUE CONCORRE EXIMENTE INCOMPLETA (ART. 21.1 Y 68 CP), DELITO CONTINUADO (ART. 74 CP) Y AGRAVANTE DE REINCIDENCIA (ART. 22.8ª Y 66.1 REGLA 5ª CP).	37
2.3. DELITO DE HOMICIDIO, DEL ARTÍCULO 138 CP, EN EL QUE CONCORRE TENTATIVA (ART. 16 Y 62 CP), EXIMENTE INCOMPLETA (ART. 21.1 Y 68 CP) Y ALGUNA AGRAVANTE (ART. 22 Y 66.1 REGLA 3ª CP).....	39
<b>3. SENTENCIAS QUE CORROBORAN LAS HIPÓTESIS .....</b>	<b>42</b>

3.1.	AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA (SECCIÓN 8ª) SENTENCIA 522/2011 DE 8 DE JULIO.....	42
3.2.	AUDIENCIA PROVINCIAL DE TARRAGONA (SECCIÓN 2ª) SENTENCIA 667/2007 DE 2 DE OCTUBRE .....	43

**VI. VALORACIÓN JURÍDICA ..... 45**

<b>1.</b>	<b>PRINCIPIO DE IGUALDAD .....</b>	<b>45</b>
<b>2.</b>	<b>PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA.....</b>	<b>50</b>
2.1.	CONTENIDO.....	50
2.2.	¿EXISTENCIA O INEXISTENCIA DE UN ORDEN PREDETERMINADO PARA LA FIJACIÓN DEL MARCO CONCRETO DE LA PENA? .....	54
<b>3.</b>	<b>PRINCIPIO DE MOTIVACIÓN .....</b>	<b>59</b>
3.1.	INTRODUCCIÓN.....	59
3.2.	DE MENOR A MAYOR EXIGENCIA DE MOTIVACIÓN POR LA JURISPRUDENCIA .....	61

**VII. CONCLUSIONES..... 69**

<b>1.</b>	<b>ES DETERMINANTE EL ORDEN EN LA INDIVIDUALIZACIÓN LEGAL DE LA PENA.....</b>	<b>69</b>
<b>2.</b>	<b>NO EXISTE UN ORDEN EXPLÍCITO EN EL CÓDIGO PENAL QUE SEA APLICADO POR LOS TRIBUNALES.....</b>	<b>70</b>
<b>3.</b>	<b>VÍAS PARA CONTROLAR EL ARBITRIO JUDICIAL .....</b>	<b>71</b>
3.1.	RECURSO DE AMPARO FRENTE AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL .....	71
3.2.	CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD .....	73
3.2.1.	El objeto de control de la cuestión de inconstitucionalidad .....	74
3.2.2.	El fundamento de la cuestión de inconstitucionalidad .....	76
3.2.3.	A instancia de parte.....	76
3.2.4.	Alcance de la decisión del TC.....	77
3.3.	LA REVISIÓN DE LA DECISIÓN JUDICIAL .....	78

**VIII. BIBLIOGRAFÍA ..... 81**

## II. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo dar respuesta y llevar al análisis empírico diversos planteamientos y críticas que a lo largo de los años han surgido en relación con la determinación legal de la pena, tal y como está recogida en la Ley Orgánica del Código Penal 10/1995 de 23 de Noviembre (en adelante, CP), y posteriores actualizaciones. El precedente que originó mi interés por este asunto es el estudio realizado por el profesor FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ, en el cual abre la puerta a cuestionar el sistema aritmético de la determinación de la pena<sup>1</sup>. En su trabajo plantea diversos efectos indeseables que se pueden producir por la vaguedad con el que el CP resuelve el tema de la determinación de la pena. Las disfunciones identificadas son las siguientes:

1. **Desequilibrio en la compensación de elevación y reducción en grado.** No se obtiene el mismo marco penal rebajando en un grado la pena primero, y subiendo otra vez un grado la pena obtenida de la rebaja. Es decir, si partimos de un marco penal, al bajar y subir en grado debería quedar el mismo marco con el que empezamos del mismo modo que sucede cuando subes un peldaño y vuelves a bajarlo (te quedas en el mismo peldaño del inicio). Además, Si el orden de rebaja y aumento de grado se invierte, aplicando primero el aumento del grado y a continuación la rebaja en grado, el marco penal resultante tampoco será ni el mismo que el marco original, ni el mismo obtenido en el primer supuesto<sup>2</sup>. Esto es sorprendente, pues disminución y aumento en grado deberían anularse.

2. **Desproporción al elevar o reducir la pena.** Cuando se baja o sube de grado se parte de la pena mínima o pena máxima del marco penal original. Por ello, dos marcos penales distintos pero con mismo límite mínimo o máximo,

---

<sup>1</sup> Molina Fernández, Fernando. (2011). *Memento Práctico Penal*. Francis Lefebvre, pp.464 y ss.

<sup>2</sup> Esta idea es desarrollada en el apartado 3 de la p. 6, “*Dependencia no justificada del orden en el que se realicen las operaciones*”.

aunque difieran en el otro, tendrán la misma pena superior en grado o inferior en grado.

Por ejemplo, estos dos marcos penales, de 2 a 5 años de prisión y de 2 a 4 años de prisión, tendrán la misma pena inferior en grado, ésta es de 1 a 2 años de prisión.

3. **Tramos de pena inutilizables.** La combinación entre elevación o reducción en varios grados y división en dos mitades comporta que haya marcos penales que el juez no podrá aplicar y que van en contra de la gradualidad de la situación base.

4. **Dependencia no justificada del orden en el que se realicen las operaciones de determinación.** Como he tenido ocasión de poner en relieve, el orden en que se aprecien las graduaciones de la pena, es determinante en la obtención de una pena mayor o menor. No obstante, el CP guarda silencio sobre esta cuestión, lo que genera inseguridad jurídica. Tal y como señala MOLINA FERNÁNDEZ, “La cuestión adquiere especial gravedad cuando no hay una razón material que justifica la asimetría en el resultado de las operaciones, por lo que la determinación de la pena es totalmente arbitraria”.

Con este trabajo mi intención no ha sido realizar un estudio doctrinal de la determinación de la pena sino la demostración científica de una hipótesis para poner de relieve una situación efectiva de vulneración silenciosa de principios básicos de la Constitución Española (en adelante, CE). He realizado una investigación a través del método científico para analizar de cada una de las sentencias consideradas la forma en que se ha procedido a individualizar la pena. Es por ello, que lo relevante es recoger y comparar las penas impuestas por cada sentencia. Asimismo, y por lo esencial que es el pronunciamiento que realiza el juez en la determinación legal de la pena, he optado por ser fiel a su argumentación y citar textualmente algunos de los Fundamentos de las sentencias consideradas, aunque otras veces se ha preferido comentar el proceso pues era más confuso su relato.

También he tenido presente que este trabajo analítico ha sido elaborado durante la expectante modificación del CP, por lo que conscientemente todas las conclusiones extraídas en dicho trabajo se enmarcan en el contexto temporal dónde desplegaba su vigencia la LO 10/1995 con sus respectivas modificaciones enumeradas anteriormente. Por ello, no he tomado en consideración las reformas recogidas en el Proyecto de ley de reforma del CP, pendiente de aprobación.



### III. HIPÓTESIS

A partir de las premisas que fueron introducidas por MOLINA FERNÁNDEZ, en este trabajo se plantea una hipótesis inspirada en las disfunciones del punto uno y punto quinto mencionadas de forma breve en el apartado anterior:

*Desequilibrio en la compensación de elevación y reducción en grado de la pena, que varía dependiendo del orden en el que se realicen las operaciones de determinación legal de la pena, y que da lugar a la imposición de penas diferentes para presupuestos delictivos iguales.*

El orden en el que se apliquen los elementos modificativos de la pena, como son, por ejemplo, la tentativa (que baja un grado) y la agravante de reincidencia (que puede hacer subir en un grado), sobre el marco abstracto de la pena (esto es, la pena mínima y la pena máxima recogida en el CP en relación con un delito, a partir del cual el juez debe proceder a determinar la pena concreta a imponer al reo que ha cometido el delito) es determinante para obtener el marco concreto de la pena (es el resultado del proceso de determinación legal de la pena, en el que el juez aplica sobre el marco abstracto las reglas contenidas en la Sección 1ª del Capítulo II del Título III del CP y obtiene dos límites, mínimo y máximo, entre los que, ambos incluidos, debe escoger la pena a aplicar al reo). Es decir, dependiendo del orden utilizado: primero aplicar la tentativa o aplicar primero la agravante; se obtendrá un marco concreto distinto.

Para hacer más inteligible el grave problema que la hipótesis representa, y mostrando un avance de la investigación que realizaré posteriormente, expondré un ejemplo. En el delito de robo con fuerza en las cosas, el marco abstracto es de 1 a 3 años de prisión. Si el orden elegido, respecto de los elementos antes referidos, es:

- 1- primero elevar la pena por la agravante, el resultado es un marco penal de 3 a 4 años y 6 meses,
- 2- y después rebajarla por la tentativa, el marco resultante es de 1 año y 6 meses a 3 años. El marco concreto final sería pues de 1 año y 6 meses a 3 años.

Si el orden es el inverso:

- 1- primero rebajar la pena, del que resulta un marco penal de 6 meses a 1 año
- 2- y luego, subiendo la pena, del que resulta un marco penal definitivo de 1 a 2 años.

Es sorprendente que partiendo de un mismo marco abstracto y concurriendo unas mismas circunstancias (tentativa y agravante) los marcos concretos finales obtenidos son distintos:

- A. Tanto del marco abstracto del que se partió (1 a 3 años), por lo que evidencia el desequilibrio en la compensación de elevación y reducción en grado. Pues en principio lo lógico es que subir y bajar se anulen y se mantenga el mismo marco penal inicial, cosa que no sucede así.
- B. Como de ambos supuestos, dejando probado que el orden en el que se apliquen las circunstancias es determinante a la hora de obtener un marco concreto final y que a diferente orden el marco penal final es distinto.



Entiendo que de demostrarse esta hipótesis y de que en la práctica puedan aplicarse penas distintas para supuestos equiparables supone la vulneración de un principio estructural de la CE, como es, el principio de igualdad del art. 14. Además, el silencio que el CP guarda con relación al orden en el que deben realizarse las operaciones de determinación legal de la pena genera inseguridad jurídica, quedando en entredicho el principio de seguridad jurídica recogido en el art. 9.3 CE.

#### IV. METODOLOGÍA

Para contrastar esta hipótesis he realizado un análisis de frecuencias respecto del orden y, consecuentemente, de las penas aplicadas en sentencias con un mismo presupuesto delictivo. Como idéntico presupuesto delictivo entendemos que se haya cometido un mismo delito en abstracto del CP con determinados y específicos elementos modificativos de la pena que acotan el marco concreto de la pena.

Es decir, en lo que me centraré es en la segunda fase de determinación de la pena, que corresponde al momento de concreción legal de la pena resultante de aplicar los elementos previstos legalmente respecto de la ejecución delictiva, la participación, la concurrencia de circunstancias modificativas, etc. Esta es la fase judicial de concreción legal del marco abstracto en función de las variables previstas normativamente, denominada individualización o determinación legal de la pena o determinación del marco legal de la individualización judicial<sup>3</sup>.

Los presupuestos delictivos tomados como referencia para el análisis jurisprudencial han sido divididos con base a los siguientes:

1. Primer grupo de jurisprudencia: Delito de robo con fuerza en las cosas, del artículo 240 CP, delito de robo con fuerza en las cosas en casa habitada, del artículo 241 CP, y delito de hurto del artículo 234 CP, en el que concurre tentativa (art. 16 y 62 CP), delito continuado (art. 74 CP) y agravante de reincidencia (art. 22.8ª y 66.1 regla 5ª CP).
2. Segundo grupo de jurisprudencia: Delito de robo con fuerza en las cosas, del artículo 240 CP, delito de robo con fuerza en las cosas en casa habitada, del artículo 241 CP, en el que concurre eximente incompleta (art. 21.1 y 68 CP), delito continuado (art. 74 CP) y agravante de reincidencia (art. 22.8ª y 66.1 regla 5ª CP).

---

<sup>3</sup> De la Mata Barranco, Norberto J. (2008). *La Individualización de la pena en los Tribunales de Justicia. La atención a la finalidad de la pena, la gravedad del hecho y las circunstancias personales del procesado en la Jurisdicción Penal, en su vinculación a la exigencia de la imposición de penas proporcionadas*. Navarra: Thomson Aranzadi, p.19.

3. Segundo grupo de jurisprudencia: Delito de homicidio, del artículo 138 CP, en el que concurre tentativa (art. 16 y 62 CP), eximente incompleta (art. 21.1 y 68 CP) y alguna agravante (art. 22 y 66.1 regla 3ª CP).
4. Tercer grupo de jurisprudencia: Otros supuestos. Cualquier sentencia en las que concurra, tentativa, (art. 16 y 62 CP), eximente incompleta (art. 21.1 y 68 CP), delito continuado (art. 74 CP) o agravante (art. 22 y 66.1 regla 3ª CP), independientemente del tipo delictivo.

## V. DEMOSTRACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Tal y como he explicado en la sección de metodología, he realizado un análisis jurisprudencial de diversas sentencias categorizadas por grupos con identidad de presupuesto delictivo en el que concurrían los mismos elementos modificativos de la pena. A partir del análisis concreto de cada sentencia, para observar si se cumplía que en supuestos equivalentes se habían aplicado penas distintas debido a un diferente orden utilizado, he extraído unos resultados que han permitido analizar globalmente este controvertido pero desconocido problema.

### 1. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LOS CASOS CONCRETOS

#### 1.1. DELITO DE ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS (ART. 240 CP), DELITO CON FUERZA EN LAS COSAS EN CASA HABITADA (ART. 241 CP) Y DELITO DE HURTO (ART. 234 CP), EN EL QUE CONCORRE TENTATIVA (ART. 16 Y 62 CP), DELITO CONTINUADO (ART. 74 CP) Y AGRAVANTE DE REINCIDENCIA (ART. 22.8ª Y 66.1 REGLA 5ª CP).

He realizado un minucioso análisis de la jurisprudencia recogida en la base de datos del Consejo General del Poder Judicial<sup>4</sup> y en la base de datos de Aranzadi Westlaw<sup>5</sup> de las diversas modalidades típicas del delito de robo, aunque de forma focalizada en los delitos de robo con fuerza en las cosas y robo con fuerza en las cosas en casa habitada – al ser más extenso el número de sentencias dictadas sobre estas variantes-.

El número de sentencias analizado respecto este primer grupo es de 214, entre las cuales solo concurrían las tres circunstancias modificativas de la responsabilidad penal:

---

<sup>4</sup> Base de datos del Consejo General del Poder Judicial (CENDOJ) ; <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

<sup>5</sup> Base de datos de Aranzadi Westlaw; <http://www.aranzadidigital.es/maf/app/authentication/signon>

- En 11 sentencias respecto al delito de robo con fuerza en las cosas<sup>6</sup>.
- En sólo 2 sentencias respecto al delito de hurto<sup>7</sup>.
- En 6 sentencias de robo con fuerza en las cosas en casa habitada<sup>8</sup>.

En consonancia con mi hipótesis, he buscado que entre las diferentes sentencias se hubiese aplicado un orden distinto para la individualización de la pena. Es decir, esperaba encontrar que las penas finalmente impuestas fuesen dispares debido al orden en el que el juez aplicase cada una de las circunstancias que determinan el marco concreto de la pena.

En este sentido, la regla general en cuanto al orden aplicado para la determinación de la pena es -esta regla de determinación se ha aplicado en la mayoría de las sentencias analizadas-:

- 1- En primer lugar, rebajar la pena en un grado o dos a la pena tipo de la que se partía en el marco abstracto del código en virtud de la tentativa (art. 62 CP),
- 2- En segundo lugar, por ser delito continuado, imponer la mitad superior (art. 74 CP) a la pena resultante de apreciar la tentativa,
- 3- En tercer lugar imponer la mitad superior a la pena reducida por la tentativa y concretada en la mitad superior por la continuidad delictiva por la apreciación de la circunstancia agravante de reincidencia (art. 66.1 regla 5ª CP).

---

<sup>6</sup> Véanse: SAP Tarragona 83/2010 (Sala Penal, sección 4ª); SAP Málaga 220/2006 (Sala Penal, sección 3ª); SAP Alicante 230/2013 (Sala Penal, sección 10ª); SAP Madrid 138/2009 (Sala Penal, sección 2ª); SAP A Coruña 319/2013 (Sala Penal, sección 2ª); SAP Madrid 784/2008 (Sala Penal, sección 17ª); SAP Tarragona 667/2007 (Sala Penal, sección 2ª); SAP Alicante 271/2013; SAP Barcelona 954/2012 (Sala Penal, sección 2ª); SAP Alicante 271/2013 (Sala Penal, sección 10ª); SAP Málaga 169/2002 (Sala Penal, sección 2ª).

<sup>7</sup> Véanse: SAP Lugo 11/2011 (Sala Penal, sección 2ª); SAP Barcelona 420/2013 (Sección 8ª).

<sup>8</sup> Véanse: SAP Girona 298/2013 (Sala Penal, sección 3ª); SAP Pontevedra 87/2009 (Sala Penal, sección 4ª); SAP Barcelona 507/2005 (Sala Penal, sección 3ª); SAP Girona 298/2013 (Sala Penal, sección 3ª); SAP Málaga 668/2005 (Sala Penal, sección 3ª); SAP A Coruña 83/2000 (Sala Penal, sección 6ª).



Sin embargo, he encontrado algunas sentencias en las que este orden no se ha seguido, ya sea porque se ha apreciado la continuidad delictiva y la reincidencia antes que el delito intentado, o bien porque se ha apreciado primero la continuidad delictiva, a continuación la tentativa y por último lugar la agravante de reincidencia. El resultado de esto ha sido la imposición de una pena más severa (en el sentido de que la pena mínima que se puede imponer con un orden distinto a la regla general es más gravosa).

Para facilitar la comprensión de la controvertida cuestión detallaré cada una de las sentencias en la que el orden se ha invertido y pasaré a comparar qué pena podría haberse impuesto si se hubiese seguido el criterio general de determinación de la pena.

### **1.1.1. Delito de robo con fuerza en las cosas**

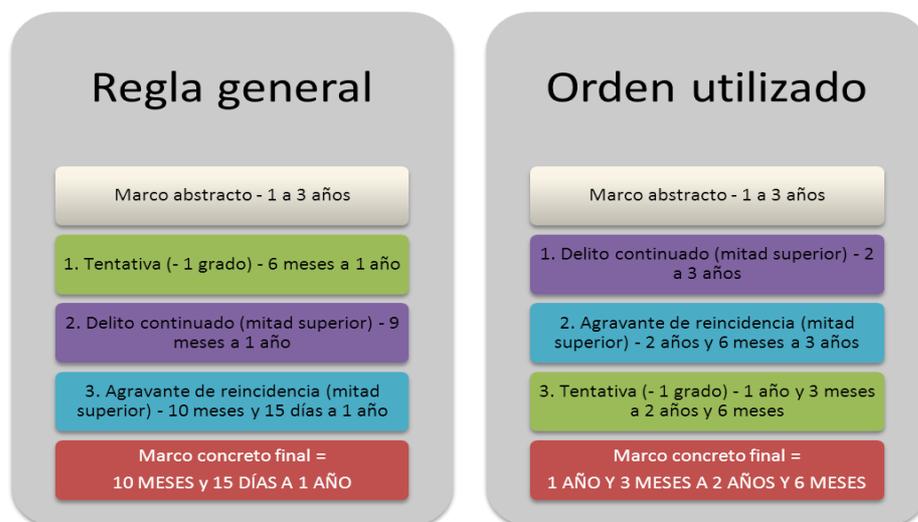
En este grupo delictivo el resultado de la imposición de la pena es variado. De forma mayoritaria – 9 de las 11 sentencias- se aplica en la determinación de la pena la regla general, que es apreciar primero la tentativa, después la continuidad delictiva y finalmente la reincidencia.

Sin embargo, 2 de esas sentencias divergen y contemplan una pena mayor a raíz de utilizar un orden de individualización de la pena diferente:

**La Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 83/2010 (Sala Penal, sección 4ª) de 25 de febrero de 2010** desestima el recurso de apelación, pero no se pronuncia en ningún momento sobre la pena aplicada, que en la sentencia recurrida es de 1 año y 3 meses de prisión. De acuerdo con los cálculos realizados para determinar el marco concreto de la pena, el orden utilizado por la juzgadora de primera instancia es:

- 1- Aplicar la mitad superior por el delito continuado al marco abstracto (2 a 3 años)
- 2- Posteriormente apreciar la agravante de reincidencia, imponiendo la mitad superior (2 años y 6 meses a 3 años)
- 3- Finalmente bajando un grado por la tentativa ( 1 año y 3 meses a 2 años y 6 meses)

La pena mínima aplicada en comparación con la pena mínima que se hubiese aplicado de atender al orden general de individualización de la pena es mucho más severa. Así pues el marco penal concreto de aplicar la regla general sería de 10 meses y 15 días a 1 año.

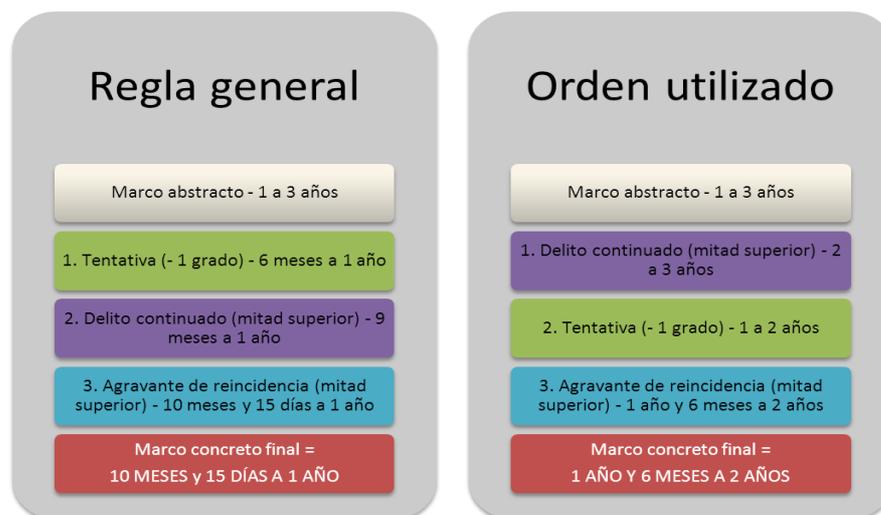


La otra sentencia encontrada que aplica otro orden de individualización de la pena es la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 784/2008 (Sala Penal, sección 17ª de 21 de julio de 2008)**, en la que en su Fundamento de Derecho Segundo determina la pena tal que así

*“Entendemos, por tanto que el delito continuado de robo debe ser en grado de tentativa al no haber dispuesto de lo sustraído. Por lo que en aplicación del art. 240 en relación con el art. 74.1 y del art. 62 impondremos la pena básica del delito de robo en su mitad superior , y reducida en un grado, teniendo en cuenta*

*así mismo la agravante de reincidencia que fue apreciada, fijando la pena en 1 año y dos meses de prisión”.*

El orden utilizado es delito continuado, tentativa y agravante de reincidencia. Pero si hubiese apreciado la regla general consistente en aplicar en primer lugar tentativa, delito continuado y agravante, la pena se situaría entre los 10 meses y 15 días a 1 año.

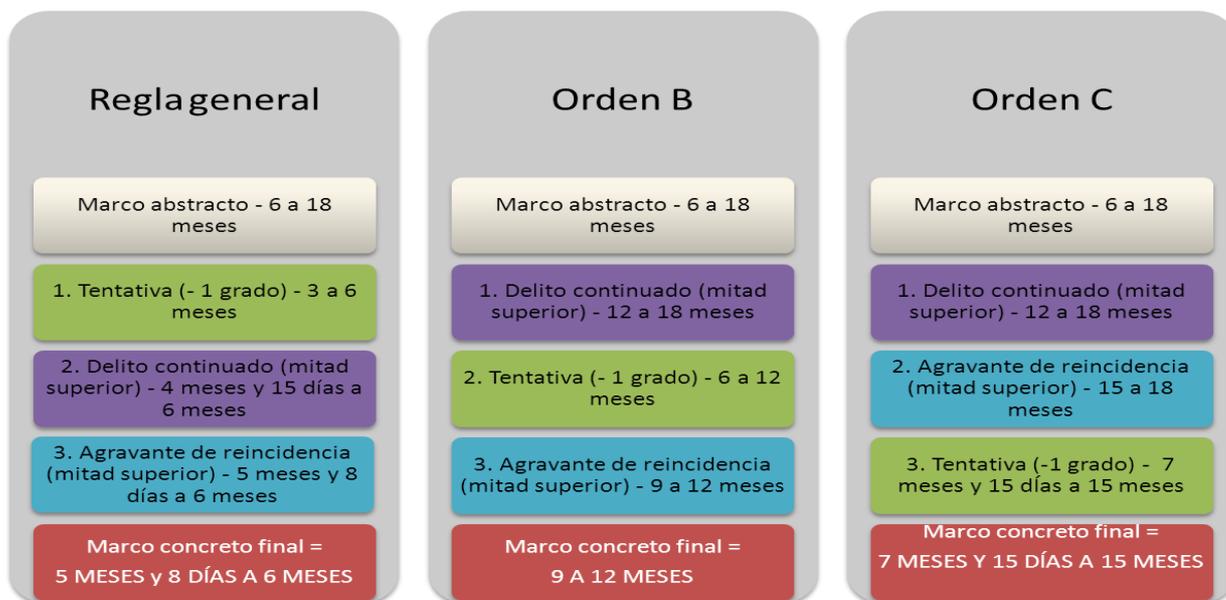


### 1.1.2. Delito de hurto

De las dos sentencias encontradas, una diverge de la regla general, aplicando un orden en el cual la pena impuesta es muy superior a la que se hubiese aplicado de seguir la regla mayoritaria.

**La Audiencia Provincial de Barcelona 420/2013 (Sala Penal, sección 8ª) de 20 de junio de 2013** no entra a revisar si la pena aplicada por la juzgadora de primera instancia es la correcta, sino que la confirma. En este caso, el marco abstracto de la pena del delito de hurto es de 6 a 18 meses de prisión, y la pena aplicada es de 10 meses. No queda claro en la sentencia qué orden es el utilizado, por ello a continuación he realizado diferentes cálculos atendiendo al orden en el que se podría haber procedido a individualizar la pena para poder identificar cuál ha sido el aplicado:

- A. El marco punitivo correspondiente a aplicar tentativa, continuidad y reincidencia, por este orden, es de 5 meses y 8 días a 6 meses de prisión. Éste no ha sido el orden apreciado por el juzgador ya que la pena máxima es 4 meses inferior a la impuesta.
- B. El marco punitivo correspondiente a aplicar continuidad, tentativa y agravante es de 9 meses a 12 meses.
- C. El marco punitivo correspondiente a aplicar continuidad, reincidencia y tentativa es de 7 meses y 15 días a 15 meses.



Tanto el punto B como el punto C podrían haberse aplicado por el juzgador pues la pena de 10 meses se encuentra dentro de estos marcos, pero considero que el punto C ha sido el seguido en este supuesto pues una vez aplicadas las circunstancias modificativas de la responsabilidad no tiene sentido agravar la pena final. Por ello los 10 meses se acercan más a la pena mínima de 9 meses de prisión.

### 1.1.3. Delito de robo con fuerza en casa habitada

Respecto al delito de robo con fuerza en casa habitada, la pena impuesta de forma unánime –las 6 sentencias siguen la regla general de determinación de la pena concreta- es de 1 año y 9 meses de prisión.

1.2. DELITO DE ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS, DEL ARTÍCULO 240 CP, DELITO DE ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS EN CASA HABITADA, DEL ARTÍCULO 241 CP, EN EL QUE CONCURRE EXIMENTE INCOMPLETA (ART. 21.1 Y 68 CP), DELITO CONTINUADO (ART. 74 CP) Y AGRAVANTE DE REINCIDENCIA (ART. 22.8ª Y 66.1 REGLA 5ª CP).

En cuanto a este grupo he analizado 240 sentencias, de las cuales han encajado con el presupuesto delictivo:

- Un número total de 6 sentencias de delitos de robo con fuerza en las cosas<sup>9</sup>.
- Un número de 5 respecto el delito de fuerza en las cosas en casa habitada<sup>10</sup>.

Al tratar de hacer el mismo ejercicio de comparativa y rescatar de todas ellas una regla común de determinación de la pena, ha sido muy difícil encontrar un mismo criterio pues he identificado tres formas diferentes de aplicar las circunstancias modificativas de la responsabilidad. Aun así, de las 11 sentencias (tanto de robo con fuerza como de robo con fuerza en casa habitada) 7 de ellas han aplicado el siguiente orden:

- 1- Delito continuado, subiendo al marco abstracto la mitad superior,
- 2- Seguidamente la agravante de reincidencia imponiendo su mitad superior

---

<sup>9</sup> Véanse: SAP Barcelona 635/2012 (Sala Penal, sección 6ª); SAP Sevilla 181/2008 (Sala Penal, sección 4ª); SAP Barcelona 1013/2007 (Sala Penal, sección 2ª); SAP Madrid 290/2010 (Sala Penal, sección 23ª); SAP Zaragoza 21/2002 (Sala Penal, sección 1ª); SAP Sevilla 531/2000 (Sala Penal, sección 1ª).

<sup>10</sup> Véanse: SAP León 1/2011 (Sala Penal, sección 3ª); SAP Castellón de la Plana 436/2012 (Sala Penal, sección 1ª); SAP Oviedo 180/2013 (Sala Penal, sección 2ª); SAP Madrid 587/2012 (Sala Penal, sección 6ª); SAP Tarragona 392/2013 (Sala Penal, sección 2ª).

3- Finalmente apreciando la eximente incompleta reduciendo en un grado o dos la pena.

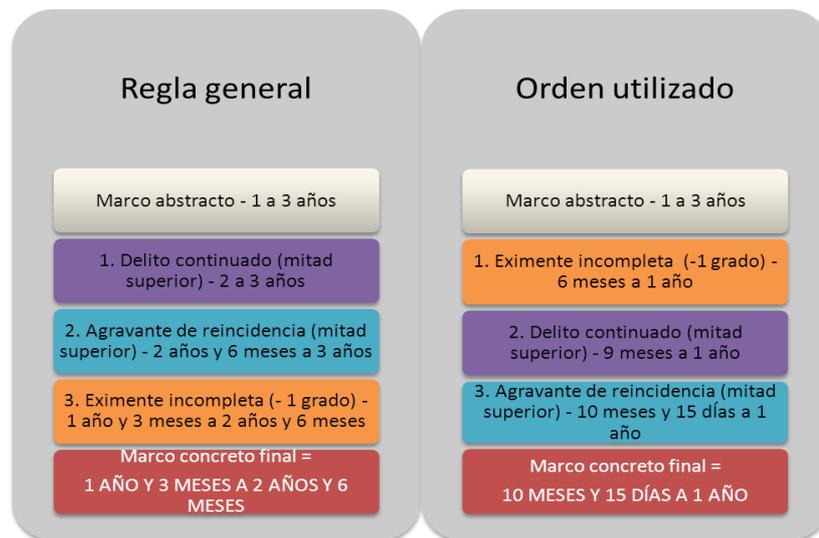


Consecuentemente, es palpable que el criterio respecto al orden de determinación de la pena es bastante dispar, hecho que ha comportado la aplicación de penas con desviación entre ellas de casi 2 años.

### **1.2.1. Delito de robo con fuerza en las cosas**

Para mostrar la diferencia de atender a la regla mayoritaria de individualización de la pena y aplicar un orden distinto (por razón del orden dónde la eximente incompleta es colocada el resultado obtenido es una pena inferior o superior) explicaré 3 de las 6 sentencias (pues el resto aplican la regla general).

**La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 1013/2007 (Sala Penal, sección 2ª) de 17 de diciembre de 2007** impone al acusado la pena de 1 año de prisión aunque no se establece en la sentencia el orden aplicado, pero tras comparar el marco concreto resultante de las diversas combinaciones posibles respecto al orden de elementos aplicados, presupongo que es el orden es el de aplicar en primer lugar la eximente, después la continuidad y finalmente la agravación porque el marco resultante es de 10 meses y 15 días a 1 año, imponiéndose en el límite máximo. En cambio si se hubiese aplicado la regla general (apreciando la eximente incompleta en último lugar) el marco penal resultante sería de 1 año y 3 meses a 2 años y 6 meses.



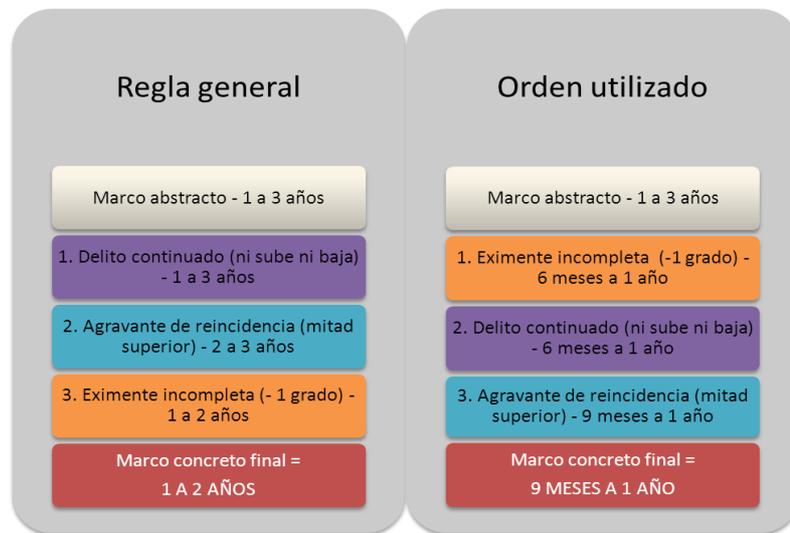
**La Audiencia Provincial de Sevilla 181/2008 (Sala Penal, sección 4ª) de 8 de abril de 2008** en su Fundamento Jurídico Tercero procede a la individualización así

*“Como consecuencia de la estimación parcial del recurso y de la apreciación de la eximente incompleta motivada en el fundamento anterior, la pena asignada al delito consumado de robo con fuerza en las cosas ha de ser rebajada en un grado; al no constar circunstancias de especial gravedad de la intoxicación o de la afectación por ella de la imputabilidad del sujeto que aconsejen hacerlo en dos.*

*Así las cosas, teniendo en cuenta, por un lado, la continuidad delictiva y la concurrencia de la agravante de reincidencia [...] y por otro el largo tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos, la escasa cuantía de los daños causados, a cuya indemnización ha renunciado la propietaria, el magro botín obtenido y el inicial grado de ejecución alcanzado por la segunda infracción, el Tribunal estima adecuado imponer al acusado apelante la pena de nueve meses de prisión”.*

Aunque no proceda a la imposición de la mitad superior del delito continuado –pues el art. 74.2 CP establece que en los delitos del patrimonio se impondrá la pena teniendo en

cuenta el total del perjuicio causado, en este caso de escasa cuantía- el orden utilizado se desmarca de la regla general, y aplica en primer lugar la eximente que da como resultado un marco concreto de la pena de 9 meses a 1 año de prisión. En contra, de aplicar la regla general, el marco concreto en el que nos moveríamos sería de 1 a 2 años de prisión.



Por último, **la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 531/2000 (Sala Penal, sección 1ª) de 30 de septiembre de 2000** confirma la pena impuesta en la sentencia apelada, que es de 10 meses, resultante de aplicar en primer lugar la eximente i posteriormente el delito continuado y la agravante. En este supuesto, presupongo que ha sucedido lo mismo que en el caso anterior, entendiendo que el perjuicio causado es menor y por lo tanto dejando de aplicar en su mitad superior la continuidad delictiva. El resultado final de aplicar eximente incompleta, continuidad y reincidencia, respectivamente, es un marco de pena concreto de 9 a 1 año de prisión, que se ajusta más a la pena impuesta en la sentencia, de 10 meses de prisión.

### **1.2.2. Delito de robo con fuerza en las cosas en casa habitada**

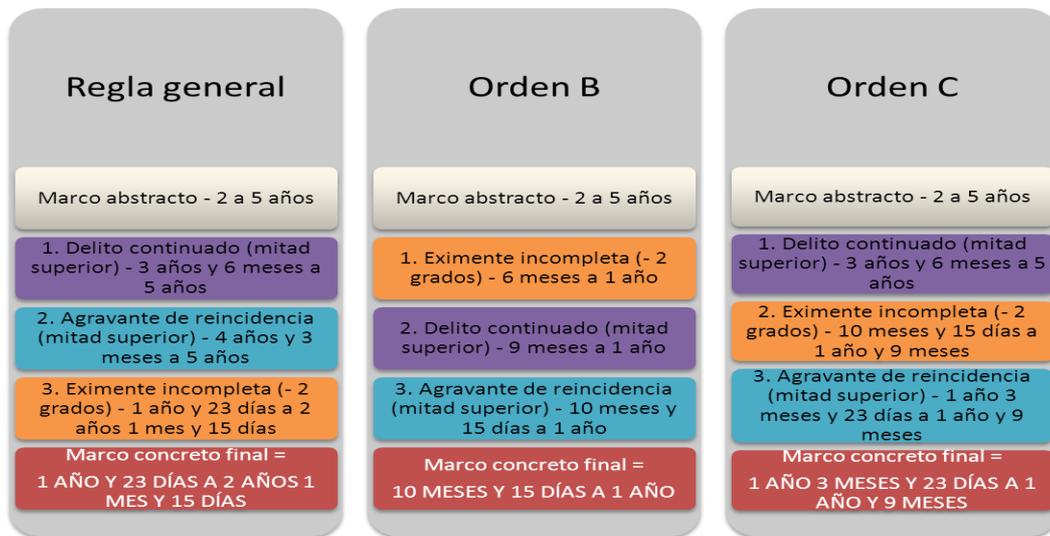
La regla mayoritaria de individualización de la pena se ha utilizado en 5 de las 6 sentencias encontradas por lo que en solo una se aprecia un orden diferente.

Esta sentencia es la de la **Audiencia Provincial de León 1/2011 (Sala Penal, sección 3ª) de 12 de enero de 2011** que estima como pena la aportada por el Ministerio Fiscal que es de 1 año, sin proceder a la individualización paso por paso. La eximente incompleta rebaja la pena en dos grados<sup>11</sup>. Por ello, y para conocer el orden aplicado es necesario considerar todas las posibilidades:

- A. El marco punitivo correspondiente de atender a la regla general (aplicar la eximente en último lugar) va de 1 año y 23 días a 2 años 1 mes y 15 días.
- B. El marco punitivo de aplicar en primer lugar la eximente incompleta es de 10 meses y 15 días a 1 año.
- C. El marco punitivo final de aplicar la eximente en segundo lugar es de 1 año 3 meses y 23 días a 1 año y 9 meses.

---

<sup>11</sup> Ruiz de Erenchun Arteché, Eduardo. (2005). *El Sistema de Penas y las Reglas de Determinación de la Pena tras las Reformas del Código Penal de 2003*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2ª Ed. pp. 104 y ss. “Hay que tener en cuenta que los Jueces y Tribunales solo están sujetos a las reglas del art. 66 cuando optan por la rebaja en 1 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 2 grados”. Lo referido anteriormente impera tanto para el grado de ejecución como para las circunstancias privilegiadas.



Atendiendo a los resultados de la comprobación de cada orden, solo se ha podido aplicar el orden del punto B pues el marco penal final del cual abarca de 10 meses y 15 días a 1 año, mientras que en los dos otros casos, la pena mínima excede de 1 año, por lo que deben ser descartados.

1.3. DELITO DE HOMICIDIO, DEL ARTÍCULO 138 CP, EN EL QUE CONCORRE TENTATIVA (ART. 16 Y 62 CP), EXIMENTE INCOMPLETA (ART. 21.1 Y 68 CP) Y ALGUNA AGRAVANTE (ART. 22 Y 66.1 REGLA 3ª CP).

En cuanto a este grupo delictivo, de entre 350 sentencias analizadas, solo en 24 concurrían los tres elementos modificativos de la pena<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> Véanse: SAP Teruel 4/2008 (Sala Penal, sección 1ª); SAP Badajoz 3/2004 (Sala Penal, sección 1ª); SAP Salamanca 27/2009 (Sala Penal, sección 1ª); SAP Barcelona 21/2013 (Sala Penal, sección 3ª); SAP Bilbao 44/2008 (Sala Penal, sección 2ª); SAP Valencia 442/2010 (Sala Penal, sección 5ª); SAP Santander 3/2010 (Sala Penal, sección 3ª); STS 2024/2000 (Sala de lo Penal) de 28 de diciembre; SAP Madrid 346/2004 (Sala Penal, sección 15ª); SAP Madrid 6/2013 (Sala Penal, sección 1ª); SAP Huesca (Sala Penal, sección 1ª) núm.; SAP Madrid (Sección 100ª) núm. 980/2012; STS 175/2008 (Sala de lo Penal) de 2 de octubre; STS 1282/2005 (Sala de lo Penal) de 16 de noviembre; SAP Madrid (Sección 27ª) núm. 18/2013; SAP Zaragoza (Sección 1ª) núm. 394/2013; STS 1192/2011 (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 16 noviembre; SAP Salamanca

El orden mayoritario aplicado en la individualización de la pena es el de aplicar:

- 1- en primer lugar la tentativa
- 2- en segundo lugar la eximente incompleta y,
- 3- por último apreciar la agravante.



El marco penal obtenido de aplicar esta regla es de 3 años y 9 meses a 5 años, resultante de reducir el marco abstracto del art. 138 CP (de 10 a 15 años) en 1 grado en virtud de la tentativa (de 5 a 10 años), a su vez rebajada por otro grado de acuerdo con la eximente incompleta y concretándose en su mitad superior por aplicación de la agravante.

El número de sentencias que coinciden con esta regla es significativo ya que solo 5 de las 24 sentencias se alejan de esta tendencia.

La primera sentencia es la de la **Audiencia Provincial de Madrid 11/2013 (Sala Penal, sección 5ª) de 31 de enero de 2013** en la que concurren la tentativa, las agravantes de parentesco y superioridad y la eximente de alteración psíquica, respectivamente. En la individualización de la pena la juzgadora procede de la siguiente forma,

*“Pues bien, a tenor de los datos fácticos anteriormente señalados, y al entender que estamos en presencia de una **tentativa** acabada consideramos adecuado la disminución en un grado de la pena impuesta para el delito base (de 5 a 10 años de prisión), que se aplicará en su mitad superior por la concurrencia*

---

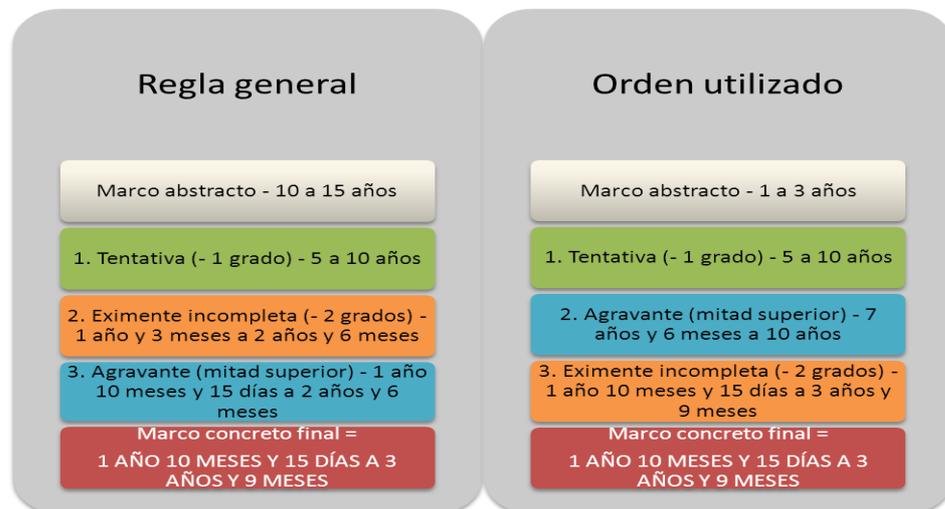
27/2008 (Sala Penal, sección 1ª); SAP Valladolid 253/2005 (Sala Penal, sección 2ª); SAP Vizcaya 19/2012 (Sala Penal, sección 1ª); STS 1192/2011 (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 16 noviembre; SAP Madrid 11/2013 (Sala Penal, sección 5ª); SAP Madrid 11/2013 (Sala Penal, sección 5ª); STS 1008/2013 (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 9 de mayo.

de las **agravantes**, es decir, de 7 años y 6 meses a 10 años de prisión. Así mismo rebajamos la pena en dos grados al aplicar la **eximente incompleta**, por lo que la pena a imponer podrá ser de 1 año 10 meses y 15 días a 3 años de prisión”.

El orden aplicado es:

- 1- La reducción en un grado por la tentativa (de 5 a 10 años),
- 2- La mitad superior por las agravantes, supone movernos en la pena de 7 años y 6 meses a 10 años de prisión.
- 3- Rebajando en dos grados (en virtud de la eximente) la pena mínima se obtiene la pena de 1 año, 10 meses y 15 días a 3 años y 9 meses.

En este caso, el marco penal en el que el juzgador se movería si aplicase la regla general, sería de 1 año, 10 meses y 15 días a 2 años y 6 meses, pues se aprecia la rebaja en dos grados para la eximente incompleta.



La juzgadora acaba aplicando la pena de 1 año y 11 meses de prisión, no muy dispar a la que se podría haber aplicado en el supuesto de aplicar la regla general. Pero es alarmante que si por otras circunstancias, prevaleciere un fundamento cualificado de agravación, la pena podría ascender hasta los 3 años y 9 meses de prisión en contra de la

pena máxima que podría ser aplicada, atendiendo al orden mayoritario, que es de 2 años y 6 meses de prisión.

La segunda es la Sentencia de la **Audiencia Provincial de Zaragoza 394/2013 (Sala Penal, sección 1ª) de 12 de diciembre de 2013** en la que concurren la tentativa (que rebaja la pena abstracta en 2 grados), una agravante y la eximente incompleta de enajenación mental, por este orden. No es clara la forma en que procede a individualizar la pena pues una vez hecha la reducción en dos grados por la tentativa (de 2 años y 6 meses a 5 años de prisión) la juzgadora comprende que

*“La existencia de la agravante y de la eximente incompleta referidas, hace que la pena a imponer deba de ser **de dos años y cinco meses**”.*

Es decir, no aclara en qué orden aplica cada circunstancia. Por ello y para justificar porqué considero que aplica la eximente incompleta en último lugar procederé a calcular cada uno de los marcos finales atendiendo al diferente orden de elementos:

- A. Aplicando la eximente incompleta (rebaja de un grado de 2 años y 6 meses a 5 años) y seguidamente la agravante (mitad superior de 1 año y 3 meses a 2 años y 6 meses), la pena marco resultante es de 1 año, 10 meses y 15 días a 2 años y 6 meses (Regla general)
- B. Aplicando la agravante (mitad superior de 2 años y 6 meses a 5 años) antes que la eximente (rebaja de un grado de 3 años y 9 meses a 5 años), la pena marco resultante es de 1 año, 10 meses y 15 días a 3 años y 9 meses de prisión.



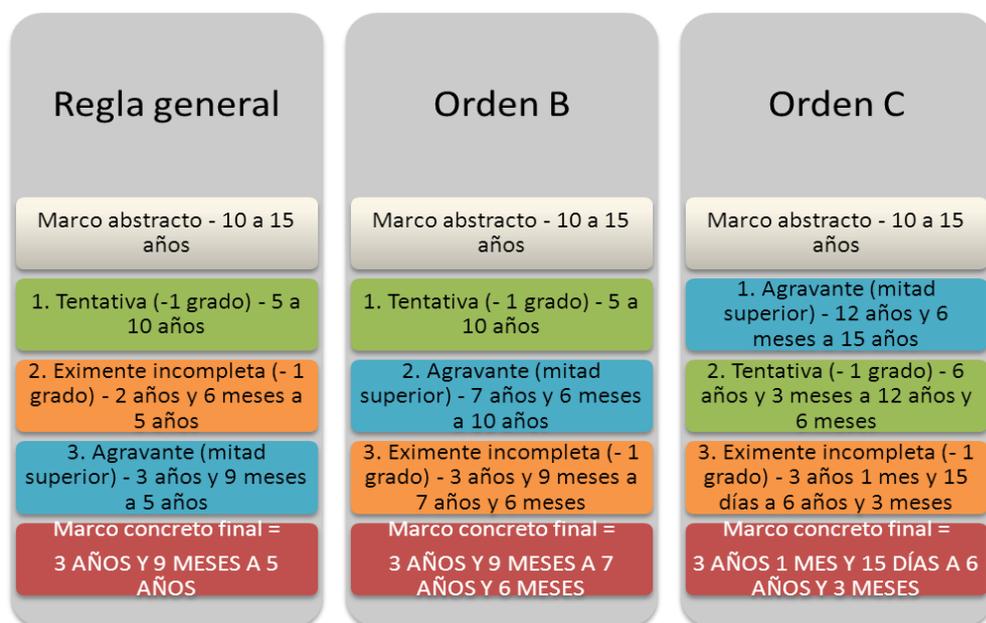
Es más ajustado a Derecho y a las circunstancias personales del acusado entender el primer supuesto y que la juzgadora haya aplicado en primer lugar la agravante y en segundo la eximente incompleta, pues sería desproporcionado aplicar la máxima pena.

La tercera sentencia a analizar es la de **la Audiencia Provincial de Badajoz 3/2004 (Sala Penal, sección 1ª) de 17 de marzo de 2004** que en su Fundamento de Derecho Sexto establece

*“En cuanto a la penalidad a imponer en el presente supuesto debemos de partir de lo dispuesto en el artículo 138 del Código Penal que establece una pena para los casos de homicidio de diez a quince años, pena que de imponerse en el grado inferior en el segundo delito, es decir en el homicidio intentado por aplicación de lo dispuesto en el artículo 62 del Código Penal, debiendo tenerse también en cuenta lo dispuesto en el artículo 66.1 del Código Penal, toda vez que concurre una circunstancia eximente incompleta, y la agravante específica de parentesco [...] estimamos adecuada la pena solicitada por el Ministerio Fiscal y aceptada por la defensa, la de 3 años y 6 meses de prisión por el delito de homicidio intentado”.*

De la forma en que se ha procedido a la individualización no queda claro el orden utilizado. Las diversas opciones que barajaremos para determinar el orden utilizado por la juzgadora son las siguientes:

- A. El marco concreto obtenido de aplicar la regla general es de 3 años y 9 meses a 5 años.
- B. Si se aplica tentativa, agravante y eximente incompleta por este orden el marco penal concreto es de 3 años y 9 meses a 7 años y 6 meses.
- C. Si el orden es de atender en primer lugar la agravante y posteriormente la tentativa y la eximente el resultado es de 3 años y 1 mes y 15 días a 6 años y 3 meses.



De los cálculos efectuados, el orden de individualización que más se ajusta a la pena impuesta de 3 años y 6 meses es el de aplicar el orden del punto C, en primer lugar la agravante, pues en los otros dos marcos penales el límite mínimo sobrepasa la pena impuesta.

La cuarta, es la **sentencia de la Audiencia de Barcelona 21/2013 (Sala Penal, sección 3ª) de 10 de enero de 2013** que igual que la sentencia anterior aplica un orden de individualización diferente al de la regla general con el resultado de que impone una pena de 3 años y 6 meses de prisión. La única combinación de elementos que explica esta pena es el de aplicar la agravante en primer lugar y seguidamente la tentativa y la eximente incompleta.

Por último, he encontrado la sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao 44/2008 (Sala Penal, sección 2ª) de 2 de junio de 2008 que sin motivar la determinación de la pena procede a imponer la pena de 3 años de prisión. Por ello, el orden que ha debido utilizar para obtener esta pena es: agravante, tentativa y eximente.

1.4. CUALQUIER TIPO DELICTIVO EN EL QUE CONCORRE, TENTATIVA, (ART. 16 Y 62 CP), EXIMIENTE INCOMPLETA (ART. 21.1 Y 68 CP), DELITO CONTINUADO (ART. 74 CP) O AGRAVANTE (ART. 22 Y 66.1 REGLA 3ª CP)

Dada la dificultad de encontrar sentencias con mismos presupuestos delictivos en los que concurren los mismos elementos modificadores de la pena consideré oportuno seleccionar unos elementos y circunstancias determinados con independencia respecto del tipo delictivo que se hubiese infringido, con la finalidad de encontrar más sentencias en las que se pudiese demostrar la hipótesis planteada.

He encontrado diversas dificultades con este nuevo criterio de análisis:

1- Muchas de las sentencias que aparecían ya habían sido seleccionadas en los otros dos grupos de jurisprudencia analizados anteriormente.

2- En muy pocas sentencias concurrían los cuatro elementos expresados (tentativa, eximente incompleta, delito continuado y agravante), por lo que he tenido que aceptar también aquellas sentencias en las que no concurrían todos los elementos indicados.

De este modo, de 149 sentencias analizadas, solo 10 he considerado relevantes para este tercer grupo (pues muchas de las otras sentencias encontradas ya correspondían a los otros dos grupos jurisprudenciales).

#### **1.4.1. Posición de la tentativa**

En cuanto a la tentativa, en 8 de las 9 sentencias en las que concurre la tentativa:

- 2 sentencias de delitos de Asesinato<sup>13</sup>,
- 6 sentencias de delitos de Robo con fuerza<sup>14</sup>,
- 1 sentencia de delito de Agresión<sup>15</sup>,

Ésta se ha apreciado en primer lugar, por delante de la eximente incompleta, delito continuado o agravante.

Cabe especificar que la única sentencia que no aplica la tentativa en primer lugar es porque aplica el delito masa en primer lugar ya que el tipo de la Parte Especial a aplicar depende del perjuicio total causado, es decir, se aplica directamente al marco abstracto y posteriormente se ha de proceder a la determinación del marco concreto de acuerdo con las reglas de la Parte General.

#### **1.4.2. Posición de la eximente incompleta**

Respecto de este punto, en 8 sentencias concurría la eximente incompleta:

- 4 sentencias de delitos de Robo con fuerza<sup>16</sup>,
- 2 sentencias de delitos de Asesinato<sup>17</sup>,

---

<sup>13</sup> SAP Alicante 244/2005 (Sala Penal, sección 1ª) de 8 de abril y SAP Valladolid 289/2005 (Sala Penal, sección 2ª) de 13 de septiembre.

<sup>14</sup> SAP Madrid 225/2008 (Sala Penal, sección 26ª) de 31 de marzo; SAP Valladolid 334/2002 (Sala Penal, sección 2ª) de 7 de mayo; SAP Albacete 370/2013 (Sala Penal, sección 2ª) de 17 de diciembre; SAP Girona 46/2009 (Sala Penal, sección 3ª), de 16 de enero; SAP Sevilla 85/2008 (Sala Penal, sección 4ª) de 4 de febrero y STS 744/2000 (Sala de lo Penal) de 28 de abril.

<sup>15</sup> SAP Sevilla 99/2002 (Sala Penal, sección 1ª) de 4 de marzo.

<sup>16</sup> SAP Albacete 370/2013 (Sala Penal, sección 2ª) de 17 de diciembre de 2013; SAP Girona 46/2009 (Sala Penal, sección 3ª) de 16 de enero de 2009; SAP Sevilla 85/2008 (Sala Penal, sección 4ª) de 4 de febrero de 2008; STS 744/2000 (Sala de lo Penal) de 28 de abril de 2000.

<sup>17</sup> SAP Alicante 244/2005 (Sala Penal, sección 1ª) de 8 de abril; SAP Valladolid 289/2005 (Sala Penal, sección 2ª) de 13 de septiembre.

- 1 sentencia de delito de Agresión<sup>18</sup> y
- 1 sentencia de delito de Homicidio<sup>19</sup>

En la mayoría de estas sentencias, la eximente se ha aplicado por detrás de la tentativa o por delante del delito continuado o agravante. Es decir la regla mayoritaria es:

- 1- En primer lugar la tentativa, si concurre con tentativa.
- 2- En segundo lugar la eximente incompleta.
- 3- En tercer lugar el delito continuado, si concurre delito continuado.
- 4- Y en cuarto lugar la agravante, si concurre la agravante.



Solamente 2 de las 8 sentencias no siguen la regla mayoritaria, de aplicar la eximente por delante del delito continuado o de la agravante.

La primera, es la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 99/2002 (Sala Penal, sección 1ª) de 4 de marzo de 2002**, que condena al acusado entre otros delitos, por un delito continuado de abuso sexual consumado (art. 181.1 CP) y agresión sexual (art. 181.4 CP) en grado de tentativa, que ha de sancionarse con la pena señalada al delito más grave (delito de agresión sexual en grado de tentativa que es de 2 a 4 años en contra del

<sup>18</sup> SAP Sevilla 99/2002 (Sala Penal, sección 1ª) de 4 de marzo.

<sup>19</sup> SAP Madrid 1101/2012 (Sala Penal, sección 26ª) de 5 de noviembre.

delito de abuso sexual que es de 1 a 3 años), en su mitad superior (art. 74.1 CP). Así pues el juzgador procede:

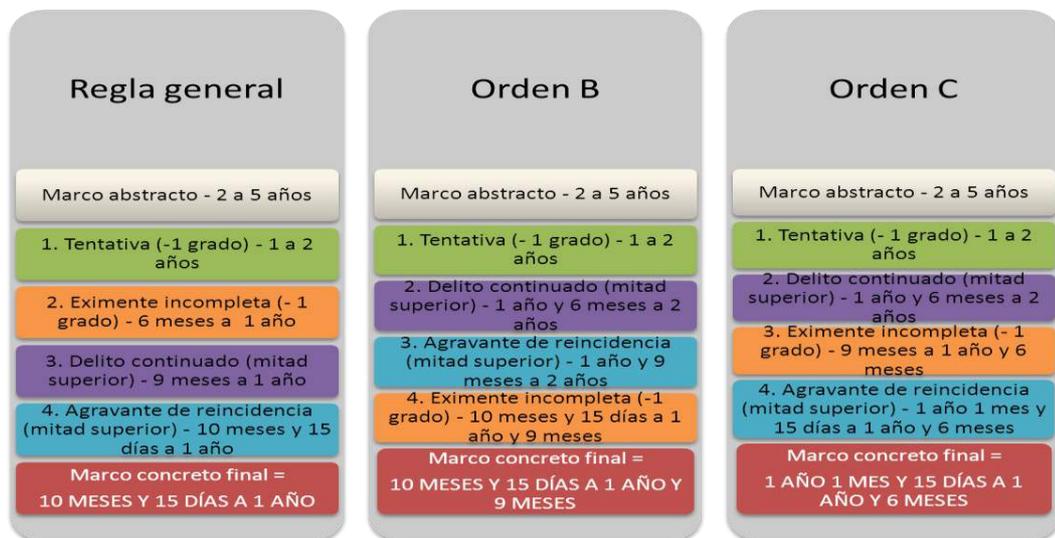
- 1- Reducir 1 grado el marco abstracto (de 4 a 10 años) del delito de agresión sexual por la tentativa (2 a 4 años).
- 2- El marco de 2 a 4 años en su mitad superior por el delito continuado (3 a 4 años)
- 3- Por último, aplicar la eximente incompleta obteniendo un marco penal de 1 año y 6 meses a 3 años.

La pena finalmente impuesta es de 2 años. Sin embargo si se hubiese seguido el orden de la regla mayoritaria el marco penal concreto en el que se movería el juez sería de 1 año y 6 meses a 2 años.



La segunda procede del **Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), sentencia núm. 744/2000 de 28 de abril de 2000**, en la que aprecia la eximente incompleta, solicitada en el recurso de casación, y considera proporcionado aplicar la pena de 1 año y 4 meses de prisión por un delito de robo con fuerza en casa habitada en el que concurre: delito continuado, tentativa, agravante de reincidencia y eximente incompleta. Sin embargo, no establece ni motiva el orden utilizado para determinar el marco concreto de la pena. De forma que las posibilidades en cuanto al orden aplicado son las siguientes:

- A. Aplicar la regla general que resulta de apreciar en primer lugar la tentativa, eximente incompleta, delito continuado y agravante, por lo que el marco concreto final es de 10 meses y 15 días a 1 año.
- B. Aplicar por este orden, la tentativa, delito continuado, agravante de reincidencia y eximente incompleta. El marco penal concreto final es de 10 meses y 15 días a 1 año y 9 meses.
- C. Aplicar la tentativa, delito continuado, eximente incompleta y agravante de reincidencia, obteniendo un marco penal que abarca de 1 año y 15 días a 1 año y 6 meses.



De lo que se desprende de estos cálculos es que:

1- No se ha aplicado el punto A que es la regla general, pues la pena aplicada de 1 año y 4 meses sobrepasa la pena máxima del marco penal de 10 meses y 15 días a 1 año.

2- Se ha podido aplicar tanto el orden del punto B como el del punto C, ya que la pena de 1 año y 4 meses se enmarca dentro de ambos marcos concretos.

## 2. EVALUACIÓN GENERAL DE LOS RESULTADOS

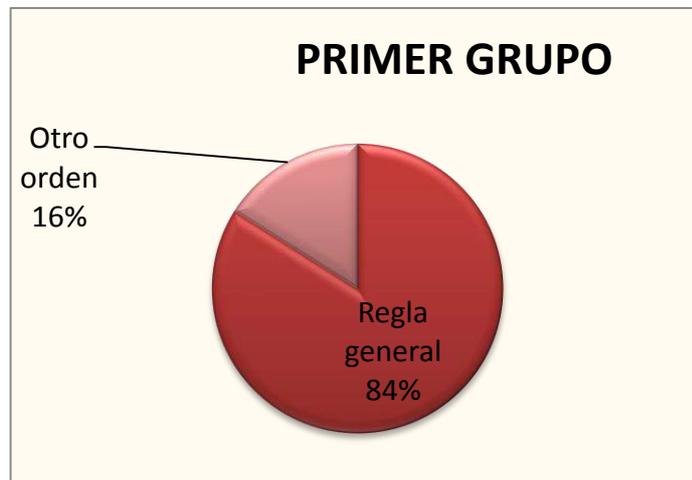
A continuación procederé a la valoración general de los resultados, obtenidos del análisis de frecuencias jurisprudencial, de cada grupo jurisprudencial examinado. Respecto al cuarto grupo jurisprudencial no he evaluado los resultados porque he considerado que no disponía de suficientes muestras e información para poder extraer unos postulados generales.

### 2.1. DELITO DE ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS (ART. 240 CP), DELITO CON FUERZA EN LAS COSAS EN CASA HABITADA (ART. 241 CP) Y DELITO DE HURTO (ART. 234 CP), EN EL QUE CONCURRE TENTATIVA (ART. 16 Y 62 CP), DELITO CONTINUADO (ART. 74 CP) Y AGRAVANTE DE REINCIDENCIA (ART. 22.8ª Y 66.1 REGLA 5ª CP).

De estas 19 sentencias encontradas en las que concurrían los tres elementos modificativos de la pena, 3 han aplicado un orden diferente a la regla mayoritaria<sup>20</sup> (esto representa el 16 % de las sentencias).

---

<sup>20</sup> Véase p. 8. La regla mayoritaria es aplicar primero la tentativa, segundo el delito continuado y tercero la agravante de reincidencia.



He observado que la pena aplicada en las sentencias que no siguen la regla general es más gravosa que las que han aplicado la regla mayoritaria. La razón de tal diferencia es que la tentativa al rebajar la pena en un grado, si se aplica en primer lugar sobre el marco penal abstracto implica que el límite máximo que se pueda aplicar al reo corresponde al límite mínimo previsto en el marco abstracto.

Por ejemplo, respecto al delito de robo con fuerza, el marco abstracto es de 1 a 3 años de prisión:

- A. Si aplicamos la tentativa (-1 grado) en primer lugar, la pena máxima que podrá aplicar el juez es de 1 año<sup>21</sup>.
- B. Si aplicamos la tentativa en segundo lugar, la pena máxima es de 2 años<sup>22</sup>.
- C. Si aplicamos la tentativa en tercer lugar, la pena máxima es de 2 años y 6 meses<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> El orden: tentativa, delito continuado y agravante de reincidencia. El marco abstracto (1 a 3 años) reducido en un grado por la tentativa (6 meses a 1 año), en su mitad superior por la continuidad (9 meses a 1 año) y la mitad superior por la agravante (10 meses y 15 días a 1 año).

<sup>22</sup> Si el orden es: delito continuado, tentativa y agravante de reincidencia. Al marco abstracto (1 a 3 años) le aplicamos la mitad superior por el delito continuado (2 a 3 años), rebajado en un grado por la tentativa (1 a 2 años) y la mitad superior por la agravante (1 año y 6 meses a 2 años).

<sup>23</sup> Si el orden es: delito continuado, agravante de reincidencia y tentativa. Al marco abstracto (1 a 3) le aplicamos la mitad superior por el delito continuado (2 a 3 años), en su mitad superior por la reincidencia (2 años y 6 meses a 3 años) y ésta en un grado menos por la tentativa (1 año y 3 meses a 2 años y 6 meses).

De esta forma, las sentencias que no han seguido la regla mayoritaria han aplicado penas de 1 año y 3 meses o 1 año y 2 meses en el caso del delito de robo con fuerza en las cosas, y en el caso del delito de hurto de 10 meses, en contra de las que han seguido la regla general que la mayoría ha aplicado la pena de 11 meses, respecto del delito de robo con fuerza en las cosas, y 6 meses de las del delito de hurto.



2.2. DELITO DE ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS, DEL ARTÍCULO 240 CP, DELITO DE ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS EN CASA HABITADA, DEL ARTÍCULO 241 CP, EN EL QUE CONCURRE EXIMIENTE INCOMPLETA (ART. 21.1 Y 68 CP), DELITO CONTINUADO (ART. 74 CP) Y AGRAVANTE DE REINCIDENCIA (ART. 22.8ª Y 66.1 REGLA 5ª CP).

Seguiré el mismo procedimiento que en el apartado anterior, identificando la regla mayoritaria y describiendo las penas que se han aplicado.

De las 11 sentencias (sobre delitos de robo con fuerza en las cosas y delito de robo con fuerza en casa habitada) 4 no siguen la regla mayoritaria<sup>24</sup> (las que aplican otro orden representan el 36% de las sentencias encontradas).

---

<sup>24</sup> Véase p. 14. Ésta es aplicar primero el delito continuado, después la agravante de reincidencia y finalmente la eximente incompleta.



La consecuencia es que las que utilizan la regla mayoritaria, que es aplicar la eximente incompleta (-1 grado) en último lugar, han adoptado penas más gravosas y por lo tanto menos beneficiosas para el reo.

Y esto es así porque, respecto del delito de robo con fuerza en las cosas:

- A. La pena máxima de aplicar primero la eximente incompleta es de 1 año<sup>25</sup>.
- B. La pena máxima de aplicar en segundo lugar la eximente es de 2 años<sup>26</sup>.
- C. La pena máxima de aplicar por último la eximente es de 2 años y 6 meses<sup>27</sup>.

Es decir, se produce la misma situación que con la tentativa. El resultado de estas operaciones determina que cuando la eximente que rebaja en un grado se aplica en primer o segundo lugar, los límites tanto mínimo como máximo del marco final son más cercanos y más leves, con lo que la pena a aplicar era menos gravosa que si se aplicaba la regla general.

---

<sup>25</sup> Aplicando sobre el marco abstracto (1 a 3 años) la eximente incompleta que rebaja en 1 grado (6 meses a 1 año), después en su mitad superior por la continuidad (9 meses a 1 año) en su mitad superior por la agravante de reincidencia (10 meses y 15 días a 1 año).

<sup>26</sup> Se sube el marco abstracto en su mitad superior (2 a 3 años), reducido en 1 grado por la eximente (1 a 2 años) y en su mitad superior por la agravante de reincidencia (1 año y 6 meses a 2 años).

Así pues, la pena que han aplicado las sentencias que resolvían conforme la regla general era normalmente, en el delito de robo con fuerza en las cosas de 1 año y 3 meses, y en el delito de robo con fuerza en casa habitada (cuando la eximente rebajaba en 2 grados) de 1 año y 3 meses.

En cambio, cuando aplicaban un orden distinto a la regla general, la pena era menor: a) en el delito de robo con fuerza las penas aplicadas han sido de 1 año de 9 meses y de 10 meses y 15 días; y b) en el delito de robo con fuerza en casa habitada se ha aplicado la pena de 1 año de prisión.



2.3. DELITO DE HOMICIDIO, DEL ARTÍCULO 138 CP, EN EL QUE CONCURRE TENTATIVA (ART. 16 Y 62 CP), EXIMENTE INCOMPLETA (ART. 21.1 Y 68 CP) Y ALGUNA AGRAVANTE (ART. 22 Y 66.1 REGLA 3ª CP).

De las 24 sentencias de homicidio analizadas, 5 de ellas han utilizado un orden distinto a la regla general<sup>28</sup>. Estas 5 sentencias representan el 21 % de todas las sentencias encontradas.

---

<sup>27</sup> El marco abstracto en su mitad superior por la continuidad delictiva (2 a 3 años), aplicando la mitad superior por la agravante (2 años y 6 meses a 3 años) rebajando en 1 grado por la eximente incompleta (1 año y 3 meses a 2 años y 6 meses).

<sup>28</sup> Véase p. 22. La regla general es aplicar tentativa, eximente y agravante.



En este supuesto, ha sucedido una situación inversa a los dos grupos anteriores, ya que en los grupos previos el aplicar la eximente o tentativa que rebajaban en 1 grado en primer lugar comportaba que la pena final tenía un límite máximo y mínimo menor que cuando se aplicaban en un momento posterior. Sin embargo, en cuanto al delito de homicidio, aunque al aplicar la eximente o tentativa en un primer momento se obtenía un límite máximo menor, el límite mínimo sin embargo se mantenía o era superior.

El límite máximo del marco penal del delito de homicidio es de:

- 1- Cuando la agravante se aplica al final, 2 años y 6 meses (si la tentativa o la eximente rebaja en 2 grados) o de 5 años (si la tentativa y eximente rebajan en 1 grado)<sup>29</sup>.
- 2- Cuando la agravante se sitúa en segundo lugar, 3 años y 9 meses (si la tentativa o eximente rebaja en 2 grado) o 7 años y 6 meses (si la tentativa y eximente rebajan en 1 grado)<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> De aplicar la tentativa en primer lugar sobre el marco abstracto (10 a 15 años) rebajado en 1 grado (5 a 10 años), reducido en 1 grado por la eximente (2 años y 6 meses a 5 años) y aplicando la mitad superior por la agravante (3 años y 9 meses a 5 años).

<sup>30</sup> La tentativa en primer lugar (5 a 10 años) aplicando la mitad superior por la agravante (7 años y 6 meses a 10 años) y un grado menos por la eximente incompleta (3 años y 9 meses a 7 años y 6 meses).

- 3- Cuando la agravante se aplica en primer lugar, 3 años y 1 mes (si la tentativa o eximente rebaja en 2 grados) o de 6 años y 3 meses (si la tentativa y eximente incompleta rebajan en 1 grado)<sup>31</sup>.

Cuando se ha resuelto en atención a la regla general la mayoría de sentencias han aplicado una pena de 4 años (cuando la tentativa y la eximente han rebajado en 1 grado). En los otros casos que no aplicaban la regla general, en los que tanto la tentativa como eximente rebajaban en 1 grado, las penas aplicadas han sido de 3 años y 6 meses y 3 años.



---

<sup>31</sup> Apreciando la mitad superior sobre el marco abstracto por la agravante (12 años y 6 meses a 15 años), rebajada en 1 grado por la tentativa (6 años y 3 meses a 12 años y 6 meses) y en un grado menos por la eximente incompleta (3 años y 1 mes a 6 años y 3 meses).

### 3. SENTENCIAS QUE CORROBORAN LAS HIPÓTESIS

A continuación voy a exponer diversas sentencias en las que se ha cuestionado y denunciado el orden en que se ha procedido a la concreción del marco concreto de la pena abstracta y que evidencian la falta de criterio común sobre el orden de determinación legal de la pena.

#### 3.1. AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA (SECCIÓN 8ª) SENTENCIA 522/2011 DE 8 DE JULIO

Se interpuso un recurso de apelación contra la Sentencia de instrucción en el que se impugnaba, entre otros motivos, la individualización penológica realizada para el delito de robo con violencia del art. 242.1 CP. La juzgadora de la Audiencia resuelve así en el Fundamento Quinto

*“Por un lado, al sancionarse el delito de robo con violencia del artículo 242.1 del Código Penal se tomó la pena del delito consumado para proyectar sobre ella los efectos previstos en el artículo 66.1.3ª del Código Penal por la concurrencia de la agravante genérica apreciada, de abuso de superioridad, y desde la pena así calculada en su mitad superior, operar después la rebaja prevista en el artículo 62 del mismo Código , que viene impuesta por la imperfección delictiva apreciada en forma de tentativa acabada, llegando con ello a una pena de tres años de prisión que no puede ser admitida para el delito cometido.*

*Así, las reglas penológicas del artículo 66 únicamente podrán ser proyectadas sobre la pena marco prevista para el delito cometido, en este caso un robo con violencia en grado de tentativa, de tal forma que deberá procederse a la rebaja de pena impuesta por el artículo 62 del Código Penal, antes de individualizar la pena del autor a partir de las circunstancias genéricas que hayan podido estar presentes en su acción típica”.*

Es decir, confirma que se ha aplicado un orden incorrecto en la individualización de la pena –la sentencia recurrida aplica la tentativa después de la agravante- y procede a la corrección aplicando la tentativa en primer lugar. La consecuencia de esto es la rebaja de un grado del marco abstracto del art. 242.1 CP que va de 2 a 5 años y la aplicación la mitad superior al marco resultante de 1 a 2 años de prisión. Impone finalmente la pena de 1 año y 10 meses de prisión (1 año y 2 meses menos que la anterior pena).

3.2. AUDIENCIA PROVINCIAL DE TARRAGONA (SECCIÓN 2ª)  
SENTENCIA 667/2007 DE 2 DE OCTUBRE

El recurrente impugna la determinación de la pena alegando que en primer lugar debe determinarse el grado de ejecución delictual y posteriormente determinar las circunstancias modificativas de la responsabilidad. En la sentencia recurrida la pena aplicada es de 1 año resultado de haber partido de la pena prevista para el delito (1 a 3 años de prisión) en su mitad superior como consecuencia de la continuidad delictiva (2 a 3 años de prisión), aplicando ésta asimismo en su mitad superior como consecuencia de la concurrencia de la agravante de reincidencia (2 años y 6 meses de prisión a 3 años), rebajando finalmente dos grados por el grado de ejecución del delito, resultando una pena de 7 meses y 15 días de prisión a un año y 3 meses menos un día de prisión.

A su vez pide la corrección de la pena aplicando un orden diferente al que la juzgadora finalmente impone – entiende que la pena prevista para el delito (1 año y 3 meses de prisión) aplicada en su mitad superior al tratarse de un delito continuado (2 a 3 años) debe realizarse la rebaja correspondiente al grado de ejecución, en este caso dos grados de conformidad con lo aplicado en la sentencia, resultando que la pena a imponer abarcaría un marco de 6 meses a 1 año de prisión, que aplicada en su mitad superior como consecuencia de la agravante de reincidencia, resultaría una pena a imponer de 9 meses a un año de prisión, solicitando que la misma sea individualizada en 9 meses-.

La juzgadora estima la pretensión del Ministerio Fiscal que rebaja el marco abstracto en dos grados por la tentativa en primer lugar y después aplica la continuidad y la agravación, por lo que la pena máxima a imponer sería de 6 meses –

*“Posteriormente debe aplicarse la rebaja de dos grados acogida por el juzgador teniendo en cuenta el grado de ejecución del delito, rebaja de la que resulta una pena de 3 a 6 meses de prisión. Dentro de este marco penológico no procede aplicar imperativamente la mitad superior de la pena como consecuencia de la agravante de reincidencia, pues establece el artículo 66.1.8ª que cuando los jueces o Tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado, podrán hacerlo en toda su extensión, si bien en el presente supuesto, coincidiendo con el criterio expuesto en su informe por el Ministerio Fiscal, estimamos adecuada la pena de 6 meses, teniendo en cuenta que se trata de un delito continuado así como la concurrencia de la agravante de reincidencia”.*

Es destacable en este caso que no es solo una vez que se aplica un orden distinto, sino que es en dos ocasiones que se pretende un diferente orden de determinación de la pena.

## **VI. VALORACIÓN JURÍDICA**

Al tenor de la hipótesis planteada, el hecho de cumplirse ya sea, la desigualdad respecto de las penas aplicadas en supuestos equivalentes o ya sea porque se evidencia de que no existe un orden común para la aplicación de los elementos modificativos de la pena en la determinación de la pena (por lo tanto que provoca la imposición de penas distintas) comporta que se conculquen unos principios. Estos principios que podrían verse vulnerados, y que me limitaré a apuntar seguidamente, son el principio de igualdad (art. 14 CE) y el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

A su vez, la imposición de penas en una sentencia siempre debe ir acompañada de una argumentación razonada por el juez en virtud del deber de motivar las sentencias (art. 9.3 y 120.3 CE). Por ello, es necesaria una concreción de lo exigible al juzgador a la hora de determinar la pena.

### **1. PRINCIPIO DE IGUALDAD**

El principio de igualdad se encuentra recogido en el art. 14 de la CE y garantiza tanto la igualdad de los ciudadanos ante la ley como la igualdad en la aplicación de la ley al caso concreto<sup>32</sup>.

A su vez, este principio, en virtud del lugar en el que se encuentra en la CE (Capítulo Segundo, del Título I) se configura como un derecho inherente a la persona del que, potencialmente, pueden derivar titularidades subjetivas, a la vez que también vincula no sólo a la Administración y al Poder Judicial, sino también al Legislativo. Este carácter *esencial* del mandato de igualdad, determina la posibilidad de interponer recurso de amparo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia

---

<sup>32</sup> Gordillo Santana, Luís. (2006). Los principios constitucionales y las garantías penales en el marco del proceso de mediación penal. *Revista Redur*, nº 4, Universidad de La Rioja, Departamento de Derecho, p.23

y sumariedad y, en su caso, a través del *recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional* (art. 53.2 CE) <sup>33</sup>.

Así mismo, el artículo 53.1 CE, establece la vinculación de *todos los poderes públicos* a los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II, Título I. En este sentido, el artículo 14 CE constituye una exigencia fundamental que determina una política *activa* por parte de los poderes públicos para garantizar su prosecución<sup>34</sup>.

Este principio se materializa como derecho en el momento en que el juez, a la hora de individualizar judicialmente la pena, aplique una pena diferente a la que en un supuesto equivalente en el que concurriesen los mismos elementos modificativos se hubiese aplicado (en nuestro caso de análisis, esa diferencia se derivaría debido al orden en el que el juez hubiese aplicado los elementos y circunstancias modificativas de la pena).

Con base al artículo 14 de la CE, y en conexión a su vez con el art. 24 CE y el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), este principio exige, cuando los supuestos son idénticos, un mismo tratamiento punitivo para todos los sujetos intervinientes. Desde una perspectiva negativa, este principio proscribía el diferente trato sancionador cuando acusados los sujetos por un mismo delito y en un mismo concepto, la sentencia impone las penas en extensión notoriamente diferenciadas<sup>35</sup>.

Respecto de la igualdad en la aplicación de la ley, el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) en los comienzos de su actividad y por un breve período respetaba una versión generosa sobre la base de que a supuestos de hechos iguales debían corresponder

---

<sup>33</sup>. Pérez Luño, Antonio E. (1987). Sobre la igualdad en la Constitución Española. *Anuario de Filosofía de Derecho*, nº 4, Madrid, p. 151.

<sup>34</sup>. Baño León, José M. (1987). La igualdad como derecho público subjetivo. *RAP*, nº 114, septiembre-diciembre, Madrid, pp. 186 y 187.

<sup>35</sup> Llorca Ortega, José. (2004). *Manual de Determinación de la Pena*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 6ª edición, p. 27.

iguales consecuencias jurídicas (Sentencia TC 31/2008, FJ 2)<sup>36</sup>. En este mismo sentido se expresa la Sentencia TS 1160/1997 de 23 de septiembre ( RJ 1990\10076):

*“que no se puede considerar infringido el principio de igualdad por la sola existencia, y en aplicación concreta, de la agravante de reincidencia. La igualdad del artículo 14 de la Constitución no impide que la aplicación de la norma pueda realizarse con las diferencias que la propia Ley determine o autorice. En suma, si los supuestos son idénticos, el tratamiento legal debe ser el mismo para todos, más si son diferentes, la aplicación de la Ley ha de ser forzosamente desigual. Si la Ley prevé una circunstancia especial de agravación en razón de sus antecedentes penales ello no implica desigualdad si la norma establece unos elementos diferenciados para todos por igual...”*.

Sin embargo, el TC ha construido una doctrina respetuosa con la independencia judicial, en el sentido de que para que se considere vulnerado este principio es necesario que se den estos requisitos: a) estar comparando dos casos sustancialmente iguales pero resueltos de forma contradictoria<sup>37</sup>; b) que el órgano judicial que haya dictado tanto la sentencia cuestionada y las precedentes resoluciones sea el mismo<sup>38</sup>; c) que se exprese por parte del que alegue la vulneración exprese de forma clara el término de comparación con el supuesto sustancialmente idéntico; d) la separación injustificada del criterio aplicativo consolidado y mantenido hasta entonces por el órgano jurisdiccional o por el antecedente inmediato y exactamente igual<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> Tribunal Constitucional de España. (2013). Los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad en la Jurisprudencia Constitucional Española. *Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España*, Roma, pp. 25 a 27.

<sup>37</sup> Tal y como apunta el TC, a efectos de realizar el juicio de igualdad, únicamente pueden tomarse en consideración las resoluciones anteriores a la impugnada (SSTC 100/1988, de 7 de junio, F4; 24/1990, de 15 de febrero, FJ 3; 195/2000, de 24 de julio, FJ 5) por ser los que conocidos por los justiciables, les sirven de garantía en razón de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

<sup>38</sup> No sólo como la identidad de la Sala, sino también de la Sección, al considerarse cada una de éstas como órgano jurisdiccional con entidad diferenciada.

<sup>39</sup> El TC subraya que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, es decir, destinado a ser mantenido en el tiempo.

Esta doctrina la recuerda el TC sentencia 31/2008, en el FJ 2 (entre otras muchas, SSTC 117/2004, de 12 de julio, FFJJ 2 y 3; 58/2006, de 27 de febrero, FJ 3):

*“para poder comprobar la **lesión del principio de igualdad** en la aplicación judicial de la ley es preciso que concurran los siguientes requisitos: a) La acreditación de un tertium comparationis, puesto que el juicio de igualdad sólo puede realizarse sobre la **comparación entre la Sentencia impugnada y las precedentes resoluciones del mismo órgano judicial dictadas en casos sustancialmente iguales pero resueltos de forma contradictoria**. b) La **identidad de órgano** judicial, entendiéndose por tal, no sólo la identidad de Sala, sino también la de la Sección, al considerarse cada una de éstas como órgano jurisdiccional con entidad diferenciada suficiente para desvirtuar una supuesta desigualdad en la aplicación de la Ley. Esta exigencia permite valorar si la divergencia de criterio expresada por el juzgador es fruto de la libertad de apreciación del órgano jurisdiccional en el ejercicio de su función juzgadora (art. 117.3 CE) y consecuencia de una diferente apreciación jurídica de los supuestos sometidos a su decisión, o, por el contrario, un cambio de valoración del caso puramente arbitrario, carente de fundamentación suficiente y razonable. c) La **existencia de alteridad** en los supuestos contrastados, es decir, de “la referencia a otro” exigible en todo alegato de discriminación en aplicación de la Ley, excluyente de la comparación consigo mismo<sup>40</sup>. d) Finalmente la **ausencia de toda motivación que justifique en términos generalizables el cambio de criterio**, bien lo sea para separarse de una línea doctrinal previa y consolidada, bien lo sea con quiebra de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició”.*

En este sentido se recoge por la STC 108/2005 (Sala 2ª) de 9 mayo:

---

<sup>40</sup> Así, para que se dé la necesaria concreción, se ha de identificar el sujeto con el que se pretende entablar el agravio comparativo, con expresión de la resolución en que tuvo lugar, y con indicación de lo que se considere trato diferenciado. Por el contrario, no prosperará la impugnación si se formulan alegaciones genéricas abusivas al usus fori o a “la práctica común de los Tribunales” (sentencia 26 de julio de 1995).

*“Ha señalado el supremo intérprete de nuestro Texto Fundamental, el Tribunal Constitucional, que para que se dé una vulneración del principio de igualdad en la aplicación jurídica de la Ley es preciso que concurran, al menos tres requisitos: que las resoluciones contradictorias provengan del mismo órgano judicial, que los supuestos en ella resueltos guarden, entre sí, una identidad sustancial y, por último, que la resolución en que se produce un cambio de criterio no ofrezca la fundamentación adecuada que justifique dicho cambio, a fin de excluir tanto la arbitrariedad como la inadvertencia de los justiciables -Sentencia 266/1994, de 3 octubre ( RTC 1994\266)-.*

Como también se desprende de esa misma doctrina, la razón de ser de estas exigencias es que el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, en conexión con el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), obliga a que un mismo órgano jurisdiccional no pueda cambiar caprichosamente el sentido de sus decisiones adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente iguales sin una argumentación razonada de dicha separación que justifique que la solución dada al caso responde a una interpretación abstracta y general de la norma aplicable y no a una respuesta *ad personam*, singularizada.

En su vertiente negativa, significa que no podrá apreciarse la lesión de este derecho fundamental cuando el cambio de criterio responda a una vocación de generalidad, ya sea porque en la resolución se explicitan las razones que lo motivan o porque así se deduzca de otros elementos de juicio externos, como pueden ser significativamente posteriores pronunciamientos coincidentes con la línea abierta en la Sentencia impugnada, que permitan apreciar dicho cambio como solución genérica aplicable en casos futuros y no como fruto de un mero voluntarismo selectivo frente a casos anteriores resueltos de modo diverso (Véase la STC 31/2008, FJ 2).

Para poder entender vulnerado el principio de igualdad en las sentencias aquí analizadas, sería necesario que concurriesen cada uno de los requisitos que recoge el TC en su doctrina antes enumerados. Sin embargo, en el presente trabajo no ha sido éste el objetivo principal, ya que se ha prescindido de la necesidad de comparar sentencias con identidad de órgano.

Así que, en sentido estricto, si comparamos las distintas sentencias analizadas, no podríamos hablar de una efectiva vulneración del principio de igualdad. Básicamente se ha querido dar a conocer y demostrar que estas situaciones de desigualdad, que se crean por la aplicación de penas distintas para supuestos equivalentes, pueden estar ocurriendo en la realidad práctica de los tribunales.

## **2. PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA**

La definición teórica del principio de seguridad jurídica que sigue en las siguientes líneas no ha pretendido abarcar todas y cada una de las dimensiones del mismo. Es más, su delimitación se ha reducido a la más concreta manifestación que tiene este principio en relación con la determinación y aplicación de la pena. ARCOS RAMÍREZ ya se hace eco de la dificultad que supone recoger en una definición unitaria la pluralidad de significados con los que la seguridad jurídica ha sido asociada.<sup>41</sup>

Soy consciente de que un análisis de la seguridad jurídica en su totalidad no forma parte de mi trabajo sino de uno con un objeto más amplio.

### **2.1. CONTENIDO**

No existe una definición unitaria y pacífica de la seguridad jurídica proclamada en el art. 9.3 CE (debido tanto a la pluralidad de significados, a la obviedad de sus exigencias, como a su degradación política y teórica) pero se han identificado dos formas básicas de referirse a ella: la primera como una seguridad jurídica *a través* del Derecho (seguridad desempeñada por el Derecho como proyección en el orden jurídico de la idea general de seguridad) y la segunda como una seguridad jurídica *del y frente* al Derecho (no porque tenga en el Derecho su origen, sino porque se predica del propio Derecho). La primera

---

<sup>41</sup> Arcos Ramírez, Federico. (2000). *La seguridad jurídica. Una teoría formal*. Madrid, Dykinson, p. 7.

permite a sus destinatarios saber a qué atenerse respecto a aquellas realidades que son objeto de sus normas La segunda seguridad se presenta como una garantía de su eficacia, de su racionalidad interna y, fundamentalmente como medio para evitar lesiones a la libertad y la dignidad de los sujetos de Derecho y permite a sus destinatarios saber a qué atenerse respecto al mismo Derecho gracias a principios de publicidad, claridad, irretroactividad, etc. <sup>42</sup>.

Más concretamente, en el derecho penal, que tiene por finalidad la reestabilización del orden social a costa de culpable, en razón de la infracción cometida (gravedad del hecho y culpabilidad del agente), esta protección no puede llevarse a cabo con criterios de justicia si no se respetan unos principios que actúan como límites. En este caso el principio de seguridad jurídica actúa como un principio restrictivo al abuso de poder, pues una vez contenida la pena en la ley, los ciudadanos pueden saber el límite máximo de sanción que puede aplicarse en su caso en función de la gravedad del hecho cometido<sup>43</sup>. De esta forma sigo a ARCOS RAMÍREZ en que la concepción que completa el significado de la seguridad jurídica es la segunda pues es aquella seguridad para el individuo frente al Derecho lograda a través el mismo Derecho, cuyo fin es otorgar al ciudadano un sentimiento de confianza respecto a ese Derecho.

Por eso la seguridad jurídica está vinculada a la legalidad penal. Es así que BECCARIA ya definía que *el principio de legalidad persigue el sometimiento del Estado a la ley, la garantía de la seguridad jurídica como parte de los derechos fundamentales de la persona humana*.

Ha sido señalado por el TC que todas estas garantías que se desprenden del principio de legalidad penal están relacionadas con el principio de seguridad jurídica y ha proclamado que este valor de seguridad jurídica debe entenderse incorporado al ámbito sancionador a través de la previsión del art. 25.1 CE (derecho fundamental a la legalidad penal) aun cuando no aparezca expresado específicamente, pues es esta nota de respeto a la

---

<sup>42</sup> Arcos Ramírez, Federico. (2000). *La seguridad jurídica. Una teoría formal*. Madrid, Dykinson, pp. 3-16.

<sup>43</sup> Sánchez-Ostiz, Pablo. (2013). Lección III. Límites del Derecho Penal. *Área de Derecho Penal de la Universidad de Navarra*, pp. 44 y 45.

seguridad jurídica la que da sentido constitucional a la aplicación de las normas sancionadoras<sup>44</sup>.

El principio de legalidad presupone: a) que toda imposición de pena ha de estar establecida en la ley (*nulla poena sine praevia lege*) (P.A. FEUERBACH); b) que como condición para la imposición de una pena es la existencia de una acción prohibida o delito (*nulla poena sine crimine*); c) que la condición del delito es una pena establecida en la ley (*nullum crimen sine poena legali*). Así pues se resume en que derivada de la legalidad, el ciudadano cuenta con unas garantías (protección) frente al ejercicio de *ius puniendi*: *garantías legales*, en el sentido de que deben ser claras precisas, escritas, estrictas y retroactivas y *garantías formales* referidas tanto a la determinación de los órganos que elaboran las leyes como los órganos encargados de aplicarlas<sup>45</sup>.

Lo primordial es que el legislador debe determinar con el máximo de claridad y coherencia estos criterios, para así poner coto a la arbitrariedad, y a la inseguridad y falta de certeza derivadas de ella. Lo cuestionable no es en sí la existencia de variadas alternativas sino la claridad en la determinación y delimitación de los criterios de aplicación conforme a la finalidad de cada una de ellas. Esto es denominado la regla de la taxatividad, en el sentido que la descripción legal de infracciones y sanciones ha de ser precisa, sin dar lugar a ambigüedades<sup>46</sup>.

“El principio de seguridad jurídica se cumple con el estricto acatamiento del principio de legalidad en lo que concierne a la certeza y concreción de las leyes que describen los delitos a los que asocian sanciones penales, renunciando a las cláusulas abiertas, imprecisas u oscuras”<sup>47</sup>. De este modo, el ciudadano puede actuar libremente sabiendo qué está

---

<sup>44</sup> Salàs Darrocha, Josep Tomàs. (2005). Derecho fundamental a la legalidad penal: Jurisprudencia Constitucional y consideraciones críticas. *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales núm. 10/2005 parte Artículo*, Pamplona, Aranzadi.

<sup>45</sup> Quintero Olivares, Gonzalo. (2009). *Parte General del Derecho Penal*. Navarra: Aranzadi, 3ª edición, pp 46 a 54.

<sup>46</sup> Sánchez-Ostiz, Pablo. (2013). Lección III. Límites del Derecho Penal. *Área de Derecho Penal de la Universidad de Navarra*, pp. 41 a 44 y 46 a 49.

<sup>47</sup> Quintero Olivares, Gonzalo. (2009). *Parte General del Derecho Penal*. Navarra: Aranzadi, 3ª edición, p 55.

penado y las respectivas sanciones, evitando la arbitrariedad que derivaría de supuestos o sanciones no previstos en la ley o de decisiones judiciales dictadas al margen de esta.

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre este principio de legalidad y seguridad jurídica. En el Caso Achour contra Francia el Tribunal se debe pronunciar si ha habido no respeto al principio de legalidad de los delitos y las penas, y concretamente indagar si, el texto de la disposición legal reunía las condiciones de accesibilidad y previsibilidad. Al respecto, en la sentencia 2006/23 de 29 de marzo que resuelve este caso establece:

*“No hay duda, por tanto, de que el demandante podía prever que cometiendo un nuevo delito antes del 13 de julio de 1996, fecha del vencimiento del plazo legal de diez años, corría el riesgo de que se le condenase como reincidente y se le impusiese una pena de prisión y/o una multa susceptible de ser duplicada. Estaba pues en condiciones de prever las consecuencias legales de sus actos y adaptar a ello su comportamiento. [...] En todo caso, la condición de «previsibilidad» de la Ley no se opone a que la persona implicada tenga que recurrir a asesores para evaluar, hasta un grado razonable en las circunstancias del caso, las consecuencias que pudieran resultar de un acto determinado (ver, entre otras, Sentencia Cantoni [ TEDH 1996, 58] , previamente citada, pg. 1629, ap. 35).”*

Y concluye:

*“Teniendo en cuenta lo que antecede, el Tribunal considera que tanto el derecho de origen jurisprudencial como el derecho de origen legislativo eran «previsibles» en el sentido del artículo 7 del Convenio ( RCL 1999, 1190 y 1572).”*

Así pues, el TEDH configura el elemento de previsibilidad como presupuesto para que se haya vulnerado este principio de legalidad y seguridad jurídica. En nuestro caso, la inexistencia de un orden supone que los ciudadanos no puedan conocer de forma fehaciente qué pena se les va a imponer, es decir, el CP carece de esa previsibilidad de la que alega el TEDH.

Sobre el juez recae el deber de juzgar (art. 24 CE), de modo que al aplicar la Ley, no pueden prevalecer razones de humanidad y por lo tanto contra menos vaguedad en la determinación de la pena menos riesgo de que se apliquen penas diferentes por casos iguales en razón de criterios particulares de juez. Aunque la ley permite cierta discrecionalidad a la hora de individualizar la pena, ya que cada caso concreto pueden concurrir circunstancias personales diferentes y por ello otorga ciertos márgenes que deben ser pues claros y precisos, que no den lugar a duda alguna.

Desmarcándose del estricto concepto de seguridad jurídica que presupone que las leyes establezcan y regulen de forma clara y no dejen margen de indeterminación, ARCOS RAMÍREZ considera que “no existe una legalidad que garantice siempre una respuesta cierta, previsible y que elimine cualquier margen de apreciación y posible arbitrariedad por parte del juez”<sup>48</sup>.

Por lo tanto, la seguridad jurídica, entendida como la certeza de lo establecido en la ley y la previsibilidad de las decisiones judiciales, ha quedado cuestionada y es por eso que pasaría a ser una seguridad jurídica dependiente del procedimiento (garantía de un proceso en el que se puedan controlar las decisiones jurídicas arbitrarias). La seguridad jurídica se convierte en la exigencia de publicidad, racionalidad, justificación, argumentación, etc., para evitar la arbitrariedad en las resoluciones judiciales, y todo esto sin perjuicio de que puede haber normas indeterminadas o falta de previsibilidad de las decisiones judiciales.

## 2.2. ¿EXISTENCIA O INEXISTENCIA DE UN ORDEN PREDETERMINADO PARA LA FIJACIÓN DEL MARCO CONCRETO DE LA PENA?

El principio de seguridad jurídica aplicado a la individualización de la pena se traduce en que si el CP no establece un orden claro para determinar el marco concreto de la pena existe el riesgo de infringir los principios de justicia e igualdad, en la medida en que unos

---

<sup>48</sup> Arcos Ramírez, Federico. (2000). *La Seguridad Jurídica. Una teoría formal*. Madrid: Dykinson, pp. 325 y 326.

mismos supuestos, con mismas circunstancias criminales y personales, puedan ser penados de forma distinta.

Ya ha sido probado anteriormente que se han dado casos en los que aplicando un orden distinto del que en teoría sería el aceptado mayoritariamente, ya sea porque en el CP se establezca de forma implícita o ya sea porque así se ha asumido por la doctrina jurisprudencial, la pena aplicada es diferente y por lo tanto se trata de forma distinta a casos en los que concurren las mismas circunstancias penales. Por ello, querría dilucidar si el CP recoge explícitamente un orden a la hora de determinar la pena.

Cabe recordar la posición de MOLINA FERNÁNDEZ sobre esta cuestión describiéndolo como “el problema del orden en la aplicación de las reglas de determinación” y apunta que “el sistema de reglas que sigue el Código para la determinación legal de la pena es muy sensible al orden en el que dichas reglas se apliquen, y que el marco concreto de la pena, puede variar muy notablemente según sea la secuencia de las diversas operaciones de elevación o disminución en grado y división de la pena en dos mitades que resulten de las disposiciones de las diversas reglas relativas a grado de ejecución, participación, circunstancias, concursos y error de prohibición”<sup>49</sup>.

Por lo tanto, es imprescindible fijar el orden en el que el juez debe practicarlas, pero ello se ve dificultado por diversos de problemas. Como he comentado anteriormente, el CP no se pronuncia expresamente sobre este aspecto y podríamos hablar tanto de silencio legal ante el orden de determinación de la pena como de un orden implícito establecido en el orden en el que los artículos sobre las reglas de determinación están dispuestos en él. Otro problema sería la existencia de situaciones en las que no hay ninguna razón material para preferir un orden a otro, pero el efecto sobre la pena es dispar, lo que obliga a adoptar una decisión arbitraria, pero con efectos sobre la pena que sufre el demandado.

Así pues, voy a comparar cada uno de los órdenes establecidos tanto por la jurisprudencia, la doctrina como el orden implícito del CP.

---

<sup>49</sup> Molina Fernández, Fernando. (2011). *Memento Práctico Penal*. Francis Lefebvre, p. 491

De acuerdo con el criterio de la jurisprudencia, que en sucesivas ocasiones ha fijado cómo el juez ha de proceder a esta individualización, el orden dependerá:

*“considerando que el legislador, al establecer el marco penal abstracto, ya ha valorado la naturaleza del bien jurídico afectado y la forma básica del ataque al mismo,: a) en primer lugar, de la **intensidad del dolo, -y si es directo, indirecto o eventual- o, en su caso, del grado de negligencia imputable al sujeto, en delitos imprudentes;** b) En segundo lugar, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá de las circunstancias concurrentes en el mismo, que sin llegar a cumplir con los requisitos necesarios para su apreciación como circunstancias atenuantes o agravantes, ya genéricas, ya específicas, **modifiquen el desvalor de la acción o el desvalor del resultado de la conducta típica;** c) En tercer lugar, habrá que atender a la **mayor o menor culpabilidad -o responsabilidad- del sujeto, deducida del grado de comprensión de la ilicitud de su comportamiento (conocimiento de la antijuridicidad del grado de imputabilidad y de la mayor o menor exigibilidad de otra conducta distinta);** d) Y en cuarto lugar, habrá que tener en cuenta la mayor o menor gravedad del hecho **mal causado por el injusto culpable y la conducta del reo posterior a la realización del delito, en orden a su colaboración procesal y su actitud hacia la víctima y hacia la reparación del daño, que no afectan a la culpabilidad, por ser posteriores al hecho, sino a la punibilidad.**” (STS 2-06-09; STS 11/2011 de 1-02 i SP BCN 8/2013).*

En cuanto a la doctrina, destaco el criterio utilizado por MOLINA FERNÁNDEZ a la hora de determinar el orden de la individualización legal de la pena, que viene marcado por la teoría del delito de los diferentes elementos de la responsabilidad penal:

- 1) Primero, tomar en consideración si ese hecho es contrario al Ordenamiento, o lo que es lo mismo, si es antijurídico<sup>50</sup>.

---

<sup>50</sup> Cuando nos referimos a estas situaciones desde el punto de vista del agente, hablamos de normas permisivas; y cuando nos referimos a ellas desde el punto de vista del juez que aplica la ley en cuestión y valora el hecho, hablamos de causas de justificación (art. 20.4.º, 5.º y 7.º CP).

2) Posteriormente, si ese hecho antijurídico es además atribuido a ese sujeto a título de reproche (el agente es culpable)<sup>51</sup>.

3) A continuación, los que afectan a otros elementos de la punibilidad.

4) Finalmente, los concursos de infracciones.

Según el citado autor, ante la ausencia de una decisión legal, a través de esta teoría del delito se puede extraer un orden básico:

1) Determinación de marco penal abstracto del delito en la Parte Especial antes que el marco concreto que resulta de aplicar las reglas de la Parte General. Debe añadirse el supuesto singular del delito continuado patrimonial (incluyendo el delito masa), ya que en estos casos el tipo de la Parte Especial a aplicar depende del perjuicio total causado, por lo que las infracciones singulares se diluyen en una única infracción global. Así, primero ha de calcularse la pena correspondiente al delito continuado<sup>52</sup>.

2) Determinación de marco penal concreto de cada delito o falta, de acuerdo con las reglas generales de los arts. 61 a 72:

1- Deben tener prioridad las reglas relativas al grado de ejecución y participación. Ambas tienen igual valor y es indiferente empezar por una u otra ya que en este caso el resultado final es idéntico.

---

<sup>51</sup> Puede resultar que el agente no sea culpable: o bien por ser *inimputable* (agente padece una anomalía o alteración psíquica; se halla al obrar dominado por un trastorno mental; se halla dominado por una intoxicación de drogas o alcohol (art. 20.1.º-3.º CP) o menores de 18 años); o bien por *desconocer el contenido* de la norma (error de prohibición vencible (art. 14.3 CP)); o bien por *no serle exigible* obrar conforme a la norma, a pesar de que la conoce (miedo insuperable (cfr. art. 20.6.º CP)). Se interrumpe entonces la imputación. Es decir, aunque el hecho sea antijurídico, su agente no es culpable.

<sup>52</sup> En este sentido, véase Ruiz de Erenchun Arteché, Eduardo. (2005). *El Sistema de Penas y las Reglas de Determinación de la Pena tras las Reformas del Código Penal de 2003*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2ª ed, pp. 129 y 130. “En los delitos patrimoniales el cálculo penológico deberá partir, en principio de la pena señalada por la Ley en su mitad superior” [...] “Sobre esta pena base, así determinada, operarán las reglas de individualización derivadas del delito específico de que se trate, del concurso de delitos, del grado de ejecución o de las formas de participación, tal y como señalan las SSTs de 16 de julio de 1992 (RJ 1992, 6646), 31 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9230), 8 de mayo de 1998 (RJ 1998, 3439) y 12 de febrero de 1999 (RJ 1999, 855).

- 2- En el mismo nivel que los anteriores hay que situar la determinación de la pena en caso de error de prohibición vencible (Art. 14.3 CP) y eximentes incompletas (art. 68 CP). También aquí el orden es indiferente.
  - 3- Por último deben aplicarse las reglas del art. 66.1 para el resto de circunstancias agravantes y atenuantes. Entre ellas no hay un orden preestablecido, pero la manera en que se han configurado legalmente impide los conflictos: cada una de las reglas se aplica a situación que excluye la aplicación de las otras.
- 3) Aplicación de las reglas especiales para los concursos.

Por otro lado si tuviéramos que seguir el orden implícito recogido en el CP, el orden sería el siguiente:

- 1) Reglas relativas al grado de ejecución y participación (arts. 61 a 65 CP).
- 2) Reglas del art. 66 CP para las circunstancias agravantes y atenuantes.
- 3) Aplicación de las eximentes incompletas (art. 68 CP).
- 4) Las reglas de los concursos (arts. 73 a 78 CP).

Muchas otras formas de aplicar las penas se han apreciado por la jurisprudencia, dejando en evidencia que no hay un concreto orden para la concreción del marco penal de acuerdo con las reglas generales establecidas en el CP, y por lo tanto, hay un vacío legal en cuanto a este tema creando inseguridad en la ciudadanía, pues no se puede tener certeza de la pena que el juez puede imponer. Además, si los ciudadanos y poderes públicos no son conscientes de que el orden en que se apliquen las circunstancias modificativas de la pena es determinante para obtener una pena u otra, no cuestionarán la pena y por lo tanto no podrá ser controlado por una instancia superior en virtud de la interposición de un recurso alegando el cambio de criterio sin la suficiente motivación.

### 3. PRINCIPIO DE MOTIVACIÓN

#### 3.1. INTRODUCCIÓN

Tanto en el artículo 9.3 como el 120.3 de la CE se consagra la interdicción de la arbitrariedad y el deber de motivar las resoluciones judiciales, respectivamente. La idea de motivación se consolida en el CP con el nuevo artículo 72, reformado por la LO 15/2003, que ha introducido de nuevo en el texto punitivo la necesidad de motivación (STS 1099/2004 (Sala II de lo Penal) de 7 de octubre de 2004).

La motivación, en palabras de LANDROVE, supone explicar el porqué del contenido de la resolución judicial y el sentido de dicha decisión, tanto en la concreción de los hechos que se declaran probados como de la pena concreta que se impone, que es la que interesa aquí<sup>53</sup>.

El juez en tanto que sometido al principio de legalidad debe respetar las prescripciones reguladas en la ley, que determina las posibilidades de actuación del juzgador a través de unas reglas racionales y lógicas contenidas en la ley, que permiten controlar la arbitrariedad de la determinación de la pena. Aunque esto no es óbice para impedir que el juez en uso de sus facultades discrecionales otorgadas por nuestro código penal, que deja margen al juez para una vez obtenido el marco penal aplicando las reglas de determinación de la pena, pueda por una parte, aplicar e interpretar las normas y de otra, elegir entre dos o más opciones jurídicamente legítimas aplicables al caso. Pero es gracias a la exigencia de razonar en la sentencia los criterios que se utilizan para concretar una pena que se contribuye a eliminar la arbitrariedad, pues permite controlar que se cumpla la legalidad y, en su caso, la revisión de la Sentencia<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> Landrove Díaz, Gerardo. (2004). La exigencia de motivación en la individualización judicial de la pena. *La Ley*, 22 de junio, pp. 1 a 8.

<sup>54</sup> García Arán, Mercedes. (1981). La prevención general en la determinación de la pena. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pp. 511 a 522.

Esta idea es la recogida en la STS 677/2013 (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 24 septiembre:

*“La legalidad marca la tipicidad del hecho delictivo y su pena, pero ésta racionalmente ha de venir fijada por el legislador dentro de unos límites más o menos amplios, dentro de los cuales "el justo equilibrio de ponderación judicial", actuará como límite calificar de los hechos jurídico y socialmente.*

*Es decir que el **arbitrio judicial es una facultad discrecional del órgano jurisdiccional y según ello, el uso que de él se haga, subiendo o bajando las penas o recorriendo la extensión de cada grado, es algo que solo al Juzgador de instancia compete.** Ciertamente el uso del arbitrio **ha de ser prudente y racional, siendo preciso que nazca del ponderado examen de las circunstancias referidas a los hechos y a los culpables de los mismos, fijadas en cada caso, lo cual, además deberá quedar constatado en la sentencia.** Otra cosa convierte el arbitrio en arbitrariedad, pues el uso de tal preciada facultad, al no hacer de la medida, razón y proposición, se convierte en irracional, desmesurado o desproporcionado, lo que es sinónimo de injusto, adjetivo que debe estar siempre ausente de las actuaciones judiciales.*

*Por ello en la terminología corriente se suele decir que la determinación de la pena depende del arbitrio del Tribunal. Sin embargo, tales expresiones, sin embargo, no se pueden tomar en sentido estricto, dado que en nuestro Estado de Derecho rige la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos ( art. 9.3 CE ). Por lo tanto, el arbitrio de los Tribunales estará en su esencia jurídicamente vinculado, lo que significa que debe ser ejercido con arreglo a los principios jurídicos”.*

### 3.2. DE MENOR A MAYOR EXIGENCIA DE MOTIVACIÓN POR LA JURISPRUDENCIA

El concepto de motivación de la individualización judicial de la pena, es decir, a la fijación de la concreta extensión de pena que el juez ha de imponer en la sentencia al culpable, no había sido entendido de forma tan estricta por la jurisprudencia —y en parte también la doctrina— que hasta hace poco se ha venido manifestando contraria a su revisión en casación por considerar que se trataba de una materia reservada al juzgador de instancia en el ejercicio del arbitrio concedido<sup>55</sup>. La STS 415/1986, de 20 de marzo fue un exponente de este planteamiento, y se pronunció en referencia a la regla 4ª del artículo 61 del CP 1973, para la que:

*“La determinación exacta de la pena corresponde al Tribunal de instancia en el ejercicio de un arbitrio, que si teóricamente no es absoluto, en la práctica sí lo es en cuanto tal determinación, en tanto no rebase el techo legal del grado medio, no es revisable en casación..., y ello porque la labor individualizadora en tanto que el Tribunal de instancia goza de un conocimiento directo de todo el elenco circunstancial —material y personal— coexistente en el hecho, viene encomendado al mismo, atento siempre a los factores criminológicos y objetivos que han de darle pauta y servirle de módulo...”. Y seguía diciendo esta sentencia: “En definitiva, la regla 4.ª del artículo 61 (actual regla 6.ª del artículo 66.1 CP 1995) ofrece carácter mixto, al estar presidida por la fijación de un marco legal intraspasable, y poner luego en manos del Tribunal la determinación exacta de la pena, atento a las circunstancias objetivas y subjetivas que se indican, pudiendo inclinarse por la elección del grado mínimo o del medio, precisando a continuación la magnitud penal imponible”.*

---

<sup>55</sup>Gallego Díaz, Manuel. (2014). Arbitrio y revisión de la individualización judicial de la pena: Evolución jurisprudencial. *Lex Nova*, p. 4.

Esta temprana línea jurisprudencial consideraba que los límites del marco abstracto penal establecido en cada caso por la ley son intraspasables y, consecuentemente, su rebasamiento está sujeto a control casacional por infracción de ley. No lo entendía así respecto de la determinación de la pena exacta o del marco resultante de la aplicación de las reglas legales de determinación -es decir, la individualización judicial de la pena en sentido estricto- que corresponde por entero al juzgador de instancia en el ejercicio de su arbitrio sin que quepa su revisión y control jurisdiccional ante instancias superiores, pues el juzgador, con conocimiento directo de todas las circunstancias tanto materiales como personales concurrentes en el hecho, dispone de una facultad discrecional, personal y privativa, no susceptible de ser revisada en instancias superiores. En la práctica siguiendo esta tradicional jurisprudencia, hasta hace poco, se ha venido reconociendo un arbitrio absoluto para determinar la extensión concreta de la pena dentro de los límites establecidos por la ley sin necesidad, por lo tanto, de que el juez tuviera que motivar en la sentencia la decisión adoptada<sup>56</sup>.

El punto de inflexión, de entender arbitrariedad como discrecionalidad del juez dentro de los márgenes permitidos por la ley a configurar un control casacional de la discrecionalidad sin motivación, lo marca la STS de 25 de febrero de 1989, que contaba ya con algunos otros precedentes, pues inaugura esta nueva tendencia jurisprudencial alertando a los tribunales de instancia sobre la confusión entre discrecionalidad y arbitrariedad y la prohibición de esta última tanto por la Constitución como por la legislación ordinaria, abriendo las puertas al control jurisdiccional de la individualización judicial de la pena. Se establece por la doctrina del TC que la fundamentación en las sentencias de la individualización de la pena se convierte en una exigencia constitucional:

*“Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el deber general de motivación de las sentencias que impone el art. 120.3 C.E., y que se integra en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E. --conforme al cual las decisiones judiciales deben exteriorizar los elementos de juicio sobre los que se basan y su fundamentación jurídica ha de ser una aplicación no irracional*

---

<sup>56</sup> Gallego Díaz, Manuel. (2014). Arbitrio y revisión de la individualización judicial de la pena:

*resulta reforzado en el caso de las sentencias penales condenatorias, por cuanto en ellas el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta con otros derechos fundamentales y, directa o indirectamente, con el derecho a la libertad personas (entre otras muchas, SSTC 43/1997 de 10 de Marzo; 108/2001, de 23 de Abril; 20/2003 de 10 de Febrero; 170/2004, de 18 de Octubre; 76/2007, de 16 de Abril).*

Véase También, por ejemplo, la STC 21/2008, de 31 de enero que proclama que la motivación de las sentencias es un derecho fundamental de las personas que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 concretándose en el derecho a no sufrir indefensión.

Es más, se ha pasado de exigir únicamente la motivación de aquellas decisiones del juzgador sometidas a la ley, a que es esencial motivar aquellas decisiones que el legislador deja al criterio del juez. MOLINA FERNÁNDEZ argumenta que el deber de motivación es especialmente intenso cuando se trata de decisiones en materias sometidas al arbitrio judicial<sup>57</sup>. Como ha indicado el TC en la sentencia 170/2004 de 18 de octubre FJ 2º:

*“El fundamento de extender el deber reforzado de motivación a las decisiones judiciales adoptadas en virtud de la facultad discrecional reconocida al juez penal se encuentra en que el margen de **discrecionalidad del que legalmente goza el juez no constituye por sí mismo justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente por la exigencia de que la resolución esté, motivada, pues sólo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad** (TC 108/2001, 23-4-01, FJ4º)”. De este modo, también en el ejercicio de las facultades discrecionales que tiene reconocidas legalmente el Juez penal en la individualización de la pena, es exigible constitucionalmente, como garantía contenida en el derecho a la tutela judicial efectiva, que se exterioricen las razones que conducen a la adopción de la decisión....”.*

---

Evolución jurisprudencial. *Lex Nova*, p. 5.

<sup>57</sup>Molina Fernández, Fernando. (2011). *Memento Práctico Penal*. Francis Lefebvre, p. 493

Así pues, una vez entendida la motivación como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, y que por lo tanto, los jueces deben motivar sus conclusiones, es necesario establecer el alcance de esta motivación. Hasta dónde el juez queda sujeto a este deber de motivación.

Un acercamiento a dicho alcance se puede obtener de la lectura del art. 72 CP “los Jueces y Tribunales razonaran en la sentencia el grado y la extensión de la pena concretamente impuesta”.

El TC en la sentencia 21/2008 de 31 de Enero acota la motivación a la pena impuesta, obtenida a través del proceso de individualización de la pena:

**“Un deber de motivación que incluye no sólo la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, sino también la pena finalmente impuesta en concreto** (por todas, SSTC 108/2001, de 23 de Abril; 20/2003, de 10 de Febrero; 148/2005, de 6 de Junio; 76/2007, de 16 de Abril”).

También coinciden con esta idea las SSTS 976/2007, de 22 de noviembre y 349/2008, de 5 de junio:

*“La sentencia impugnada no individualiza la pena impuesta en los términos que exige el artículo 120 de la Constitución y los artículos 66 y 72 CP cuando el Tribunal tan sólo alude a la gravedad del hecho y a la proporcionalidad, sin explicar, de forma racional, el concreto ejercicio de la pena impuesta”.*

Según las SSTC 139/2000, de 29 de mayo y 21/2008, de 31 de enero, el derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva en el concreto aspecto de la motivación de la sentencia exige una explicitación suficiente de la concreta pena que se vaya a imponer a la persona concernida (SSTS 534/2009, de 1 de junio, 620/2008, de 9 de octubre y 767/2009, de 16 de julio), por lo que el juez o tribunal debe hacer constar con la suficiente extensión las razones que ha tenido en cuenta en el momento de precisar la consecuencia punitiva (SSTS 809/2008, de 26 de noviembre, 892/2008, de 26 de diciembre, 767/2009, de 16 de julio, 919/2009, de 24 de septiembre).

También lo establecen así las SSTS 93/2012 de 16-2, 632/2011, de 28-6, 11/2010, en 24-2, 665/2009, de 24-6, 620/2009, de 19-10. Al tenor de esta exigencia expresa la STS 1654/1998 de 22 de diciembre:

*“Especialmente con relación a la pena a imponer por las variadas circunstancias concurrentes en el hecho, la doctrina de esta Sala -«ad exemplum», existen muchísimas más, en sus Sentencias 1957/1994, de 10 noviembre (RJ 1994\8898), 582/1995, de 26 abril (RJ 1995\3535), 212/1996, de 8 marzo (RJ 1996\2013), 1366/1997, de 11 noviembre (RJ 1997\7853), 281/1998, de 20 febrero (RJ 1998\1184) y 834/1998, de 12 junio (RJ 1998\5315)- ha recordado con reiteración la conveniencia de una motivación sobre la pena impuesta y su extensión, con explicitación de las razones que la hayan presidido y solución aceptada. La motivación exige en la resolución una fundamentación suficiente para que, a través de ella, se reconozca la aplicación razonable del derecho a un supuesto específico y permitiendo así a un observador imparcial poder conocer cuáles son las razones que sirven de apoyatura a la decisión adoptada, quedando manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad”.*

No obstante, siguiendo al Tribunal Constitucional en la interpretación de los artículos 24 y 120 CE, la doctrina jurisprudencial no exige que las resoluciones judiciales tengan un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado, ni considera que una motivación escueta y concisa o una fundamentación por remisión dejan de ser motivación. (STC 5/1987 27 de enero).

La motivación debe ser tanto más pormenorizada cuanto la pena concreta más se aparte del mínimo previsto en el marco legal. Sobre ello se pronuncian las STS 1 de Marzo de 2006; 22 de Marzo de 2006

*“cuando el órgano judicial se aparta de modo notable del mínimo legalmente establecido, de modo que cuando tal se hace sin argumentación alguna al respecto o cuando la existente viola las reglas de la racionalidad, en estos supuestos es este tribunal*

*de casación quien tiene el deber de suplir este precepto procesal con sus propios razonamientos*<sup>58</sup>”.

No es pacífica la jurisprudencia en la exigencia de fundamentación cuando la pena impuesta es la pena mínima. Hay dos vertientes jurisprudenciales. Una en la que señalan que esta fundamentación es necesaria igualmente si se impone la pena mínima (TS 252/2008 22 de mayo). En otras ocasiones se ha precisado:

*“la imposición del mínimo no precisa de una especial motivación en cuanto que se trata de una ineludible consecuencia de la calificación jurídica de los hechos, previamente establecida”* (STS 919/2009, de 24 de septiembre).

No por el hecho de imponer al reo el mínimo del grado mínimo de la pena legalmente prevista se estará exento de la obligación de motivación, sino que la motivación es necesaria siempre, aun cuando se imponga la pena mínima permitida legalmente, pues ésta no tiene por qué ser la aplicable al caso y ello solo podrá dilucidarse si exista esta motivación<sup>59</sup>.

La falta de motivación no solo se produce cuando el juez ha actuado de forma arbitraria sin respetar las leyes, sino que también se produce cuando la pena impuesta no ha quedado suficientemente fundada, que se puede dar cuando no se describe de forma expresa como ha llegado a obtener la pena.

En este sentido, la STC 139/2000, de 29 de mayo resuelve que se ha vulnerado el derecho a la tutela efectiva por falta de motivación de la sentencia al no expresar la circunstancia que comporta la agravación de la pena:

*“Se trata, sencillamente, de que el órgano judicial ha impuesto una pena que está prevista para los supuestos de estafas agravadas (prisión menor), sin motivar la concurrencia de la circunstancia agravante, con el carácter de muy cualificada,*

---

<sup>58</sup> Molina Fernández, Fernando. (2011). *Memento Práctico Penal*. Francis Lefebvre, p. 493

<sup>59</sup> De la Mata Barranco, Norberto J. (2008). *La Individualización de la Pena en los Tribunales de Justicia. La atención a la finalidad de la pena, la gravedad del hecho y las circunstancias personales del*

*que parece que ha aplicado (la prevista en el art. 529.7 CP, esto es, que la estafa revistiere especial gravedad atendiendo al valor de la defraudación), que es lo que justificaría la imposición de esa pena privativa de libertad, más grave que la prevista para el delito básico de estafa (arresto mayor). Esta ausencia de exteriorización de las razones que llevan al órgano judicial a apreciar la concurrencia de la circunstancia agravante, con el carácter de muy cualificada, que ha aplicado, determina el incumplimiento del deber constitucional de motivación reforzada de las Sentencias penales condenatorias del que antes se ha hecho mención”.*

Entiendo pues que el juzgador debe explicar la concurrencia de las circunstancias modificativas de la pena y cuáles han sido los pasos seguidos para obtenerla, es decir, el orden utilizado a la hora de apreciar cada circunstancia. Por ejemplo, si concurre tentativa, eximente incompleta y agravante, pero el juzgador omite que ha aplicado la mitad superior por la agravante, y la pena final solo puede ser resultado de apreciar la agravante, sería tachada de falta de motivación.



## **VII. CONCLUSIONES**

### **1. ES DETERMINANTE EL ORDEN EN LA INDIVIDUALIZACIÓN LEGAL DE LA PENA**

Una vez obtenidos unos resultados objetivos es más sencillo entender por qué se habla de que en las operaciones de subir o bajar en grado y las de aplicar las mitades, las penas resultantes son diferentes dependiendo del orden en que se realicen.

Únicamente con la operación de bajar en grado el marco abstracto de un tipo penológico y posteriormente subir en grado (con lo que deberíamos quedarnos en el mismo sitio que al principio, pues subir y bajar se anulan) se produce un suceso ilógico, pues el marco penal resultante es diferente del que partimos.

Este mismo efecto ha sido visible en los diversos grupos de sentencias analizadas en atención al orden en que los elementos modificativos de la pena, en el proceso de determinación legal de la pena por el juzgador, han sido aplicados. Dependiendo del orden en que los elementos concurrentes (por ejemplo, tentativa, eximente y agravante), en un mismo presupuesto delictivo, han sido apreciados, el marco penal resultante no ha sido el mismo y, consecuentemente la pena final impuesta ha sido diferente.

Cabe afirmar que es determinante el orden en que se aplican los elementos modificativos de la pena y que no puede dejarse al arbitrio del juez la facultad de escoger ese orden, pues las consecuencias son terriblemente graves: a) se produce vulneración del principio de igualdad, pues dos personas acusadas de un mismo delito en el que han concurrido unos mismos elementos generales modificativos de la pena son juzgadas en base a diferentes sanciones; b) menoscabo del principio de seguridad jurídica, ya que los ciudadanos no pueden saber a ciencia cierta el marco penal resultante.

Además, otro dato sorprendente es que por ejemplo la eximente incompleta es aplicada en un orden distinto respecto a diferentes grupos jurisprudenciales analizados. Esto es, la eximente incompleta que concurre en los delitos de homicidio y la eximente incompleta en los delitos de robo con fuerza en las cosas no se impone en el mismo

momento de la determinación de la pena, sino que en un caso se aplica por delante de la agravante, y en el otro caso se aplica por detrás de la agravante, respectivamente.

## **2. NO EXISTE UN ORDEN EXPLÍCITO EN EL CÓDIGO PENAL QUE SEA APLICADO POR LOS TRIBUNALES**

De lo afirmado anteriormente se desprende que es crucial que exista y se haya fijado un orden taxativo que deban seguir los jueces a la hora de imponer las variables previstas legalmente en torno al grado de ejecución, la diferente participación, la concurrencia de circunstancias modificativas, etc.

El hecho de que haya encontrado sentencias de un mismo grupo jurisprudencial con los mismos elementos, que han aplicado una pena sustancialmente diferente debido al diferente orden aplicado, evidencia que, o bien no se ha establecido realmente el orden en el código, o bien la tradición jurisprudencial ha marcado una pauta para aplicar un orden determinado pero que no ha sido acogido como vinculante.

Hay autores que consideran que el orden está implícito en el CP cuando se recogen las reglas de la determinación de la pena. Según el orden en el que se describe cada elemento en artículo éste corresponde al orden en que debe ser aplicado. Esta concepción, sin embargo, debe ser refutada. De acuerdo con los resultados obtenidos, las reglas mayoritarias de la determinación legal de la pena no coinciden con el orden implícito del CP. Sería inconcebible que la mayoría de los juzgados estuviesen incumpliendo la ley y en consecuencia, estuviesen vulnerando el principio de legalidad.

Lo que denuncio aquí es el vacío tanto jurisprudencial como legal sobre este asunto. No ha habido forma de encontrar doctrina o jurisprudencia que se pronuncie sobre el orden de aplicación de las reglas de determinación de la pena.

Como aportación particular, considero que sería necesaria una regulación expresa en el CP del orden que debe ser utilizado a la hora de determinar la pena, que evitaría sentencias contradictorias y facilitaría el control judicial de las sentencias.

### 3. VÍAS PARA CONTROLAR EL ARBITRIO JUDICIAL

Una vez identificado el perjuicio que puede derivarse del uso de un determinado orden en la individualización legal de la pena, existen diversas vías para instar una revisión de la sentencia. Los ciudadanos pueden interponer tanto el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) como el recurso ordinario para revisar la sentencia por un tribunal superior. También, el juez tiene la posibilidad de alzar ante el TC una cuestión de inconstitucionalidad si considera que la falta de un orden en el CP puede vulnerar la CE.

#### 3.1. RECURSO DE AMPARO FRENTE AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Cuando el juez se excede de sus facultades, ya sea porque no aplica correctamente la ley (tiene el deber de conocerla, en virtud del principio *iuris novit curia*) o porque en sus resoluciones no fundamenta su argumentación jurídica (tiene el deber de motivar las sentencias, art. 120.3 CE) la CE prevé una garantía última para salvaguardar los derechos reconocidos por la CE, concretamente los derechos fundamentales de la Sección primera del Capítulo segundo del Título primero de la CE.

El art. 53.2 CE establece la protección del art. 14 CE así como todos los derechos recogidos en la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el TC.

Tal y como he comentado anteriormente, el art. 14 CE en su vertiente de derecho a la igualdad en la aplicación de la ley está amparado por este procedimiento, más rápido y protector. Así pues, cuando sentencias que resuelvan sobre un mismo presupuesto delictivo en el que concurren los mismos elementos modificativos de la pena, apliquen penas diferentes, no debido a la valoración de las circunstancias personales del reo sino por la utilización de un diferente orden a la hora de concretar el marco abstracto de la pena, estaremos delante de una flagrante vulneración del art. 14 CE. Podremos pues acudir al TC para que restituya esa desigualdad.

En este caso, la igualdad pretendida se valora y requiere respecto al orden en que se proceda a determinar el marco concreto de la pena mediante las reglas recogidas en el CP (pues consiste en aplicar criterios objetivos y generales).

Sin embargo, el alto tribunal se puede encontrar con un problema serio y preeminente si el criterio de aplicación de un orden en la determinación del marco concreto de la pena no es unánime, o si más no, no existe un orden prefijado en una norma o consolidado en la doctrina jurisprudencial.

Considero que aunque de las averiguaciones realizadas se desprende que existe una regla general, para cada grupo de jurisprudencia, ello no impide que se pueda aplicar un orden distinto pues esta regla general no se encuentra recogida en ninguna norma, y por lo tanto no puede ser ni conocida ni controlada por los particulares o profesionales jurídicos. Esto pone en cuestión los principios de legalidad y seguridad jurídica, principios vertebradores del Estado de Derecho.

Por otro lado, cuando se entiende vulnerado es el art.120.3 CE conectado con el art. 72 del CP, pues la sentencia no motiva suficientemente el proceso realizado para obtener la pena impuesta, se entenderá lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

El art. 24.1 CE establece que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales y, aunque se trate de un principio general, abundante jurisprudencia ha establecido que dentro de su contenido se encuentra al derecho a una resolución fundada en derecho y, por tanto, se trata de un derecho fundamental susceptible de ser defendido mediante recurso de amparo. Esta conexión del deber de motivación y el derecho a la tutela judicial efectiva se reconoce en la STC 192/2003 de 27 de octubre cuando señala que:

*“[...] el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva «exige que las resoluciones judiciales al decidir los litigios sean fundadas en Derecho» [...] lo que significa, como hemos advertido en la STC 184/1992 (...) reiterando consolidada doctrina de este Tribunal, que «una aplicación de la legalidad que*

sea arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no puede considerarse fundada en Derecho y lesiona, por ello, el derecho a la tutela judicial (...)”.

En virtud de lo expuesto, y ante la falta de motivación de la concreta pena impuesta, se reconoce la garantía de acudir al TC a través el recurso de amparo en base a la lesión de la tutela judicial efectiva:

*“Las **exigencias inmediatas que cumple dicha exigencia de motivación son**, de un lado, exteriorizar las reflexiones que han conducido al fallo como factor de racionalidad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional , que paralelamente potencia el valor de la seguridad jurídica, de manera que sea posible lograr el convencimiento de las partes en el proceso respecto de la corrección y justicia de la decisión; de otro, **garantizar la posibilidad de control de la resolución por los Tribunales superiores mediante los recursos que procedan , incluido este Tribunal a través del recurso de amparo** ( SSTC 55/1987, de 13 de mayo , F. 1; 22/1994, de 27 de enero , F. 2; 184/1995, de 12 de diciembre , F. 2; y 47/1998, de 2 de marzo , F. 5, entre otras)”*

### 3.2. CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

La facultad que es otorgada a los ciudadanos cuando consideren que les es vulnerado un derecho fundamental de la CE no acaba con la posibilidad de obtener una decisión del TC sino que aparece la figura de la cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 CE y 35 LOTC) destinada a los jueces y tribunales.

La diferencia entre ellas dos, fundamentalmente es el alcance de la decisión del TC, pues la declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad en el primer caso solo tiene vinculación en el caso concreto que se denuncia, en cambio en la cuestión se da la posibilidad de que la efectiva revisión de la Ley cuestionada con un alcance general y no solo para el caso particular.

Así pues, para que el TC pueda decidir sobre la falta de regulación sobre el orden en la determinación de la pena que afecta a principios constitucionales, los jueces y tribunales pueden presentar la cuestión de inconstitucionalidad (una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia), que será analizada a continuación.

### **3.2.1. El objeto de control de la cuestión de inconstitucionalidad**

La previsión del art. 163 CE, “cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución”, permite delimitar el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad en un triple condicionamiento: la norma a cuestionar tiene que ser una norma con rango de ley, aplicable en el curso de un proceso, y de su validez ha de depender el fallo a adoptar.

Estas tres condiciones son inseparables, es decir, no puede limitarse su objeto a que la norma tenga rango de ley, sino que el mismo exige hacer referencia a la necesidad de que esas normas sean aplicables en un proceso y que de su validez dependa la decisión a dictar en el mismo. De esta forma, la cuestión sólo cobra sentido a partir de la aplicación efectiva de las normas con rango de ley en la decisión de un proceso y que esta sea relevante para su decisión<sup>60</sup>. Corresponde a los jueces y tribunales la determinación de qué normas son susceptibles de control por el TC (es decir que sean aplicables y relevantes).

En aras de concretar qué se entiende por norma con rango de ley, el art. 27.2 LOTC recoge un listado de las normas susceptibles de declaración de inconstitucionalidad, entre ellas se encuentra las Leyes orgánicas (27.2 a) LOTC). De esta forma el CP, que fue adoptado a través de la Ley Orgánica del Código Penal 10/1995 de 23 de Noviembre, sería objeto para poder ser cuestionado por los órganos judiciales a través de la cuestión de inconstitucionalidad (AATC 337/1994 FJ 3º entre otros).

---

<sup>60</sup> Fernández de Frutos, Marta. (2003). *El procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad*. Barcelona: Cedecs, p. 27-28.

Respecto de la virtualidad de la aplicabilidad de la norma, los AATC 56/97 FJ2° y 62/97 FJ2° han considerado que si la norma ha sido ya aplicada por otro órgano judicial que la ha considerado conforme con la CE, no es posible plantear la cuestión de inconstitucionalidad en los supuestos en que el juez se encuentra vinculado a esa anterior decisión judicial para decidir el proceso ante él planteado, sin perjuicio de que entienda que la norma es contraria a la CE, porque la cuestión es un procedimiento que trata de garantizar que los órganos judiciales no apliquen normas contrarias a la CE, pero no tiene objeto de revisar la aplicación que otros órganos judiciales hayan hecho de la norma cuando el juez entiende que esa norma puede ser contraria a la CE.

¿Qué se entiende de lo anteriormente expuesto? pues que el juez que conozca en apelación no podrá plantear la cuestión de inconstitucionalidad si el juez resolvió la determinación de la pena mediante el CP sin denunciar su inconstitucionalidad. Esto supone que sólo puedan ser capaces de plantearlo los jueces y tribunales que conozcan y deban resolver el caso en primera instancia. Consecuentemente, una restricción de esta magnitud a la hora de cuestionar una ley que se considera inconstitucional, produce indefensión al ciudadano e inseguridad al juez.

La relevancia garantiza que efectivamente el órgano judicial plantee la cuestión cuando la posible aplicación de la norma con rango de ley, en este caso el CP, en el proceso de cuya constitucionalidad duda podría motivar la adopción de una decisión contraria a la CE. Y a su vez, debe darse una interrelación necesaria entre el juicio de inconstitucionalidad de la ley y el pronunciamiento a adoptar en el proceso (STC 28/97 FJ 3°)<sup>61</sup>.

En los supuestos en que el órgano judicial considera que la norma puede ser contraria a la CE no por lo que dice sino por lo que omite, en palabras de FERNÁNDEZ DE FRUTOS “surge la duda de si la validez de la norma es relevante para la decisión del proceso, atendido que si la sentencia del TC desestima la cuestión ello implica que la exclusión resulta legítima, mientras que si la sentencia es estimatoria la declaración de

---

<sup>61</sup> Fernández de Frutos, Marta. (2003). *El procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad*. Barcelona: Cedecs, p. 85.

inconstitucionalidad no podrá comportar, en principio la ampliación del régimen jurídico cuya extensión se cuestiona.

Además, aparte de esta omisión, si un juez planteara la cuestión con base en la protección de un derecho fundamental ajeno al objeto del proceso, según el voto particular del Magistrado LÓPEZ GUERRA en la STC 319/93 FJ 5º, “lo decisivo es que el Juez, obligado a respetar la CE, estime que la norma que debe aplicar contraviene sus mandatos”, “de lo que se trata, en suma, es de salvaguardar, en todos los procesos, la supremacía de la CE”.

En este sentido, está claro que se podría interponer una cuestión de inconstitucionalidad contra el CP pues éste, a la hora de determinar legalmente la pena, es aplicable y relevante en el sentido de que la decisión de constitucionalidad o inconstitucionalidad referente a la determinación de la pena motivará que la resolución del proceso se adopte en términos diferentes.

### **3.2.2. El fundamento de la cuestión de inconstitucionalidad**

La cuestión de inconstitucionalidad sólo tiene virtualidad cuando el juez se encuentra ante una discordancia entre la CE y la norma con rango de ley aplicable en el proceso que no puede salvar por otros medios que acudiendo al TC. Es necesaria una interpretación tanto de la norma cuestionada como el precepto constitucional que se considera vulnerado, por lo que la interpretación, como presupuesto de la duda de constitucionalidad, condiciona el planteamiento de la cuestión.

Si existe esa duda de constitucionalidad, el juez tiene la obligación de plantear la cuestión porque no le está permitido aplicar en el proceso leyes que en su opinión no resulten conformes a la CE (STC 73/2000 FJ 2º). El TC ha delimitado el alcance de la duda de constitucionalidad en el sentido de que no debe ser una absoluta convicción sobre su inconstitucionalidad, sino que se exige una duda *razonable y suficiente*, que debe ser exteriorizada por el órgano judicial, poniendo de manifiesto las razones que justifican que estime que la norma puede ser inconstitucional.

### **3.2.3. A instancia de parte**

Aunque el art. 163 CE no diga nada sobre la posibilidad de que las partes puedan instar el planteamiento, el art. 35.1 LOTC lo suple al disponer que aparte del juez o tribunal de oficio, puede ser planteada a instancia de parte (tanto escrita como oral). No es suficiente la mera solicitud de plantear la cuestión en relación con la norma aplicable al proceso sino que se deben exponer: a) la norma que considera contraria a la CE, b) los preceptos constitucionales supuestamente vulnerados, c) el fundamento de su duda de constitucionalidad, y d) en qué sentido es relevante la validez de la norma para la decisión del proceso<sup>62</sup>.

#### **3.2.4. Alcance de la decisión del TC**

El art. 164 CE recoge una regulación general de las sentencias que dicta el TC y establece que las que declaren la inconstitucionalidad de la ley tienen efectos frente a todos y “salvo que se disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad”.

En consonancia con la posible inconstitucionalidad de la omisión que el CP hace del orden en el que se debe proceder a la individualización legal de la pena, cabe resaltar que el TC si declara la inconstitucionalidad, no declarará su nulidad sino que apelará al legislador para que modifique dicha norma y permita que sea conforme a la CE. De esta forma se ha pronunciado el TC:

*“la conexión entre inconstitucionalidad y nulidad quiebra, entre otros casos, en aquellos en los que la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de éste, sino en su omisión”* (STC 45/89 FJ 11º).

Aunque como norma general, las sentencias que declaren la inconstitucionalidad no permiten revisar procesos finalizados mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en que se haya aplicado la norma inconstitucional, en los procesos penales sí que se procederá a la reducción de la pena (art. 40.1 LOTC).

---

<sup>62</sup> Fernández de Frutos, Marta. (2003). *El procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad*.  
77

Concluyo pues que mediante la cuestión de inconstitucionalidad en relación con el vacío legal en que incurre el CP respecto del orden de aplicación de los elementos modificativos en la determinación legal de la pena, sería posible una regulación por parte del legislador gracias apelación de inconstitucionalidad que haría el TC de la omisión del CP. Y derivado del art. 40.1 LOTC y en virtud del principio a favor del reo, podrá ser revisada la pena aplicada, y proceder a su reducción si la aplicación de la nueva regulación es más favorable.

### 3.3. LA REVISIÓN DE LA DECISIÓN JUDICIAL

Cuando no se respeten los límites que establece el CP, ya sea en la fijación del marco concreto de la pena, la pena concreta a imponer dentro de la total extensión de la pena o de alguna de sus mitades, o con la elevación a la pena superior en grado o la degradación a la inferior en grado siempre que estas operaciones tuvieran carácter discrecional o facultativo se puede recurrir a los tribunales con la interposición de los recursos previstos en la ley contra la sentencia dictada. En todos estos supuestos la elección del grado o la fijación de la extensión concreta de pena están sujetas a determinados criterios o principios establecidos de forma explícita o implícita por la ley por lo que la discrecionalidad no implica total ausencia de control.

De todo lo explicado anteriormente se desprende que la facultad del juez de determinar la pena se trata en definitiva, de un ejercicio de discrecionalidad reglada, que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial y controlable en casación, incluso por la vía del art. 849.1 LECrim para la infracción de Ley, o del que corresponda en relación con el procedimiento de que se trate<sup>63</sup>.

---

Barcelona: Cedecs, pp.237-254.

<sup>63</sup> De la Mata Barranco, Norberto J. (2008). *La Individualización de la Pena en los Tribunales de Justicia. La atención a la finalidad de la pena, la gravedad del hecho y las circunstancias personales del procesado en la Jurisdicción penal, en su vinculación a la exigencia de imposición de penas proporcionadas*. Navarra: Thomson Aranzadi, pp 260 a 262.

Como ya he mencionado anteriormente respecto de la finalidad de la motivación, ésta es a la posibilidad de su control y revisión de la decisión, la ausencia de motivación deberá permitir la posibilidad de recurso.

Son recurribles tanto las sentencias en que la individualización de la pena es incorrecta por no observarse (u observarse incorrectamente) los criterios legales que permiten concretarla o aquéllas en que no hay motivación, explícita o implícita, de la decisión adoptada<sup>64</sup>.

El juez ha de atender los criterios establecidos por el legislador bien para determinar el marco penal aplicable o bien para concretar, ya dentro de su extensión, la pena a que en concreto ha de condenar en la sentencia. De esto se desprende que a la hora de concretar el marco penal y la pena finalmente impuesta, el juzgador debe explicar cada paso que le ha llevado a adoptar dicha pena.

Ante una ausencia de motivación de la individualización de la pena y tras la interposición del recurso correspondiente, el tribunal de 2ª instancia que conozca de la sentencia recurrida puede resolver de tres posibles modos, como recuerda, entre otras, la STS 455/2002 (Sala de lo Penal) 13 de Marzo FJ 2º:

- a. Devolver la sentencia al órgano jurisdiccional de instancia para que dicte otra razonando lo que en la primera quedó irrazonado;
- b. Subsanan el defecto en el supuesto de que el órgano jurisdiccional de apelación le facilite la sentencia de instancia los elementos necesarios para motivar la individualización de la pena, bien en la misma extensión fijada por el de instancia, bien en otra que el de apelación considere adecuada;
- c. Imponer la pena establecida por la ley en su mínima extensión.

---

<sup>64</sup> Ramos Tapia, Inmaculada. (1999). El control del arbitrio judicial en la individualización de la pena. *Cuadernos de Política Criminal*, pp. 616 y ss, y 622 y ss.

La primera opción, que implica la nulidad parcial de la sentencia, tiene como limitación lo dispuesto en el art. 240.2 párrafo 21 LOPJ en su redacción dada por la LO 19/2003 de 23.12 ("en ningún caso podrá el Juez o Tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal").

La segunda opción es posible, cuando los elementos contenidos en la propia sentencia permitan al juzgador de apelación (o casación) hacer las valoraciones necesarias para la fijación concreta de la pena en cumplimiento de las reglas de los distintos apartados del art. 66 CP y demás aplicables a la penalidad del hecho delictivo enjuiciado.

En cuanto a la tercera, procede únicamente y de forma excepcional cuando se haya intentado infructuosamente la subsanación en la omisión o ésta ya no sea posible y, además, de la sentencia no resulten elementos que permitan al juzgador ad quem la individualización de la pena.

Sin embargo, el control jurisdiccional del TS no es ilimitado y está sujeto también a unos límites reconocidos por el TC, pues de otra forma se convertiría la casación en una nueva instancia

*“Si bien hemos precisado que, en relación con este último extremo, «nuestro control se ciñe a examinar si la extensión de la pena impuesta resulta o no manifiestamente irrazonable o arbitraria», siendo en principio «el margen de arbitrio judicial del que, en cada caso, goce el Juez para imponer la pena que corresponda al delito cometido, la medida de la motivación constitucionalmente exigible». De manera que nuestro control ha de ceñirse «a determinar si, en el caso concreto, y a la vista de los datos que los hechos probados relatan, la motivación acerca del quantum de la pena impuesta resulta o no manifiestamente irrazonable o arbitraria» (por todas: SSTC 47/1998, de 2 de marzo [ RTC 1998, 47] , F. 6, y 108/2001, de 23 de abril [ RTC 2001, 108] , F. 3)”.*

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

Arcos Ramírez, Federico. (2000). *La seguridad jurídica. Una teoría formal*. Madrid, Dykinson.

Baño León, José M. (1987). La igualdad como derecho público subjetivo. *RAP*, nº 114, septiembre-diciembre, Madrid.

De la Mata Barranco, Norberto J. (2008). *La Individualización de la pena en los Tribunales de Justicia. La atención a la finalidad de la pena, la gravedad del hecho y las circunstancias personales del procesado en la Jurisdicción Penal, en su vinculación a la exigencia de la imposición de penas proporcionadas*. Navarra: Thomson Aranzadi.

García Arán, Mercedes. (1981). La prevención general en la determinación de la pena. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*.

Gordillo Santana, Luís. (2006). Los principios constitucionales y las garantías penales en el marco del proceso de mediación penal. *Revista Redur*, nº 4 Universidad de La Rioja, Departamento de Derecho.

Fernández de Frutos, Marta. (2003). *El procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad*. Barcelona: Cedecs.

Landrove Díaz, Gerardo. (2004). La exigencia de motivación en la individualización judicial de la pena. *La Ley*, 22 de junio.

Llorca Ortega, José. (2004). *Manual de Determinación de la Pena*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 6ª edición.

Molina Fernández, Fernando. (2011). *Memento Práctico Penal*. Francis Lefebvre, pp.464 y ss.

Pérez Luño, Antonio E. (1987). Sobre la igualdad en la Constitución Española. *Anuario de Filosofía de Derecho*, nº 4, Madrid.

Ramos Tapia, Inmaculada. (1999). El control del arbitrio judicial en la individualización de la pena. *Cuadernos de Política Criminal*.

Ruiz de Erenchun Arteche, Eduardo. (2005). *El Sistema de Penas y las Reglas de Determinación de la Pena tras las Reformas del Código Penal de 2003*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2ª ed,

Sánchez-Ostiz, Pablo. (2013). Lección III. Límites del Derecho Penal. *Área de Derecho Penal de la Universidad de Navarra*.

Salàs Darrocha, Josep Tomàs. (2005). Derecho fundamental a la legalidad penal: Jurisprudencia Constitucional y consideraciones críticas. *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales núm. 10/2005 parte Artículo*, Pamplona, Aranzadi.

Tribunal Constitucional de España. (2013). Los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad en la Jurisprudencia Constitucional Española. *Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España*, Roma.



La relevancia jurídica del orden en la determinación de la pena by [Osinaga Lozano, Itziar](#) is licensed under a [Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional License](#).

Puede hallar permisos más allá de los concedidos con esta licencia en <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.ca>