

Problemas que plantean las eximentes incompletas en la determinación judicial de la pena

HERMINIO RAMÓN PADILLA ALBA

Becario de Investigación de Derecho Penal.
Universidad de Córdoba

I. INTRODUCCIÓN

¿Qué pena le corresponde a las eximentes incompletas? Según el art. 9 del Código Penal, «son circunstancias atenuantes: 1.^a Las expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos». Si el art. 9 regula las circunstancias atenuantes («*Son circunstancias atenuantes...*»), y considera como tales a las eximentes incompletas (el mismo art. 9, 1.^a indica en el segundo párrafo que «en los supuestos de *eximente incompleta* en relación con los números uno y tres del artículo anterior, el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en dichos números») (1), los efectos de atenuación de la responsabilidad criminal deberían hallarse reglados, lógicamente, en el art. 61, en el que se recogen una serie de reglas para graduar la pena según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes. Pero el

(1) A pesar de la declaración legal, las eximentes incompletas no son, en sentido estricto, circunstancias atenuantes, puesto que entre aquéllas y éstas hay diferencias sustanciales que el intérprete debe respetar (el tratamiento sistemático de las eximentes incompletas entre las circunstancias atenuantes nada dice todavía sobre su naturaleza esencial o accidental). En efecto, las circunstancias presuponen un delito cuyos elementos esenciales han sido delimitados previamente, encontrándose las circunstancias en torno a él como variantes accidentales, como verdaderos elementos accidentales del delito. Las eximentes incompletas, por contra, presuponen una alteración, originaria jurídicamente, del propio elemento del delito que venga en consideración (antijuricidad o culpabilidad); son modificaciones valorativas de los elementos del delito, variaciones del marco de valor propio del elemento esencial (Vid. ALONSO ÁLAMO, M., *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general*, Valladolid, 1982, p. 196).

art. 66 también se refiere a las eximentes incompletas (2) («... cuando el hecho no fuere del todo excusable por falta de alguno de los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad criminal en los respectivos casos de que se trata en el artículo 8, ...»), precepto que se encuentra, igual que el art. 61, dentro del Libro I, Título III, Capítulo IV, Sección 2.^a del Código Penal (reglas para la aplicación de las penas en consideración a las circunstancias atenuantes y agravantes). De acuerdo con ello, a las eximentes incompletas les serán de aplicación, en principio, tanto el art. 61 como el 66. ¿Cuál de ellos debe aplicarse? Dado que tanto el art. 9, 1.^a como el 66 recogen el mismo supuesto de hecho (la concurrencia de eximente incompleta), debemos aplicar el art. 66, pues así lo ha querido el legislador al regular expresamente la consecuencia jurídica (pena inferior en uno o dos grados) de dicho supuesto de hecho en un precepto concreto, reconociéndole una eficacia degradatoria (3) superior a la de las restantes circunstancias atenuantes, a las cuales es de aplicación el art. 61 (excepto la atenuante de menor edad (4)). Por lo tanto, las eximentes incompletas se regirán, en orden a la determinación de la pena, por los criterios marcados en el art. 66, precepto que excluye, en consecuencia, la aplicación del régimen general del art. 61.

(2) El art. 66 dispone que «se aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley cuando el hecho no fuere del todo excusable por falta de alguno de los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad criminal en los respectivos casos de que se trata en el artículo 8, imponiéndola en el grado que los Tribunales estimaren conveniente, atendido el número y entidad de los requisitos que faltaren o concurririen. Esta disposición se entiende sin perjuicio de la contenida en el art. 64». El art. 64, que ha sido derogado por la LO 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del CP, señalaba que «cuando no concurririen todos los requisitos que se exigen en el caso del número 8.^o del art. 8 para eximir de responsabilidad, se observará lo dispuesto en el artículo 565». En el art. 8, número 8.^o del CP, se regulaba el caso fortuito (en relación al mismo, por tanto, no cabía apreciar la eximente incompleta) que, tras la reforma hecha por la citada LO 8/1983, se encuentra hoy recogido en el art. 6 *bis b*) del CP, habiendo desaparecido el condicionamiento de la licitud del acto y dejando de ser considerado legalmente como una eximente.

(3) La razón de que una circunstancia que exime de responsabilidad criminal llegue a atenuarla es puesta de manifiesto unánimemente: «la posibilidad de graduación de la responsabilidad criminal que desde su grado de plenitud hasta su inexistencia admite una estimación escalonada: lo que puede no llegar a eximir, puede bastar para disminuir» (Vid., por todos, GARCÍA ARÁN, M., *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, Barcelona, 1982, p. 128 y CÓRDOBA RODA, J., *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, Oviedo, 1966, pp. 22 y ss.).

(4) El art. 9, 3.^a señala que «son circunstancias atenuantes: La de ser el culpable menor de dieciocho años». A pesar de ser considerada legalmente como una circunstancia atenuante, no se aplican las reglas del art. 61 sino que el legislador ha querido otorgarle una atenuación mayor, estableciendo en el art. 65 que se aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, pudiendo el Tribunal, en atención a las circunstancias del menor y del hecho, sustituir la pena impuesta por internamiento en institución especial de reforma por tiempo indeterminado, hasta conseguir la corrección del culpable.

Cuestión diferente y de gran trascendencia práctica es la de si el Juez o Tribunal puede utilizar, una vez estimada la eximente incompleta y aplicado el art. 66, las reglas contenidas en el art. 61, fijando en atención a las mismas el grado mínimo, medio o máximo de la pena ya rebajada en uno o dos grados (5). A mi juicio, como más adelante se comprobará, el Tribunal queda libre de las reglas del art. 61 a la hora de fijar la extensión de la pena ya rebajada. A pesar de que esta postura ha sido y es defendida por un significativo sector doctrinal (6), no lo ha entendido así el Tribunal Supremo, que ha pasado de una postura que se puede llamar tradicional (compatibilidad de los artículos 66 y 61) a una posición ecléctica (aplicación del art. 61 si el Tribunal rebaja la pena en un grado, mientras que si la rebaja es en dos, en ejercicio de la facultad discrecional concedida por la Ley, la discrecionalidad se propaga a todo el dispositivo y funciona de modo absoluto, sin vinculación alguna al art. 61).

II. REGULACIÓN DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN LAS EXIMENTES INCOMPLETAS

Sin entrar a analizar cuáles de los supuestos recogidos en el art. 8 admiten su conversión en la circunstancia 1.^a del artículo 9, pues no constituye el objeto de este trabajo (7), la apreciación de una eximente incompleta produce el efecto de rebajar la pena en uno o dos grados (el art. 66 dispone que «se aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley...»), cosa que no sucede con las atenuantes ordinarias. En efecto, en el caso de que en el hecho concurriera sólo alguna circunstancia atenuante, el Tribunal impondrá la pena en el grado mínimo (art. 61, regla 1.^a) Cuando sean dos o más las circunstancias atenuantes o una sola muy calificada (8) y no concurra agravante alguna, el

(5) El sistema que sigue el Código en general y particularmente, a efectos de lo que nos interesa, en los supuestos en que procede la rebaja o elevación de la pena en uno o más grados (sistema que obedece al criterio seguido por nuestro legislador de métrica penal tasada en la individualización de la pena) conduce, una vez que se ha rebajado o elevado la pena, al sometimiento de la misma a las reglas del art. 61 en orden a la determinación del grado en que haya de aplicarse (Vid. GALLEGU DÍAZ, M., *El sistema español de determinación legal de la pena*, Madrid, 1985, p. 412).

(6) Vid., por todos, GIMBERNAT ORDEIG, E., «Tres problemas de reglas de aplicación de penas —dos de ellos referidos a la de reclusión mayor a muerte—», en BARBERO SANTOS y otros, *La pena de muerte, 6 respuestas*, Madrid, 1978, pp. 225 y ss.

(7) Hoy es opinión unánime que todas las eximentes del art. 8, tanto las compuestas de varios requisitos numerados como aquéllas que lo están por una condición única, pueden convertirse en la circunstancia 1.^a del art. 9, a excepción de la minoría de edad (Vid., por todos, CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, cit., pp. 22 y ss. y GARCÍA ARÁN, *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, cit., pp. 127 y ss.).

(8) La Ley no concreta que ha de entenderse por atenuante muy calificada, indicando MIR PUIG que «se entiende por atenuante muy calificada aquella que se da con una especial intensidad, determinando una particular disminución del injusto, de la cul-

Tribunal *podrá* imponer la pena inmediatamente inferior en uno o dos grados a la señalada, aplicándola en el grado que estime conveniente (art. 61, regla 5.^a). Así pues, y a diferencia de lo que sucede cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes o una sola muy calificada, la estimación de la eximente incompleta *obliga* al Tribunal a bajar la pena en uno o dos grados, con la particularidad de que la primera rebaja en un grado es siempre imperativa para el Tribunal («*se aplicará* la pena inferior en uno»), mientras que la segunda rebaja en dos es meramente potestativa o discrecional («*o* dos grados»). Consecuentemente con ello, si el Tribunal no rebajara la pena en un grado, podría interponerse recurso de casación por infracción de ley (arts. 847 a 849 de la LECrim). No es susceptible de dicho recurso la no rebaja en dos grados (9), pues en la misma influye el arbitrio judicial, siendo facultativo para el Tribunal rebajar en uno o dos grados (sí es recurrible en casación la calificación y entidad de la circunstancia como eximente incompleta) (10). Ahora bien, como la individualización de la pena integra una actividad discrecional jurídicamente vinculada que, además, debe estar debidamente motivada, son recurribles en casación las sentencias en las que el Tribunal, pudiendo rebajar la pena en dos grados, la rebaje en uno solo sin motivar el por qué de no haberla rebajado en dos (11).

pabilidad o de la punibilidad, según sea su naturaleza» (MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1990, p. 823, por todos). El Tribunal Supremo entiende por atenuante muy calificada «aquella que alcanza una intensidad superior a la normal de la respectiva circunstancia, teniendo en cuenta las condiciones del culpable, antecedentes del hecho y cuantos elementos o datos puedan detectarse y ser reveladores del merecimiento de trato más benévolo en el enjuiciamiento y punición de la conducta del inculpado» —por todas, sentencia de 30 de mayo de 1991 (RA 4007)—. Se trata, por consiguiente, de una característica valorativa que deberá ser apreciada por el Tribunal en el particular caso concreto, sin que ello signifique que su estimación sea materia reservada al arbitrio judicial no discutible en casación (GALLEGO DÍAZ, op. cit., pp. 395 y 396).

(9) La sentencia de 30 de octubre de 1991 (RA 7467) indica que «la rebaja de la pena es obligatoria para el Tribunal, pero el hacerlo en uno o dos grados queda al criterio del Tribunal, estando el mismo vedado a la casación». En el mismo sentido las sentencias, por citar algunas de las más recientes, de 18 de diciembre de 1991 (RA 9496), 26 de febrero, 16 de marzo, 17 de junio, 22 de septiembre y 30 de octubre de 1992 (RA 1347, 2261, 5403, 7214 y 8556).

(10) Así, entre otras muchas, sentencias de 30 de noviembre de 1981 (RA 4457), 2 de julio de 1984 (RA 3770), 26 de junio de 1985 (RA 3066), 29 de octubre de 1986 (RA 5757) y 29 de enero de 1988 (RA 509).

(11) La obligación de los Jueces y Tribunales de motivar las sentencias constituye una garantía procesal que ha adquirido rango constitucional, elevándose a la categoría de derecho fundamental de la persona, cuya vulneración es susceptible de control jurisdiccional y constitucional. En particular, y en lo que a *los aspectos de subsunción* se refiere, deben motivarse todos los extremos de la sentencia a los que hace alusión el art. 142 LECrim, y aunque a ello no se le asigne un lugar propio en los modelos oficiales de sentencias, debe motivarse también la *individualización de la pena*, auténtico proceso de aplicación del Derecho al que expresamente se refiere el art. 741.2 LECrim. Sin embargo, una línea jurisprudencial constante de orígenes difíciles de determinar y que se ha prolongado hasta época reciente, ha sostenido que en lo que se refiere a la individualización de la pena «los Tribunales disponen de una facultad discrecional privativa y personal no susceptible de ser revisada en casación». La mencionada línea jurispruden-

Las eximentes incompletas constituyen pues, junto a la atenuante de menor edad, el grupo de las *atenuantes privilegiadas*, pues el legislador les ha conferido una eficacia degradatoria superior (pena inferior en uno o dos grados) a la de las restantes circunstancias atenuantes (pena en el grado mínimo), las cuales reciben la denominación, en contraposición, de *ordinarias*.

Como indica LLORCA ORTEGA (12), las atenuantes privilegiadas tienen un origen legal: es el propio Código el que ordena degradar la pena siempre que el sujeto sea menor de 18 años (art. 65) o concorra una eximente incompleta (art. 66) (13); por el contrario, la atenuante muy calificada tiene un origen judicial: es el Juez quien, a través de la sentencia, convierte una atenuante *ordinaria en muy calificada*, al comprobar que la circunstancia en cuestión ha producido un influjo en el ánimo del sujeto superior al normal (más correcto es hablar de que *la circunstancia en cuestión ha alcanzado una intensidad superior a la normal*, lo cual determina una disminución que efectivamente puede ser de la culpabilidad, pero que también puede afectar al injusto o a la punibilidad, pues depende de la naturaleza de la respectiva circunstancia). ¿Puede el Juez o Tribunal, en caso de no apreciar una eximente incompleta, estimar esos mismos hechos como circunstancia atenuante genérica? ¿Y como circunstancia atenuante muy calificada? Si falta alguno de los requisitos esenciales o sustanciales de la correspondiente causa de exención, el Tribunal no podrá ciertamente apreciar la eximente incompleta (art. 9, regla 1.^a), pero sí podrá aplicar la atenuante de análoga significación (art. 9, regla 10.^a, que dispone «y, últimamente, cualquiera otra circunstancia de análoga significación que las anteriores»), en atención a la similar significación de la situación concreta respecto a la de la correspondiente causa de exención incompleta (14). El problema que se presenta es el de si la atenuante de análoga significación podría, en relación a la circunstancia primera del art. 9 y en los casos de ser apreciada

cial se ha visto recientemente puntualizada a través de la importante STS de 25 de febrero de 1989, a través de la cual se hace una llamada a los Tribunales de instancia para que no confundan la discrecionalidad (que consiste en el uso motivado de las facultades de arbitrio) con la arbitrariedad (consistente en la no motivación de las facultades discrecionales), ya que mientras la discrecionalidad es lícita y no revisable en casación, la arbitrariedad se encuentra vetada tanto por la legislación ordinaria como por la Constitución. La no motivación de la elección punitiva convierte el arbitrio en arbitrariedad y a la sentencia en revisable en casación por violación de la concreta regla infringida y de los arts. 24.1 y 120.3 de la Constitución (ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «El derecho a obtener una sentencia motivada y la individualización de la pena», en *Poder Judicial*, n.º 18, Madrid, 1990, pp. 133, 136 y 138).

(12) LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena*, Valencia, 1990, p. 65.

(13) La eximente incompleta debe ser estimada por el Juez cuando, *concurriendo los requisitos esenciales* de la respectiva eximente, falten los restantes (CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, cit., p. 24).

(14) Cfr. CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, T. I, Barcelona, 1972, p. 535.

con especial intensidad, producir los efectos de atenuación previstos en el art. 66. La eficacia atenuadora del número 10 del art. 9, independientemente de cuál sea la circunstancia con la que ésta se relaciona, será (ya que el Código no fija la menor distinción al respecto) la misma que la de los restantes párrafos, con la lógica exclusión de las eximentes incompletas y menor edad, para las que sí establece el Código Penal unos efectos propios de carácter privilegiado (15). De acuerdo con esto, si el Tribunal aprecia la circunstancia del número 10 del art. 9, en relación con el número 1 de dicho precepto, los efectos de atenuación se regirán por el art. 61 y no por el art. 66 (16). En concreto: si la atenuante análoga se estima como genérica, se impondrá la pena en el grado mínimo (regla 1.^a del art. 61); ahora bien, la atenuante análoga también puede ser estimada como muy calificada (17), en cuyo caso el Tribunal sí puede imponer la pena inferior en uno o dos grados, pero no por aplicación del art. 66 (que, como ya se ha dicho, es sólo aplicable a las exi-

(15) ORTS BERENGUER, E., *Atenuante de análoga significación*, Valencia, 1978, p. 58.

(16) Según CÓRDOBA, la aplicación de la atenuante 9, 10.^a en relación a una eximente incompleta no podrá, desde luego, originar la atenuación privilegiada del artículo 66, por la razón de no ser la atenuante del número 1, sino la del 10, la circunstancia estimada (CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, T. I, cit., p. 534). Así lo viene también entendiendo la jurisprudencia —vid., entre otras, sentencias de 8 de febrero y 27 de abril de 1990 (RA 1293 y 3348), 16 de septiembre, 24 de septiembre y 28 de octubre de 1991 (RA 6386, 6566 y 7413)—. Resumiendo la posición jurisprudencial, la sentencia de 18 de mayo de 1993 (RA 4171) indica que «el art. 66 sólo es aplicable a las llamadas *eximentes incompletas*, esto es, cuando la atenuante prevista en el número 1 del art. 9 se aplica en sus propios términos, sin que pueda ser extensible a otros supuestos. La atenuante analógica del número 10 del art. 9 es, en cambio, una atenuante simple, sometida a las reglas del art. 61».

(17) Cualquier circunstancia del art. 9 (y la mixta de parentesco del art. 11 en cuanto atente la responsabilidad) es susceptible de ser estimada como muy calificada, a excepción de la primera (eximentes incompletas) y la tercera (menor edad), pues se trata de circunstancias que ya son consideradas por el propio legislador como muy *calificadas*, en cuanto que las particulares reglas de los artículos 66 y 65 del Código les atribuyen efectos semejantes a los de la regla 5.^a del art. 61 (Cfr. GALLEGO DÍAZ, op. cit., pp. 395 y 396 y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Valencia, 1988, p. 226). Por lo tanto, la atenuante de análoga significación puede perfectamente ser estimada como muy calificada. Y así lo viene entendiendo la jurisprudencia —vid., entre muchas, sentencias de 18 de mayo de 1990 (RA 4183), 11 de octubre y 11 de diciembre de 1991 (RA 7089 y 9139), 15 de septiembre y 5 de octubre de 1992 (RA 7154 y 7728)—, indicando la sentencia de 8 de febrero de 1990 (RA 1296) que «... no puede descartarse en términos generales que una atenuante analógica, cualquiera que sea la circunstancia típica que le sirva de referencia, pueda tener la especial virtualidad que se prevé en la regla 5.^a del artículo 61, toda vez que la propia literalidad de la norma contenida en el número 10 del artículo 9 del Código Penal, en que no se alude a cualquier otra circunstancia *análoga* sino de *análoga significación* que las anteriores, está poniendo de manifiesto que no es cuantitativa sino cualitativa la diferencia que existe entre la circunstancia con que se cierra la enumeración de las atenuantes y las que le preceden, por lo que no sería legítimo, en principio, excluir la posibilidad de estimar aquella como muy calificada —relegándola al puesto de atenuante menor— ni siquiera cuando la análoga significación se establezca en relación con una eximente incompleta».

mentes incompletas) sino por aplicación de la regla 5.^a del art. 61 (18). En todo caso, no debe olvidarse que la rebaja de la pena en uno o dos grados, a pesar de la estimación como atenuante muy calificada, es postestativa del Tribunal y no obligatoria como en el caso de las eximentes incompletas.

Para la aplicación del art. 66 no es necesario *la no concurrencia de agravante alguna*, puesto que el Código no lo exige (19). Pero, ¿se encuentran las eximentes incompletas sometidas a la «compensación racional» establecida para las atenuantes ordinarias por el art. 61, 3.^a del Código Penal? En mi opinión no porque, como he dicho anteriormente, las eximentes incompletas se rigen en cuanto a la determinación de la pena por los criterios del art. 66, excluyéndose la aplicación de las reglas del art. 61 (entre ellas la compensación entre agravantes y atenuantes) (20).

III. CONCURRENCIA DE EXIMENTE INCOMPLETA CON UNA CIRCUNSTANCIA ATENUANTE O CON UNA O VARIAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES ORDINARIAS

Una vez que el Juez o Tribunal ha aplicado el art. 66, ¿puede aplicar las reglas contenidas en el art. 61 si concurren una circunstancia atenuante o una o varias circunstancias agravantes ordinarias? Supongamos, por ejemplo, que se apreciara una eximente incompleta de trastorno mental transitorio y que, al mismo tiempo, concurriera la agravante de reincidencia. El Tribunal está obligado a bajar la pena, al me-

(18) También se produciría el mismo efecto si concurriera la atenuante de análoga significación con otra circunstancia atenuante genérica —sentencia de 29 de enero de 1990 (RA 522)—.

(19) Si lo pide, como se ha visto, en el caso de dos o más circunstancias atenuantes o una sola muy calificada. Una constante doctrina jurisprudencial viene señalando para la aplicación del art. 61, 5.^o, en orden a la determinación de la pena, la concurrencia de dos requisitos: uno de carácter *negativo*, que no concorra ninguna circunstancia agravante, y otro *positivo*, que se aprecie una atenuante como muy calificada —vid., por todas, la sentencia de 30 de marzo de 1993 (RA 2937)—.

(20) Señala CÓRDOBA que la regla tercera del art. 61 ha de ser interpretada únicamente en relación a las dos primeras reglas de dicho artículo, es decir, a las circunstancias atenuantes o agravantes ordinarias (CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, T. II, cit., p. 271). GALLEGO, por su parte, afirma que el amplio arbitrio concedido al Juez en orden a la determinación de la pena en el art. 66 lo desvincula de las reglas del art. 61, obligándole a orientarse en el uso de dicho arbitrio por los criterios de aquel precepto (GALLEGO DÍAZ, op. cit., p. 415). En este sentido, y por todos, ALONSO ÁLAMO, «La compensación de circunstancias generales y especiales ante la reforma del Derecho Penal», en *CPC*, 1983, pp. 6 y ss. También lo entiende así la jurisprudencia —vid. sentencias de 22 de octubre de 1991 (RA 7339), 22 de abril de 1992 (RA 3180) y 19 de mayo de 1993 (RA 4184)—, indicando esta última que «tal compensación únicamente puede llevarse a cabo entre las agravantes y las atenuantes genéricas y de eficacia ordinaria, pero que ello no cabe cuando de las atenuantes privilegiadas se trata (arts. 65 y 66 del CP)».

nos, en un grado y, discrecionalmente, en dos. Ahora bien, ¿qué sucede con la agravante de reincidencia? Si se aplica el art. 61, 2.º, el Tribunal debe imponer la pena, una vez rebajada en uno o dos grados, en el grado medio o máximo. Pero si dicho precepto no se aplica, el Tribunal tiene absoluta discrecionalidad a la hora de fijar el grado interno de la pena, pudiendo imponerla en el grado mínimo.

Para saber si, aplicado el art. 66, deben entrar en juego las reglas del art. 61, es preciso resolver cuál es el sentido en que debe entenderse el término «grado» a que se refiere la última parte del primer párrafo del art. 66 (21). Para este menester voy a manejar los conceptos de grado-escala y grado-extensión, pues actualmente son aceptados y utilizados por gran parte de la doctrina (22). Y es que aunque el legislador utiliza con confusa terminología la palabra «grado», no deben confundirse ambos conceptos: grado-escala hace referencia a la posición jerárquica que una pena ocupa dentro de las tres escalas graduales del art. 73; grado-extensión alude a cada una de las tres partes, que forman los tres grados (mínimo, medio y máximo), en que el Código divide las penas (art. 78).

Si entendemos que el término «grado» del segundo inciso del párrafo primero del art. 66 («... imponiéndola en el *grado* que los Tribunales estimaren conveniente, ...») equivale a grado-escala (aquél por el que de entre los dos el Juez se inclina), el arbitrio del Tribunal se reduce a determinar si la rebaja de la pena ha de efectuarse en uno (preceptivo) o dos (facultativo) grados, quedando sometido a las reglas del artículo 61 para fijar el grado (extensión) máximo, medio o mínimo de la pena escogida. A favor de esta interpretación se han pronunciado, entre otros, ARROYO DE LAS HERAS/MUÑOZ CUESTA, CÓRDOBA, LLORCA, QUINTANO RIPOLLÉS y QUINTERO OLIVARES (23).

Si entendemos que dicho *grado* es el grado-extensión (máximo, medio o mínimo), el arbitrio del Tribunal se extiende no sólo a la decisión de si baja uno o dos grados (escala) sino también a la facultad de imponer el grado máximo, medio o mínimo de la pena elegida y, por tanto, no tiene que sujetarse a las reglas del artículo 61. Entre los partidarios de

(21) A CÓRDOBA, indica GIMBERNAT, corresponde el mérito de haber sometido por primera vez a un profundo estudio científico el equívoco contenido del art. 66 (GIMBERNAT ORDEIG, op. cit., p. 225).

(22) Vid., por todos, GIMBERNAT ORDEIG, op. cit., p. 226.

(23) ARROYO DE LAS HERAS, A. y MUÑOZ CUESTA, J., *Manual de Derecho Penal. Introducción. La ley penal. La pena*, Pamplona, 1986, p. 291; CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, cit., p. 34 y *Comentarios al Código Penal*, T. II, cit., p. 301; LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena*, cit., p. 73; QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1966, p. 370 —aunque sólo cita la jurisprudencia que acoge esta interpretación, él mismo es Ponente de la sentencia de 18 de enero de 1965 (RA 47)—; QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1989, p. 602. No acoge esta interpretación, a pesar de ser citado errónea y reiteradamente por la doctrina, FERRER SAMA, quien no se pronuncia al respecto sobre este punto (vid. FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código Penal*, T. II, Murcia, 1947, p. 274).

esta teoría podemos mencionar a ANTÓN ONECA, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, GALLEGU DÍAZ, GIMBERNAT, GONZÁLEZ CUSSAC, C. MIR PUIG, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, ORAA GONZÁLEZ/ORAA GONZÁLEZ, RODRÍGUEZ DEVE-SA/SERRANO GÓMEZ Y RODRÍGUEZ RAMOS (24).

¿Cómo debemos interpretar el término «grado»?

Históricamente, el término «grado» al que se refiere la última parte del párrafo primero del art. 66 equivale a grado-extensión. Como el Tribunal estaba obligado a, en caso de apreciar una eximente incompleta, aplicar la inmediata pena inferior en grado a la señalada por la ley, una vez rebajada la pena en un grado, el Tribunal podía aplicarla, según su prudente arbitrio, en el grado máximo, medio o mínimo, sin tener en cuenta las circunstancias modificativas de la responsabilidad del art. 61. El texto de 1870 amplía la atenuación hasta en dos grados, dejando el resto del precepto igual que en 1848. Y es entonces cuando la doctrina se pregunta si el término «grado» del segundo inciso del párrafo primero del art. 87 (actual 66) debía seguir interpretándose en el sentido que siempre había tenido (grado-extensión), quedando al arbitrio del Tribunal la fijación del grado interno de la pena o, por el contrario, debía interpretarse igual que en el inciso primero de dicho artículo (grado-escala), debiendo entonces aplicarse las reglas del actual art. 61 (25). Según CÓRDOBA (26), el *grado* al que se refiere la última parte del art. 66 equivale en su origen histórico al grado de la pena ya rebajada (grado-extensión). El que se pueda seguir manteniendo esa interpretación tras la modificación produ-

(24) ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, Madrid, 1986, p. 601; COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 1990, p. 675; GALLEGU DÍAZ, op. cit., p. 406; GIMBERNAT ORDEIG, op. cit., p. 230; GONZÁLEZ CUSSAC, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, cit., p. 228; MIR PUIG, C., *El sistema de penas y su medición en la reforma penal*, Barcelona, 1986, p. 289; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 1993, p. 469; ORAA GONZÁLEZ, J. y ORAA GONZÁLEZ, M., «La compatibilidad de los artículos 66 y 61 del Código Penal. Crítica a una reiterada decisión jurisprudencial», en *La Ley*, T. IV, Madrid, 1990, p. 958; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal español. Parte General*, Madrid, 1992, p. 950; RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Compendio de Derecho Penal (Parte General)*, Madrid, 1985, p. 106.

(25) El art. 73 del Código Penal de 1848 establecía que «se aplicará asimismo la pena inmediatamente inferior a la señalada por la ley cuando el hecho no fuere del todo excusable por falta de alguno de los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad criminal en los respectivos casos de que se trata en el art. 8.º, siempre que concurra el mayor número de ellos, imponiéndola en el grado que los Tribunales estimen correspondiente, atendido el número y entidad de los requisitos que falten o concurran. Esta disposición se entiende sin perjuicio de la contenida en el art. 71». El art. 87 del Código de 1870 amplía la atenuación a dos grados («se aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley cuando el hecho...»). El art. 66 del texto de 1944 sólo suprime los términos de «siempre que concurriere el mayor número de ellos» y sustituye «correspondiente» por el término (más discrecional) «conveniente» (Cfr. CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, cit., pp. 29 y 30).

(26) CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, cit., pp. 31 y ss.

cida por el Código de 1870 se presenta, al menos, como discutible, ya que si entendiéramos que dicho *grado* equivale también en el Código de 1870 al grado de la pena elegida, deberíamos inducir que el indicado criterio rector (los requisitos concurrentes en su entidad y número) debe jugar tan sólo en el estrecho campo fijado por los márgenes de la pena escogida, pero no en la cuestión más trascendental de si la sanción ha de rebajarse en uno o dos grados, dejándonos el Código, por tanto, desamparados para decidir qué es lo que habría que tener en cuenta para rebajar la pena en uno o dos grados. GIMBERNAT (27), criticando acertadamente, a mi juicio, los argumentos de CÓRDOBA, indica que no hay tal desamparo, ya que en el art. 66, párrafo 1.º, inciso 1.º, se determina el supuesto de hecho (conurrencia de una eximente incompleta) y su consecuencia jurídica (pena inferior en uno o dos grados), bajándose la pena en uno o dos grados según la mayor o menor entidad del supuesto de hecho (la naturaleza más o menos incompleta de la eximente). Si no existiese el inciso 2.º del párrafo 1.º, habría surgido el problema de si, una vez rebajada la pena en uno o dos grados en base al lógico criterio de la mayor o menor entidad del supuesto de hecho, ese mismo criterio seguía teniendo también validez para decidir el grado-extensión o de si, por el contrario, había que acudir a las reglas del art. 61. De esta forma, el criterio para elegir el grado-escala se conoce desde el inciso 1.º; lo que no se conoce hasta el inciso 2.º es cuál es el criterio para fijar el grado-extensión. Por lo tanto, es a este criterio al que lógicamente se tiene que estar refiriendo el inciso 2.º.

Sistemáticamente se ha señalado que, siempre que aparece en el Código Penal la misma frase o una semejante a la del art. 66, se alude sin duda a la facultad de elegir grados de extensión y no a la de descender o ascender grados en la escala (28). Así, en el art. 61, 5.º el término «grado» no ofrece ninguna dificultad interpretativa. El Tribunal podrá imponer la pena inferior en uno o dos grados, y una vez impuesta, fijarla en el grado-extensión que estime pertinente, según la entidad y número de dichas circunstancias. El art. 69 bis (*delito continuado*) señala que «en estas infracciones el Tribunal impondrá la pena superior en grado, en la extensión que estime conveniente...». En este caso está claro que al utilizar el legislador el término «extensión», se refiere al grado máximo, medio o mínimo de la pena superior en grado. Por citar sólo alguno más, el art. 344 ter, párrafo último (*alteración o simulación de sustancias medicinales*), establece que «en los casos de suma gravedad, los Tribunales, teniendo en cuenta las circunstancias del culpable y del hecho, podrán imponer las penas superiores inmediatas a las antes señaladas, en el grado que estimen conveniente...». Igual que sucede en el art. 69 bis, al no existir arbitrio judicial en el grado-escala (se tiene que imponer

(27) GIMBERNAT ORDEIG, op. cit., pp. 229 y ss.

(28) GIMBERNAT citaba como ejemplos, además del art. 61, 5.º, los artículos 61, 4.º y 6.º, 516 y 530, preceptos que han sido modificados o derogados por la LO 8/1983, de 25 de junio (GIMBERNAT ORDEIG, op. cit., pp. 232 a 234).

obligatoriamente la pena superior en grado), es obvio que el término «grado» se refiere al grado-extensión (máximo, medio o mínimo), donde el Tribunal sí puede elegir.

Pero es que además, desde el punto de vista lógico, parece que el término «grado» al que se refiere el inciso segundo del párrafo primero del art. 66 debe también interpretarse en el sentido de grado-extensión, ya que si desde el primer inciso el Tribunal sabe que está obligado a bajar la pena en un grado y que tiene discrecionalidad para bajarla en dos, sería incoherente volver a indicarle al Tribunal que podrá imponer la pena inferior en uno o dos grados, pues ello supone una reiteración innecesaria. Lógicamente es más coherente entender que lo que indica es que una vez rebajada la pena en uno o dos grados, el Tribunal tiene absoluta discrecionalidad para fijar el grado máximo, medio o mínimo de la pena, sin tener que sujetarse a las reglas del art. 61. Para GIMBERNAT (29), el término «grado» hay que interpretarlo lógicamente en el sentido de grado-extensión, ya que si un Juez puede lo más (rebajar la pena en dos grados) y puede lo menos (rebajar la pena en un grado), entonces puede también lo que está entre lo más y lo menos, aplicando libremente los grados máximo, medio y mínimo, sin sujeción, por tanto, a las reglas del art. 61. Se trata de que el Tribunal pueda acudir a lo que se ha venido en llamar *penalidad intermedia* (30), indicando la sentencia de 23 de febrero de 1988 (RA 1240) que «lógicamente, la elección debe operar sobre una penalidad representada en línea continua —sin quiebras o vacíos inexplicables— que se corresponda con la gravedad, también ininterrumpida, de las innumerables modalidades y matices con que la conducta criminal puede manifestarse. Resulta inaceptable que, supuesta la concurrencia de una atenuante ordinaria en un homicidio (amén de la eximente incompleta), el Tribunal haya de optar entre el grado mínimo de la prisión mayor y el de la prisión menor, prescindiendo de los grados máximo y medio de ésta. Con tal proceder, será frecuentemente injusto, unas veces por exceso y otras por defecto».

Gramatical y semánticamente el término «grado» del segundo inciso del párrafo primero del art. 66 tiene, sin lugar a dudas, un significado distinto del que tiene en el primer inciso; de modo que, siendo claro que en el primero alude a la pena o grado-escala, el segundo ha de significar grado de pena o grado-extensión (31).

(29) GIMBERNAT ORDEIG, op. cit., pp. 234 y 235.

(30) Así, por ejemplo, si interpretamos el término «grado» como grado-escala (por tanto, aplicación de las reglas del art. 61), y partimos de una pena tipo de reclusión menor, la concurrencia de una agravante determina que el Tribunal pueda escoger entre una pena carcelaria de diez años y un día a doce años (grado máximo de la prisión mayor), y otra de cuatro años, dos meses y un día a seis años (grado máximo de la prisión menor), quedándole vedada la zona intermedia (MIR PUIG, *El sistema de penas y su medición en la reforma penal*, cit., p. 290).

(31) En este sentido ver el interesante análisis lingüístico que del art. 66 hacen ORAA GONZÁLEZ y ORAA GONZÁLEZ, «La compatibilidad de los artículos 66 y 61 del Código Penal», cit., p. 960.

Desde el punto de vista teleológico, si el Tribunal opta por la rebaja en un grado (opción que es obligada), creo que la finalidad del precepto en estudio es (como hemos podido comprobar al examinar los distintos criterios) que el Tribunal pueda, según estime conveniente y una vez bajada la pena en un grado, aplicarla en el grado máximo, medio o mínimo, sin tener que sujetarse a las reglas del art. 61. Entenderlo de otra forma chocaría, aparte cualquier consideración técnica, con el puro sentido común. Siempre que no ha existido arbitrio en el grado-escala (se tiene que imponer obligatoriamente la pena inferior o superior en grado), el término «grado» ha de referirse necesariamente al grado-extensión, donde el Tribunal sí puede elegir el grado mínimo, medio o máximo de la pena (32). ¿Y si el Tribunal decide imponer la pena inferior en dos grados? A mi juicio, sería un contrasentido dejar al arbitrio judicial lo más (el poder bajar la pena en dos grados) y prohibirle lo menos (que no pudiera fijar el grado en extensión de la pena). No creo que sea la finalidad de este artículo permitir al Tribunal que, en uso de su discrecionalidad, pueda rebajar una pena en dos grados (piénsese, por ejemplo, de reclusión menor —doce años y un día a veinte años- a prisión menor -seis meses y un día a seis años—) y, una vez rebajada, tenga que sujetarse para fijar el grado interno de la pena a las reglas del art. 61; y ello porque, siguiendo con el ejemplo, si el Tribunal ha decidido rebajar la pena de reclusión menor a prisión menor, no tiene sentido que para fijar la extensión del marco penal (seis meses y un día a seis años) tenga que sujetarse a la citadas reglas, cuando en atención a la mayor o menor entidad de la eximente incompleta ya ha rebajado la pena, como mínimo, en seis años y un día. Lo plenamente coherente es que la extensión de la pena la fije según su prudente arbitrio, sin sujeción a dichas reglas, y sí atendiendo al número y entidad de los requisitos que falten o concurran. Discrecionalidad que no hay que confundir con arbitrariedad y, en este sentido, la Propuesta de Anteproyecto de 1983 introduce en el art. 65 (actual 66) los términos «razonándolo en la sentencia» (expresión que se ha mantenido en los distintos Proyectos de Código Penal). Se trata de que el Tribunal razone el uso de su facultad discrecional, pretendiéndose con ello, como indica C. MIR PUIG (33), reglarla en cierta manera, de tal forma que se pueda acudir al recurso de casación por infracción de ley si tal razonamiento no se hace en absoluto o no se hace sobre los criterios marcados por el legislador en la determinación del grado de pena a imponer. Aunque el presente art. 66 no recoja la citada expresión, la obligación de los Tribunales de motivar las sentencias (34) (incluida la individualización de la pena) constituye una garantía procesal que ha adquirido rango constitucional elevándose a la categoría de

(32) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, op. cit., p. 231.

(33) MIR PUIG, *El sistema de penas y su medición en la reforma penal*, cit. p. 335.

(34) Como ya se expuso anteriormente (vid. nota 11).

derecho fundamental de la persona, cuya vulneración es susceptible de control no sólo jurisdiccional (recursos de apelación y casación) sino también constitucional (recurso de amparo).

En suma creo que, desde un punto de vista histórico, sistemático, lógico, gramatical y teleológico, debemos interpretar el término «grado» al que se refiere el inciso segundo del párrafo primero del art. 66 en el sentido de grado-extensión. Los Tribunales, por consiguiente, no estarán sometidos en la graduación de la pena, una vez ya rebajada, a las reglas del art. 61 del CP (35). No obstante esta afirmación, RODRÍGUEZ DEVESA (36) entiende que parece razonable que los Tribunales puedan orientarse en el uso de su prudente arbitrio por las reglas del art. 61.

IV. POSICIÓN JURISPRUDENCIAL. CRÍTICA A LA POSTURA ECLÉCTICA

El Tribunal Supremo mantuvo hasta mediados de los años cincuenta la tesis del grado-extensión (37). A partir de esa fecha la jurisprudencia experimentó un cambio notable, acogiendo la tesis del grado-escala (38).

(35) Así lo ha venido entendiendo el legislador en los diversos Proyectos de Código Penal. En el art. 81 del Proyecto de 1980 y en el art. 65 de la Propuesta de Anteproyecto de 1983 se faculta al Tribunal para imponer la pena inferior (sólo en un grado en el Proyecto de 1980 y en uno o dos grados en la Propuesta de 1983) en la *extensión* que estime conveniente. El Anteproyecto de 1990 (art. 65) y los Proyectos de 1992 y 1994 (art. 68 en ambos) reproducen con modificaciones irrelevantes el texto de 1983 (el art. 68 introduce la novedad de imponer la pena atendiendo, además de al número y entidad de los requisitos que faltaren o concurrieren, a las circunstancias personales del autor y, en su caso, a las circunstancias atenuantes o agravantes).

(36) RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal español. Parte General*, cit., p. 950.

(37) Sirva de ejemplo la sentencia de 30 de marzo de 1953 (RA 859), la cual señalaba que «... ha de cumplirse lo que dispone el artículo 66 y rebajar la pena del hecho delictivo uno o dos grados, dentro de cuyos límites legales debe fijar la que prudencialmente se estime justa de acuerdo con los requisitos que faltan o concurren de cuantos se exigen para eximir de responsabilidad en cada caso, sin perjuicio de ponderar también el influjo favorable o adverso de cualquier otra circunstancia que coincida, cual ocurre con la agravatoria que antes se nombró».

(38) Así, por citar una entre las muchas que hay, la sentencia de 18 de enero de 1965 (RA 47) decía que «...si bien es cierto que este segundo precepto —se refiere al art. 66 del CP— atribuye a los Tribunales la doble posibilidad de bajar en uno o dos grados la pena base, al concurrir alguna de las circunstancias eximentes incompletas, doble posibilidad de la que el descenso de un grado es imperativa y la de en dos meramente facultativa, y a esta potestad hace mérito el inciso del texto que alude al número y entidad de los requisitos que faltaren o concurrieren, dentro pues del plano de los de la circunstancia eximente incompleta, una vez adoptado cualquiera de ambos grados, deben contar dentro de él, que viene a constituir ya una penalidad autónoma, las demás normas que disciplinan la materia de aplicación de penas, contenida en el capítulo tercero, entre ellas también la regla 1.^a del art. 61...».

¿Cuál es hoy la postura del Tribunal Supremo (39)? En la actualidad, aunque hay sentencias en las que nuestro más alto Tribunal se inclina por la compatibilidad de ambos preceptos (40), siendo muy pocas las que defienden la interpretación del grado-extensión (41), la tesis dominante es la postura ecléctica (42).

La sentencia de 27 de febrero de 1991 (RA 1556) recoge las tesis aquí expuestas y esta nueva posición que poco a poco se ha ido abriendo paso en la doctrina del Tribunal Supremo, indicando en su motivo tercero que «...ello es correcto tanto si se sigue la mayoritaria corriente jurisprudencial que atiende a la concurrente aplicación de dichos arts. 66 y 61 en supuestos como el de autos (concurso de eximente incompleta y de circunstancias genéricas) como si se atiende a otra corriente interpretativa que se estima más moderna y progresista al entender que una vez aplicado el art. 66 ya no juegan las reglas del art. 61 diluidas en aquel

(39) Referencias jurisprudenciales anteriores en CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, cit., p. 226; GIMBERNAT ORDEIG, op. cit., p. 228; ORAA GONZÁLEZ y ORAA GONZÁLEZ, «La compatibilidad de los artículos 66 y 61 del Código Penal», cit., pp. 956 y 957; FELIPI SABORIT, D., «La incompatibilidad del artículo 61 del Código Penal con las penalidades compuestas de penas facultativas correlativas», en *ADPCP*, Madrid, 1990, pp. 1010 y ss.

(40) En este sentido vid., entre otras, las sentencias de 17 y 31 de mayo, 27 de junio y 27 de septiembre de 1988 (RA 3678, 4133, 5371 y 7062), 17 y 30 de marzo, 8 y 29 de abril, 8 de mayo y 3 de junio de 1989 (RA 2686, 2772, 3077, 3572, 4140 y 5020), 20 de marzo, 27 de septiembre y 27 de diciembre de 1990 (RA 2567, 7260 y 10086), 13 de junio de 1991 (RA 4701), 10 de marzo y 4 de noviembre de 1992 (RA 1956 y 8884).

(41) Así, las sentencias de 23 de febrero, 13 y 23 de junio de 1988 (RA 1240, 4706 y 5310), 25 de enero de 1990 (RA 495), 5 y 22 de octubre de 1991 (RA 7005 y 7339), 28 de julio de 1992 (RA 6734), 4 de febrero de 1994 (RA 659). Respecto a la sentencia de 13 de junio de 1988, aunque la jurisprudencia entiende que en la misma se defiende la interpretación del grado-escala —vid., por todas, la sentencia de 14 de abril de 1989—, lo cierto es que en la misma se recoge la tesis contraria («... pudiendo, dentro de la pena resultante imponerla en uno u otro grado atendido el número y entidad de los requisitos que faltaren o concurrieren —el subrayado es mío—, si bien, la Sentencia de este Tribunal de 27 de marzo de 1985 (RA 2037) haya declarado que, una vez rebajada la pena en uno o dos grados, se deberá observar la normativa contenida en el artículo 61 del Código Penal»).

(42) Vid., entre muchas, las sentencias de 3 y 26 de octubre y 17 de noviembre de 1989 (RA 7546, 7758 y 8665), 22 de noviembre, 3 y 3 de diciembre de 1990 (RA 9072, 9399 y 9400), 13 de febrero, 25 de marzo, 15 de abril y 27 de septiembre de 1991 (RA 1021, 2372, 2790 y 6638), 1 y 8 de abril y 4 de diciembre de 1992 (RA 865, 3125 y 9927), 2 y 9 de marzo, 10 de junio, 2 de julio, 22 de octubre y 23 de noviembre de 1993 (RA 1894, 2163, 4867, 5857, 7944 y 8717) y 11 de marzo de 1994 (RA 2130). Aunque sólo recogen el supuesto en que el Tribunal decide rebajar la pena un grado, aplicando a la pena rebajada las reglas del art. 61 para determinar el grado-extensión de la misma (no plantean si dichas reglas no deberían aplicarse si la rebaja fuera en dos grados), podemos encuadrar las siguientes sentencias en la postura ecléctica (y ello porque, como ya se ha dicho, esta posición es actualmente casi unánime en el Tribunal Supremo): sentencias de 19 de septiembre, 21 y 26 de diciembre de 1990 (RA 7350, 9941 y 10076), 18 de febrero, 5 de noviembre y 4 de diciembre de 1991 (RA 1141, 7951 y 8982), 27 de enero, 27 de febrero, 9 de marzo, 22 de octubre y 22 de diciembre de 1992 (RA 462, 1383, 1804, 8422 y 10475), 21 de mayo de 1993 (RA 4226) y 6 de mayo de 1994 (RA 3615).

marco de mayor discrecionalidad otorgada por el primero de los citados preceptos; *discrecionalidad absoluta que en casos se acepta si se disminuye la pena en dos grados, pero no si sólo se rebaja en un grado en cuyo caso conserva su aplicabilidad subsidiaria el art. 61* (el subrayado es mío)». Ésta es la tercera posición que podemos denominar ecléctica, constituyendo el inicio de esta evolución en la jurisprudencia del Tribunal Supremo la sentencia de 14 de abril de 1989 (Pte. Moyna Ménguez, RA 3196) (43).

A mi juicio, no creo que esta nueva línea jurisprudencial esté acertadamente encaminada. Sí está claro que la tesis aquí defendida ha influido notablemente en esta postura, en el sentido ya apuntado de que si el Tribunal puede lo más (bajar la pena en dos grados), sería totalmente ilógico prohibirle lo menos (fijar el grado máximo, medio o mínimo de la pena rebajada). Lo que sí es rechazable, en mi opinión, es que la sentencia de 14 de abril de 1989 indique que el término «grado» del segundo inciso del párrafo primero del art. 66 vaya referido a la cuestión más trascendental del precepto (la rebaja en uno o dos grados), porque no existen razones para excluir las reglas del art. 61 cuando concurren circunstancias modificativas ordinarias con una eximente incompleta, cuya compatibilidad nadie discute. En efecto, las eximentes incompletas son compatibles con la mayoría de las circunstancias modificativas ordinarias (44), pero no se trata de ver si son compatibles o no, sino de que el Juez determine la pena, en caso de apreciar una eximente incompleta, conforme a lo que le indica el art. 66 del Código Penal. Y lo que pienso que ha quedado meridianamente claro es que existen suficientes y probadas razones históricas, sistemáticas, lógicas, gramaticales y teleológicas para interpretar el término «grado» del inciso segundo del párrafo primero del art. 66 en el sentido de grado-extensión. Consecuentemente, por muy compatibles que sean las susodichas circunstancias con las eximentes incompletas, si la Ley (art. 66) libra al juzgador de la observación y aplicación de las reglas dosimétricas del art. 61 para determinar, si aprecia una eximente incompleta, el grado de la pena, dicho juzgador

(43) Según la misma, «la interpretación más ajustada al sentido de la ley parece coincidir con la doctrina más consolidada de esta Sala (tesis del grado-escala), porque la palabra *grado* ha de venir referida a la cuestión más trascendental del precepto, es decir a la rebaja de la pena, sin que existan razones para excluir las reglas del art. 61 al concurso de eximente incompleta con las circunstancias modificativas ordinarias, cuya compatibilidad nadie discute. Ahora bien, este criterio de sujeción a las reglas dosimétricas del art. 61, de carácter imperativo, debe ceñirse a la rebaja que tiene esta cualidad preceptiva o necesaria, es decir cuando se opta por la pena inferior en un grado; si se elige, empero, la inferior en dos grados, en ejercicio de la facultad discrecional concedida por la Ley, entonces la discrecionalidad se propaga a todo el dispositivo y funciona de modo absoluto, sin vinculación alguna al artículo 61; solución ecléctica que evita la grave inconsecuencia de que puedan quedar fuera de la posible elección del Tribunal ciertos tramos de la pena».

(44) Vid. CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, cit., pp. 32 y 33.

viene obligado (45) a aplicar la pena inferior en uno o dos grados en la extensión que estime conveniente (sin sujeción, por tanto, a las citadas reglas) (46).

V. CONCURRENCIA DE MÁS DE UNA EXIMENTE INCOMPLETA O DE EXIMENTE INCOMPLETA CON LA ATENUANTE DE MENOR EDAD

Legalmente es perfectamente admisible, en caso de concurrir varios preceptos degradatorios en un mismo supuesto (grado de ejecución del delito y forma de participación), la acumulación de rebajas sobre la pena base del delito (artículos 49 y siguientes del Código Penal) (47). Ahora bien, ¿es posible degradar la pena en uno o dos grados si se estima una eximente incompleta y, a continuación, volver a rebajar la pena en uno o dos grados si concurre en el mismo supuesto otra eximente incompleta o la atenuante privilegiada de menor edad? Según CÓRDOBA, sí cabe la acumulación de rebajas, en el caso de concurrir varias eximentes incompletas, si las mismas se basan en hechos distintos y, por lo tanto,

(45) En atención al principio de legalidad, el art. 1 de la LECrim. establece que «no se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles cuya represión incumba a la jurisdicción ordinaria, sino de conformidad con las disposiciones del presente Código o de Leyes especiales y en virtud de sentencia dictada por Juez competente».

(46) FELIP I SABORIT reforma la postura ecléctica (lo hace no sólo en relación al art. 66, sino como criterio general), entendiendo que cuando existe una atenuante, se utiliza el art. 61, 1.^a en el marco penal obligatorio para evitar que se le imponga al reo una pena superior al grado mínimo. Cuando se afirma que el Tribunal goza de libertad para elegir el grado-extensión en la pena inferior en dos grados, se está pensando realmente la desaparición del tramo existente entre el grado mínimo de la pena inferior en grado y el grado mínimo de la pena inferior en dos grados, lo que se consigue precisamente concediendo libertad al juzgador en el tramo inferior. Cuando existe una agravante, no tendría ningún sentido exigir la aplicación del art. 61, 2.^a en la pena inferior en grado y la plena discrecionalidad para la inferior en dos grados, pues se obtendría justamente un efecto contrario al perseguido (la pena aplicable sería, o bien la inferior en grado en su grado medio o máximo, o bien la inferior en dos grados en toda su extensión, con lo cual seguiría existiendo un «agujero negro» entre los dos segmentos de la sanción). La solución lógica en este caso es admitir la plena discrecionalidad en la pena inferior en grado y exigir la aplicación del art. 61 en la inferior en dos grados (obligatoriamente, por lo tanto, en su grado medio o máximo). A pesar de ello, cree que respecto a las eximentes incompletas existen razones suficientes para entender que se trata de un caso de exclusión expresa de las cuatro primeras normas del art. 61 (FELIP I SABORIT, «La incompatibilidad del artículo 61 del Código Penal con las penalidades compuestas de penas facultativas correlativas», cit., pp. 1024 y 1025).

(47) En el caso de concurrir varios preceptos degradatorios, el orden en que han de entrar en juego los mismos es el siguiente: determinación de la pena-base del delito; a continuación se fijará la correspondiente a la forma imperfecta de ejecución; luego, la correspondiente a la participación y, por último, aplicación de las normas contenidas en los artículos 58 y siguientes, caso de concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad (Vid., por todos, GALLEGO DÍAZ, op. cit., pp. 351 y ss.).

compatibles entre sí (48); por el contrario, no cabe la misma cuando dichas eximentes incompletas están basadas en los mismos hechos, en cuyo caso deberá entenderse que tales atenuantes no son compatibles y estimarse, consiguientemente, una sola de ellas (49). Personalmente no veo ninguna dificultad en admitir dicha acumulación, con tal que las eximentes incompletas sean compatibles entre sí. La doctrina jurisprudencial ha venido manteniendo que «de un mismo hecho no pueden derivarse varias circunstancias, ni deben apreciarse como tales las que se hallen ligadas entre sí de forma tal que la existencia de una presuponga necesariamente la coexistencia de las otras (50)». Este criterio general puede ser aceptado para determinar la compatibilidad o incompatibilidad entre dos circunstancias (por lo que respecta a este caso, dos eximentes incompletas), si bien, indican COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN (51), hay que matizarlo en el sentido de que cuando se alude a «hecho» debiera ser entendido de forma más amplia y omnicomprensiva como «objeto de valoración», que comprende no sólo los hechos en sentido estricto, sino también aquellos móviles, efectos, características, situaciones, datos, etc., de orden psicológico y subjetivo que pueden constituir la génesis de una agravante o atenuante. De esta forma puede afirmarse que si «un objeto de valoración» ya ha sido apreciado para fundamentar una eximente incompleta, no podrá ser nuevamente estimado para fundamentar otra eximente incompleta.

En cuanto a la atenuante de menor edad, con mayor motivo creo que debe admitirse la acumulación, pues no aceptarla sería ir contra la propia lógica de dicha circunstancia atenuante. Si un joven de diecisiete años comete un homicidio y es apreciada al mismo tiempo la eximente incompleta de legítima defensa, el Tribunal disminuirá la pena en uno o dos grados por ser el sujeto activo menor de dieciocho años (art. 65), debiendo luego rebajar nuevamente la pena en uno o dos grados por la eximente incompleta de legítima defensa (art. 66), pudiéndose alcanzar una sanción inferior en dos, tres o incluso cuatro grados a la pena base del delito (de reclusión menor —pena del homicidio— se podría llegar has-

(48) Piénsese, v. gr., en quien se excede en la legítima defensa —n.º 4 del art. 8 en relación al n.º 1 del art. 9—, por la relevante perturbación psíquica sufrida tras la agresión —n.º 1 del art. 8 en relación al n.º 1 del art. 9— (CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, T. II, cit., p. 303).

(49) Pensemos, v. gr., en el agente de la autoridad que ante la acción de un delincuente hace un uso de la violencia más allá de lo necesario, tanto en defensa personal —n.º 4 del art. 8 en relación al número 1 del art. 9— como para restablecer el orden perturbado —n.º 11 del art. 8 en relación al n.º 1 del art. 9— (CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, T. II, cit., p. 303).

(50) Vid. sentencias, por citar sólo algunas, de 28 de enero de 1989 (RA 601), 16 de marzo de 1990 (RA 2547), 22 de febrero de 1991 (RA 1340), 18 de junio de 1991 (RA 4741), 10 de octubre de 1991 (RA 7053) y 7 de marzo de 1992 (RA 1803).

(51) COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 680.

ta la pena de multa —arts. 73 y 74 del CP—). ANTÓN ONECA (52) considera, en cambio, que tanta benevolencia sería excesiva, y que el arbitrio de los jueces para descender uno o dos peldaños en la escala, así como sus facultades para recorrer en toda su extensión la penalidad resultante, son ya suficientes para tener en cuenta la acumulación de motivos atenuantes.

VI. CONCURRENCIA DE EXIMIENTE INCOMPLETA CON DOS O MÁS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES ORDINARIAS O CON UNA SOLA MUY CALIFICADA

Hemos visto que, a mi juicio, cabe acumular los efectos degradatorios en el caso de concurrir en un mismo supuesto más de una eximente incompleta (siempre que sean compatibles entre sí) o ésta y la atenuante privilegiada de menor edad. Pero, ¿sucede lo mismo si concurren junto a la eximente incompleta dos o más circunstancias atenuantes ordinarias o una sola muy calificada? CÓRDOBA, coherentemente con su interpretación del término «grado» del segundo inciso del párrafo primero del art. 66 (grado-escala), mantiene que cabe acumular las rebajas de los artículos 66 y 61, 5.^a del Código para determinar la pena aplicable al caso concreto (53). En mi opinión, y dado que mantengo la tesis del grado-extensión, no creo que quepa acumular los efectos degradatorios de ambos preceptos. No sería técnicamente correcto excluir las reglas 1.^a a 4.^a y 7.^a del art. 61 y sí aplicar la regla 5.^a del mismo porque en tal caso se podría (discrecional) modificar el marco legal de la pena (ya rebajada en uno o dos grados por la eximente incompleta) del delito cometido: o bien es de aplicación a las eximentes incompletas el art. 61 en su conjunto o bien dicho precepto no se aplica a las mismas. Puede pensarse, no obstante, que por razones de justicia material debería aplicarse la regla 5.^a del art. 61, pues los resultados que se obtendrían con su aplicación serían más satisfactorios que rechazándola. Pero no debe olvidarse que, de un lado, la concurrencia de una atenuante muy calificada o de dos o más circunstancias ordinarias no obliga al Tribunal a rebajar la pena (carácter *potestativo* de la rebaja) y, de otro, que el Tribunal puede tener en cuenta la atenuante muy calificada o las dos o más circunstancias atenuantes ordinarias rebajando la pena en dos en vez de en un grado (el art. 66, como se ha reiterado, obliga a rebajar la pena en un grado, siendo

(52) ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, cit., p. 601.

(53) CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, T. II, cit. pp. 303 y 304. También lo entiende así GALLEGO, quien piensa que es lógico que la apreciación de cada una de estas distintas causas de atenuación excepcionales (menor edad, eximente incompleta, atenuante muy calificada) produzca sus particulares efectos, por más que pueda llegarse en algunos supuestos a la imposición de una pena excesivamente beneficiosa (GALLEGO DÍAZ, op. cit., p. 413).

facultativa la rebaja en dos); y dentro de la pena inferior en dos grados, podría igualmente tenerlas en cuenta fijando la pena en el grado mínimo. En todo caso, la atenuante muy calificada o las dos o más circunstancias atenuantes ordinarias deben ser compatibles con la eximente incompleta en los términos ya vistos.

Dado que, a mi parecer, no es posible dicha acumulación, pienso que el principio de culpabilidad podría ser el criterio al que debe atender el Juez o Tribunal a la hora de resolver el conflicto planteado. Sin entrar en la polémica en torno a la crisis de la culpabilidad (54) y tanto si se acepta que la misma es el fundamento de la pena como si no (y dejando a un lado a quienes prescinden de la culpabilidad, para los que el marco penal se determinará de acuerdo con la necesidad, la motivación o la proporcionalidad de pena), lo cierto es que hay un acuerdo generalizado en que debe rechazarse toda pena que sea superior al límite máximo que permite el marco de la culpabilidad (la pena debe ser proporcionada a la culpabilidad del sujeto). La gravedad de la culpabilidad por el hecho (55) constituye así el límite a la pena que se le puede imponer al autor por la realización del hecho. En este sentido, la sentencia de 6 de abril de 1990 (Pte. Bacigalupo Zapater, RA 3195) es bastante clarificadora al respecto, indicando que «... el art. 10.1 de la CE en tanto considera que la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad son fundamento del orden político y de la paz social, impone un derecho penal respetuoso del principio de la culpabilidad por el hecho concretamente cometido. Dicho principio, a su vez, determina *que la pena imponible no debe superar la medida determinada por la gravedad de tal culpabilidad por el hecho* (el subrayado es mío) (56)». Este plantea-

(54) Pues como bien indica BACIGALUPO, «sería erróneo creer que la discusión en torno a la fundamentación de la responsabilidad en la libre determinación del autor tiene tanta trascendencia práctica que quienes nieguen el libre albedrío (como premisa metafísica de la responsabilidad penal) rechacen también las *consecuencias* que por lo general se vinculan con el principio de culpabilidad (BACIGALUPO ZAPATER, E., «¿Tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?», en *La Ley*, T. II, Madrid, 1982, p. 936)».

(55) Hoy es doctrina dominante que se parte de una culpabilidad por el hecho (se castiga al individuo por el hecho realizado) y no de una culpabilidad por la disposición o por la conducción de la vida (por todos, STRATENWERTH, G., *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, Madrid, 1980, p. 57). En la determinación de la gravedad de la culpabilidad por el hecho el Tribunal deberá considerar, en general: (1) la gravedad de la ilicitud cometida, (2) las circunstancias que permitan juzgar sobre una mayor o menor exigibilidad del cumplimiento de la norma y (3) el mayor o menor disvalor ético-social de los motivos que impulsaron al autor —vid. sentencias de 24 de junio, 5 de julio y 28 de octubre de 1991 (RA 4799, 5545 y 7398)—.

(56) La STC de 4 de julio de 1991 (RTC 1991, 150) señala que «la CE consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del derecho penal, de manera que no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal de autor, que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos». Como indica ZUGALDÍA, la culpabilidad como límite a la pena aparece así de forma clara en la fórmula del Tribunal Constitucional, pues

miento queda corroborado en el propio Código Penal (art. 66) que, para casos de culpabilidad muy disminuida (v. gr. trastorno mental transitorio incompleto), obliga a los Tribunales a modificar el marco legal de la pena (rebaja en uno o dos grados) para que la gravedad de la pena no supere el límite de la adecuada a la gravedad de la culpabilidad del autor (57).

Pues bien, en el caso de que concurren una eximente incompleta y dos o más circunstancias atenuantes o una sola muy calificada, el Tribunal está obligado (art. 66) a bajar la pena en uno o (potestativo) dos grados. Si el Tribunal opta sólo por rebajar la pena en un grado y dicha rebaja vulnera el principio de culpabilidad al superar el límite de la gravedad de la culpabilidad del autor, podrá interponerse recurso de casación por infracción de ley con apoyo en los artículos 5.4 LOPJ y 10.1 CE (58). Si decide rebajar la pena en dos grados, deberá imponerla en el grado (máximo, medio o mínimo) que permita la gravedad de la culpabilidad del autor por el hecho. En el caso de imponer la pena en un *grado* (en concreto: máximo o medio de la pena inferior en dos grados) que supere la medida de la culpabilidad del sujeto, cabrá igualmente recurso de casación por infracción de ley con apoyo en los citados artículos. Sólo cuando el Tribunal estimase que para mantener la adecuación entre la gravedad de la pena y la de la culpabilidad la pena aplicable debiera ser inferior al grado mínimo de la pena inferior en dos grados, deberá acudir al Gobierno exponiendo lo conveniente, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia (artículo 2, párrafo segundo, del Código Penal).

VII. CONCLUSIONES FINALES

1. Las eximentes incompletas se rigen, en orden a la determinación de la pena, por los criterios marcados en el art. 66, precepto que obliga al Juez o Tribunal a, en caso de apreciar una eximente incompleta, bajar la pena en un grado, siendo facultativa o discrecional la rebaja en dos.

2. En caso de no apreciar el Juez o Tribunal una eximente incompleta (art. 9, regla 1.^a), podría aplicar la atenuante de análoga significación (art. 9, regla 10.^a), bien como atenuante genérica, bien como atenuante muy calificada.

qué duda cabe que la pena que excede del límite de la adecuada a la gravedad de la culpabilidad por el hecho del autor *no se ha determinado* sobre la base de la culpabilidad del mismo (ZUGALDÍA ESPINAR, «El principio de culpabilidad en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Estudios de Jurisprudencia*, n.º 3, Madrid, 1992, p. 70).

(57) Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, «El principio de culpabilidad en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», cit., p. 76.

(58) Sentencia de 6 de abril de 1990 (RA 3195).

3. El término «grado» del segundo inciso del párrafo primero del art. 66 equivale histórica, sistemática, lógica, gramatical y teleológicamente a grado-extensión. Los Tribunales, por tanto, no estarán sometidos en la graduación de la pena, una vez ya rebajada, a las reglas del art. 61.

4. El Tribunal Supremo, sin embargo, entiende que deben aplicarse las reglas del art. 61 cuando la rebaja de la pena es en un grado, mientras que si es en dos, la discrecionalidad se propaga a todo el dispositivo y funciona de modo absoluto, sin vinculación alguna al art. 61.

5. En el caso de concurrir en un mismo supuesto varias eximentes incompletas, cabe la acumulación de rebajas, siempre que las mismas sean compatibles entre sí. También debe admitirse la acumulación si concurren una eximente incompleta y la atenuante privilegiada de menor edad, por la propia lógica de esta circunstancia atenuante.

6. No cabe, en cambio, si concurren una eximente incompleta y dos o más circunstancias atenuantes ordinarias o una sola muy calificada, pues el art. 66 excluye la aplicación de las reglas del art. 61, incluida la 5.^a. El principio de culpabilidad podría ser el criterio al que debe atender el Juez en el momento de determinar la pena, en el sentido de que la gravedad de la pena no puede superar el límite de la gravedad de la culpabilidad del autor.