

La determinación y el cálculo de la pena en el Código Penal

3.^a Edición



III LA LEY

La determinación y el cálculo de la pena en el Código Penal

3.ª Edición

© LA LEY Soluciones Legales, S.A.

LA LEY Soluciones Legales, S.A.

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 91 602 01 82

e-mail: clienteslaley@aranzadilaley.es

<https://www.laley.es>

Tercera edición: Junio 2023

Segunda edición: Abril 2019

Primera edición: Abril 2017

Depósito Legal: M-16083-2023

ISBN versión impresa: 978-84-19446-24-4

ISBN versión electrónica: 978-84-19446-25-1

Diseño, Preimpresión e Impresión: LA LEY Soluciones Legales, S.A.

Printed in Spain

© LA LEY Soluciones Legales, S.A. Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, LA LEY Soluciones Legales, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, LA LEY SOLUCIONES LEGALES se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **LA LEY Soluciones Legales, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

6. EN FUNCIÓN DE LA COMUNICABILIDAD DE LAS AGRAVANTES O ATENUANTES QUE CONCURRAN. ART. 65

Que establece:

«1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquellos en quienes concurran.

2. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito.

3. Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurran las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la Ley para la infracción de que se trate».

El art. 65 añade un nuevo núm. 3, que contempla la participación del *extraneus* en un delito especial propio y que inspirándose en la doctrina jurisprudencial establece expresamente ahora que cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurran las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los Jueces o Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la Ley para la infracción de que se trate. En efecto, nuestro TS ha aplicado una atenuación de la pena para que el *extraneus* participe en un delito especial propio, habiéndolo llevado a la práctica hasta la fecha mediante la aplicación de la atenuante analógica del art. 21.6 CP (*vid.* SSTS 1493/1999, de 21 de diciembre, rec. 1174/1998, STS 20/2001, de 28 de marzo, rec. 4234/1998 y STS 1336/2002, de 15 de julio, rec. 2313/2000). Debe resaltarse ahora que la redacción del precepto podrá imponer la pena inferior en grado apunta claramente hacia el régimen facultativo o discrecional de la bajada en grado.

Este sistema de atenuación facultativa de la pena persigue sin duda la finalidad de distinguir los casos en los que, a pesar de tratarse de un *extraneus*, su contribución al hecho está próxima al dominio de la situación que permite el cumplimiento del deber especial a que se refiere el tipo. Se establece sólo una posibilidad de atenuación por lo que se podrá calibrar en cada caso la pena adecuada.

El precepto se refiere solamente a la intervención del inductor o del cooperador necesario. Pese a las dudas que el mismo genera, debe entenderse

que en caso de intervención de un *extraneus* en calidad de cómplice, a la rebaja de un grado que le corresponde por su participación secundaria (art. 63) habrá de añadirse la posible rebaja conforme al art. 65.3 por no infringir el deber específico del autor *intraneus*. Habrá en estos casos de permitirse una doble atenuación penal, por cómplice y por *extraneus*.

7. REGLAS PARA APLICACIÓN DE LAS PENAS EN FUNCIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS, CON ATENUANTES O AGRAVANTES O SIN ELLAS. ART. 66

«1. En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:

1.^a Cuando concurra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la Ley para el delito.

2.^a Cuando concurran dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concurra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la Ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes.

3.^a Cuando concurra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la Ley para el delito.

4.^a Cuando concurran más de dos circunstancias agravantes y no concurra atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la Ley, en su mitad inferior.

5.^a Cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la Ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido.

A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

6.^a Cuando no concurran atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la Ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.

7.^a Cuando concurran atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior.

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

2. En los delitos leves y en los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior.»

En los delitos leves y en los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior. El precepto se mantiene inalterable en lo que se refiere a los delitos imprudentes, a cuyo tratamiento asimila los delitos leves, que quedan así exentos del régimen que establece en atención a la concurrencia o no de circunstancias atenuantes o agravantes. El tratamiento respecto a estos delitos leves dista del que atribuía a las faltas el derogado art. 630 CP, que las excluía de las reglas comprendidas en los art. 61 a 72 CP, es decir, de todo el régimen general de aplicación de las penas. Ello implica la posibilidad de degradar el límite mínimo de las penas leves en supuestos en que proceda (por ejemplo en el caso de tentativa o concurrencia de una eximente incompleta) y sea factible por la propia configuración de la pena. Ya hemos visto que en la determinación de la pena por delitos leves no son aplicables las reglas dosimétricas del art. 66 para el caso de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, pero no excluye las restantes normas generales, por lo que no existe motivo legal para excluir ahora esa posible degradación.

Las agravantes o atenuantes inherentes al delito no se aplicarán si se han tenido en cuenta a la hora de describir el tipo, matiza el art. 67 CP:

«Las reglas del artículo anterior no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse».

En los casos de eximente incompleta el art. 68 CP establece:

«En los casos previstos en la circunstancia primera del art. 21 CP, los jueces o tribunales impondrán la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurren, y las circunstancias personales de su autor, sin perjuicio de la aplicación del art. 66 del presente Código».

En este sentido el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de 1-3-05, recogido en STS 374/2005, rec. 2458/2003 estima la obligación de rebajar en al menos un grado, en cuyo caso habrán de observarse a continuación las reglas del

art. 66 CP y la facultad de elegir la pena en dos grados, sin someterse ahora a las reglas restantes.



TÉNGASE EN CUENTA:

La Circular 2/2004 de la FGE señala que es preceptivo rebajar la pena al menos en un grado y es facultativo hacerlo en dos. Además, conforme a la redacción legal ha de entenderse que la rebaja en grado habrá de operar aunque concurra alguna agravante.

El inciso último del art. 68 «sin perjuicio de la aplicación del art. 66 CP» supone la vinculación del Juez o Tribunal a las reglas del art. 66, una vez determinado el marco penal conforme a la regla del art. 68. Ello arrastrará las siguientes consecuencias: una vez aplicado el art. 68 CP y rebajada la pena en uno o dos grados, podrá volverse a rebajar en grado si concurren dos o más atenuantes o una muy cualificada y no concurren agravantes. También procederá dentro del grado dividir en mitades y aplicar la que proceda conforme a las reglas del art. 66. Podrá igualmente volver a elevarse el grado si concurren la regla 4.^a o la 5.^a del art. 66. Por último, si la aplicación del art. 68 nos lleva a rebajar la pena asignada al delito en dos grados, habrá de entenderse que operará analógicamente lo dispuesto en la regla 8.^a del art. 66: cuando los jueces o tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión.

Igualmente habrá de interpretarse el art. 68 en el sentido de que si los hechos han sido cometidos en grado de tentativa o si la participación imputable lo es a título de complicidad, las rebajas establecidas serán cumulativas.

Los supuestos excepcionales de concurrencia de más de una eximente incompleta habrán de dar lugar a una acumulación de las rebajas en grado de la pena.

Por último, el art. 69 CP prevé que a los mayores de dieciocho y menores de veintiún años que cometa un hecho delictivo, podrán aplicársele las disposiciones de la ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que ésta disponga. Debe tenerse cuenta que según la Disposición Transitoria Única de la LO 9/2002, de 10 diciembre, se suspende la aplicación de la LO 5/2000, de 12 enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en lo referente a los infractores de edades comprendidas entre los 18 y 21 años, hasta el 1 de enero de 2007 y definitivamente se suprime por LO 8/2006 de 4-12.

8. REGLAS ESPECIALES

CONCURSO REAL

Existe cuando varios hechos cometidos por la misma persona son constitutivos de varios delitos.

• **Principio general: la acumulación material.** Se recoge en el primer inciso del artículo 73 del Código Penal , según el cual al responsable de dos o más delitos se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones.

- Se procederá al cumplimiento simultáneo de las penas, si ello es posible, por la naturaleza y efectos de las mismas (último inciso del artículo 73 CP).

- Si ello no es posible, se ejecutará cada una de ellas por el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo. (Artículo 75 CP).

• **Limitación: la acumulación jurídica.** Se contempla en el artículo 76 del Código Penal , modificado por la LO 1/2015 , de reforma del CP, que contiene las siguientes reglas:

1. El máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años.

2. Excepcionalmente, este límite máximo será:

- De 25 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado con pena de prisión de hasta 20 años.

- De 30 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado con pena de prisión superior a 20 años.

- De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados con pena de prisión superior a 20 años.

- De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II del CP y alguno de ellos esté castigado con pena de prisión superior a 20 años.

- Cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado con pena de prisión permanente revisable, se estará a lo dispuesto en los artículos 92 CP y 78 bis CP.

3. La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar.

Con el fin de unificar criterio, a la vista de fundados argumentos doctrinales y jurisprudenciales en pro de cada una de las alternativas, en el Pleno no jurisdiccional del TS, celebrado el 19 de diciembre de 2012, se adoptó el siguiente acuerdo: «Para determinar los límites máximos de cumplimiento establecidos en las letras a) a d) del art. 76 del CP hay que atender a la pena máxima imponible pero teniendo en cuenta las degradaciones obligatorias en virtud del grado de ejecución del delito». A ello se refiere la STS 30/2013 de 17 de enero de 2013, rec. 10679/2012.

CONCURSO IDEAL Y CONCURSO MEDIAL

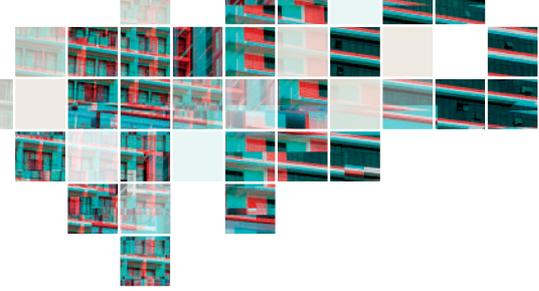
El **concurso ideal** existe cuando un solo hecho constituye dos o más infracciones.

A partir de la LO 1/2015 , de reforma del CP, se otorga distinto tratamiento jurídico al concurso ideal y al concurso medial.

En el concurso ideal se aplicará la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.(Art. 77 CP)

A partir de la LO 1/2015 , de reforma del CP, en el **concurso medial** se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66 CP. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo 76 CP.

La FGE dedica la Circular 4/2015 a la interpretación de esta nueva regla penológica prevista para el concurso medial de delitos. Establece



Determinar qué pena es aplicable a cada delito, en cada caso concreto, no es una tarea fácil, dada la cantidad de variables que concurren en el momento de afrontar esta ardua y enrevesada tarea. Este libro nace, precisamente, con la intención de guiar al abogado penalista mostrándole, en primer lugar, **las fases que debe de seguir** —en el orden exacto— **para determinar la pena**, para luego mostrarle cómo graduarla calculando su grado superior o inferior.

Esta guía pretende, en definitiva, **facilitar el cálculo de la pena que corresponda aplicar a cualquiera de los delitos previstos en el Código penal español**, teniendo en cuenta la incidencia de *circunstancias agravantes, atenuantes, el grado de participación, de ejecución, etc.*

Adaptado a las más recientes reformas del Código Penal: hurtos multireincidentes; protección a ciclistas y víctimas de accidentes de tráfico; malversación y sedición; estafas, falsificaciones, delitos contra el mercado y los consumidores; delitos contra los derechos de los trabajadores; etc.

ISBN: 978-84-18446-24-4



ER-0280/2005



GA-2005/0100